
2. LA TEORÍA DEL ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL DE MACCORMICK

MacCormick desarrolla una teoría institucionalista del derecho con la que pretende superar los límites explicativos de la teoría convencionalista de Hart y del positivismo jurídico tradicional. En su propuesta, la práctica jurídica consiste no sólo en un sistema de reglas (u obligaciones), como pensaba Hart, sino en una pluralidad de sistemas, vinculados todos por medio del reconocimiento de su carácter normativo. Un reconocimiento que, como ya lo dijera Hart, se explica solamente desde el punto de vista interno del participante (o del *usuario de normas*, como lo llama MacCormick).

MacCormick va a argumentar, con ayuda de la teoría de los hechos institucionales de Searle, que la base ontológica de las reglas y de los deberes jurídicos no es una cuestión metafísica, sino una cuestión de realidad social; es decir, de objetos mentales e intencionalidad colectiva. En este sentido, los deberes y valores del derecho existen, aunque no en términos puramente *ideales*, sino en términos de su

relación con el comportamiento y la forma de ser de los grupos humanos; esto es, como *instituciones*.³⁸

El derecho existe, sentencian MacCormick y Bańkowski [1991], sólo en el nivel de los hechos institucionales. Una explicación exitosa del derecho tendría que darse en términos de hechos e instituciones jurídicas. Weinberger, como vimos antes, se ocupa de dar una explicación de la práctica jurídica en términos, más bien, de acciones y marcos de acción dirigidos a propósitos, y constituidos y ordenados por reglas institucionales. MacCormick, por su cuenta, nos dice que hay involucradas más de un sólo tipo de reglas en el diseño y constitución del marco institucional. Están las *reglas institutivas*, las *reglas de consecuencias* y las *reglas de término*.

Sería un error, sin embargo, pensar que este marco institucional de reglas es lo único con lo que operan los participantes y las autoridades de la práctica jurídica. El carácter institucional del derecho procede de una convención social *informal*, es decir, de una práctica común que no está determinada por reglas explícitamente establecidas, y que, a pesar de eso, impone obligaciones a los participantes y les otorga poderes o facultades para llevar a cabo ciertos propósitos. Esta convención social representa fines y valores públicos que demandan cooperación e intencionalidad colectiva, son valores implícitos en la convención social informal, son parte del catálogo de recursos prácticos con los que cuentan los participantes y las autoridades socialmente reconocidas para solucionar los conflictos y resolver las cuestiones de aplicación e interpretación de las *reglas implícitas*.³⁹

³⁸ Cfr. Ansuategui [1996: 26 y 49] y Villa [2009: 45s].

³⁹ Esta estrategia de MacCormick, como bien lo explica Del Mar [2009: 5], consiste en reconocer a los hábitos (los usos y costumbres adquiridos en una sociedad) como un fundamento (histórico y práctico) del orden normativo institucional. En sentido crítico, Pintore [1991] señala la reducción sociológica que comete MacCormick con esto.

Cuando la convención social se formaliza (o se institucionaliza); es decir, cuando se establecen *reglas explícitas* de institucionalización (institutivas, de consecuencias y de término), nada impide a los participantes y autoridades recurrir a esa convención original (informal) para determinar ciertas obligaciones particulares. En este sentido, el derecho no es sólo un conjunto de reglas explícitas; y éstas no son las únicas que imponen obligaciones a los participantes, cfr. MacCormick [2010]. Junto a las reglas que crean, ordenan y regulan las instituciones jurídicas y los hechos institucionales y que imponen obligaciones a los participantes, hay principios y estándares de comportamiento (que corresponden con esos valores implícitos de la práctica social informal). Estos principios y estándares desempeñan un rol justificativo en la determinación de las obligaciones jurídicas. Son, como decía Weinberger, elementos del razonamiento jurídico, y en este sentido orientan a los participantes en sus acciones individuales y colectivas. En consecuencia, una vez que consideramos no sólo las reglas, sino también los principios y estándares de comportamiento, la práctica jurídica institucionalizada ya no es explicable simplemente en términos de reglas primarias y secundarias (como lo propuso Hart).

La última versión del institucionalismo jurídico que defendió MacCormick incorpora un nuevo elemento: la llamada *pretensión de corrección*. El positivismo jurídico institucional de MacCormick y Weinberger [1992], que se caracterizaba por la idea de que los elementos normativos que constituyen la práctica jurídica son independientes de su valoración moral (*i. e.*, la tesis de la separación), es rechazado por MacCormick [2007a] para favorecer una tesis más comprometida: que en los sistemas jurídicos hay *necesariamente* algún contenido de moralidad. Un contenido tal que representa límites que excluyen a la injusticia extrema de las posibilidades jurídicas. Este enfoque *post-positivista* del institucionalismo jurídico trata de justificar, mediante el reconocimiento del razonamiento práctico y la moralidad crítica, las

obligaciones jurídicas (*i. e.*, el carácter normativo del derecho).⁴⁰ Hablar de pretensiones de corrección, como veremos hacia el final de este capítulo, no es hablar solamente de los vínculos necesarios entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico, sino también entre el derecho y la política, cfr. Bix [1996: 111].

En este capítulo vamos a revisar estos elementos de la teoría institucionalista de MacCormick. En la primera parte explicaremos los elementos fundamentales del institucionalismo jurídico. Diremos algo acerca de su definición explicativa del derecho, en términos de *Orden normativo institucional*. Hablaremos también de los distintos tipos de reglas que están involucradas en la práctica jurídica institucional, así como de su relación con otros valores o principios pre-institucionales.

En la segunda parte nos ocuparemos de las tesis que comprometen su noción de orden normativo institucional con la idea de pretensión de corrección. Veremos, además, el papel que juegan los *principios*, entendidos como derechos fundamentales, en la obtención de los fines prácticos que la sociedad persigue a través del derecho. Y concluiremos el capítulo con la afirmación de que el razonamiento jurídico es el medio por el cual los participantes y las autoridades pueden satisfacer esa exigencia (o pretensión) de corrección jurídica.

⁴⁰ Villa [2009: 50-53] identifica tres fases (positivistas) en el pensamiento jurídico de MacCormick. La *claramente positivista* [1994], donde suscribe el denominado *positivismo jurídico metodológico*. Su posición aquí consiste en que la adhesión de los participantes al sistema jurídico depende de (o está condicionada a) obtener estados de cosas que consideran benéficos. La *positivista institucionalista*, donde MacCormick [1986, 1998] piensa al derecho como un producto de la sociedad humana (*i. e.*, como una institución) y refuerza la separación entre moralidad y derecho (aunque reconoce que están involucrados principios o valores socialmente reconocidos). La *ambiguamente positivista*, donde MacCormick [1992 y 2007a] parece defender un constructivismo racionalista, que consiste básicamente en atribuir a todas las instituciones sociales (o interpretarlas como un conjunto coherente y bien ordenado de) objetivos y fines que respaldan el compromiso (o aceptación) de los participantes. En cuyo caso, la evaluación moral (o calidad moral) de esos objetivos y fines es imprescindible para explicar el carácter normativo del orden normativo institucional.

2.1. El institucionalismo jurídico

MacCormick es uno de los principales herederos de la teoría analítica del derecho de Hart. Para Hart, recordemos, el análisis del derecho tiene que ver principalmente con nuestras prácticas comunicativas, en especial con las condiciones que nos permiten llevar a cabo distintos usos del lenguaje (*p. ej.*, prometer, denunciar, declarar, etc). Desde la perspectiva *pragmática*, de la que tanto recibió la teoría hartiana, el lenguaje es visto como elemento esencial para la realización de ciertas acciones sociales (o colectivas). Por medio del lenguaje atribuimos cualidades al mundo en el que vivimos y establecemos condiciones para actuar en él, regulamos nuestro comportamiento y calificamos o evaluamos el comportamiento de los demás.

La filosofía del lenguaje de J. L. Austin (de la que también participó la teoría de Hart) responde a este enfoque pragmático del lenguaje, especialmente con la introducción de las *oraciones performativas*. Estas oraciones son usadas por los hablantes, no para describir lo que hay en el mundo o lo que puede haber en él, sino para realizar acciones, como prometer, bautizar, entre otras. Esta teoría del lenguaje realizativo está en la base de la teoría de los actos de habla de Searle.

Los actos de habla, como "te ordeno que pagues tus impuestos" o "te condeno a diez años de prisión", son, por un lado, un conjunto de símbolos que adquieren significado sólo por referencia a un contexto social de comunicación; y por otro lado, son acciones o actos lingüísticos. Para Searle, como ya lo mencionamos, para decidir qué tipo de acto lingüístico se está llevando a cabo por medio del uso de esas expresiones es necesario revisar el contexto de emisión y conocer sus condiciones de realización. Ambos, la revisión del contexto y el conocimiento de las condiciones de realización, dependen del marco institucional de comunicación. No puedo saber

qué es una orden o qué son los impuestos, ni puedo saber quién es el sujeto de cada oración o qué función cumple el pronombre posesivo *tus*, en la primera oración, o la preposición *a*, en la segunda, si no tengo un marco lingüístico de interpretación. Un marco que establezca esos significados, que regule esa combinación de símbolos, etcétera.

A partir de esta idea, MacCormick y Bańkowski [1991: 221] afirman que detrás de cada acto de habla hay alguna regla o sistema de reglas que da cuenta del nuevo estado de cosas que se genera con la emisión de una oración, es decir, con la realización de esa acción lingüística. En el derecho ocurre lo mismo. Cada *acto jurídico* presupone una base convencional que le asigna una función o un estatus. La promulgación de leyes, la firma de un contrato, la venta de un inmueble, son actos jurídicos que requieren de un marco institucional de interpretación. El derecho y el lenguaje son, desde esta perspectiva de análisis, dos convenciones normativas que establecen condiciones de uso y de corrección.⁴¹

Algo cuenta como un acto lingüístico (*p. ej.*, bautizar) o un acto jurídico (*p. ej.*, celebrar un contrato) sólo si existe un marco institucional de referencia (*i. e.*, un sistema que clasifica ciertos tipos de conducta, y a los cuales les atribuye alguna función o estatus normativo específico, por ejemplo, un deber o una autorización). Este marco institucional, nos explican MacCormick y Bańkowski [1991: 222], concentra poderes, deberes y funciones normativas.

Estos hechos institucionales son creados, ordenados y modificados con base en *reglas* (que para nada excluyen la presencia de otras normas, como los *principios*

⁴¹ Günther [2003: 253] alega, desde la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy, que esta *pretensión de corrección* es una exigencia en sí misma moral, que conecta al razonamiento jurídico institucional con el razonamiento práctico general. La sola idea de *corrección*, sostiene, ya es un valor moral.

y los *estándares de comportamiento*, de los cuales nos vamos a ocupar más adelante). Es tal la relación entre hechos institucionales y marcos institucionales que no puede haber un acto jurídico, tanto como no habría un acto de habla, si no existiera una convención social detrás. Estas convenciones, que MacCormick va a denominar *órdenes normativos*, pueden clasificarse en formales e informales.

2.1.1. El orden normativo informal

MacCormick [2007a: 13] define al derecho como un *orden normativo institucional*. Su definición es del tipo que llamamos *por género y diferencia específica*. El género es el *orden normativo*, y la diferencia específica es su carácter *institucional*.⁴²

Para comprender esta definición (explicativa) que propone MacCormick es imprescindible revisar algunos elementos generales. Comenzaremos por revisar qué es un *orden normativo*. MacCormick [1998: 304, y 2007a: 14] pone como ejemplo de orden normativo (informal) la práctica social de *hacer fila*. Cuando queremos pagar nuestras compras en un supermercado, o queremos cobrar un cheque en el banco, o queremos comprar un billete de avión, solemos formarnos, unos detrás de otros, esperando el turno de ser atendidos. Es común a la mayoría de nosotros participar de esta práctica social; sin embargo, aunque es muy generalizada, no tenemos una

⁴² Twining [2009: 17, y 25s] argumenta a favor de la definición que propone MacCormick [2007a: 1, 2 y 281-285]. En su opinión, esta definición es útil para distinguir al derecho de otros órdenes sociales normativos. Además, esta definición tiene la cualidad de incorporar (aunque va a discutir si MacCormick dijo suficiente sobre esto) lo que actualmente se conoce como *pluralismo jurídico* (i. e., la idea de que el orden normativo institucional ha rebasado los límites del Estado soberano). El reclamo de Twining a la teoría de MacCormick consiste, dicho muy brevemente, en que su propuesta institucionalista (clasificada como positivismo jurídico débil) no enfatiza suficiente la separación entre derecho y moralidad. Por consiguiente, desde la perspectiva de la globalización (que implica pluralismo normativo), el institucionalismo jurídico de MacCormick no es mejor que el positivismo jurídico de Hart. Sobre todo, si tomamos en cuenta que las formas de organización social (y política) no están claramente delimitadas por marcos estatales.

formulación explícita de la regla que gobierna esta práctica. Es más, nos parecería ocioso buscar una formulación exacta y precisa, que sirva para todos los casos en que hacemos fila.

La práctica social de hacer fila es una práctica convencionalmente aceptada por quienes participamos en ella. Parece claro, además, que sólo a partir de esa convención podemos interpretar nuestra conducta y emitir juicios de desaprobación hacia quienes, en lugar de formarse, intentan ser atendidos antes que los demás (aun si no hay una justificación razonable para ello). Muy poco podríamos decir de nuestra conducta si no hacemos referencia a esa práctica social. Por ejemplo, tendríamos que decir que las personas están de pie, una detrás de otra, quizás por casualidad o quizás por algún capricho que tal vez no podríamos explicar, sin que eso represente un comportamiento racional dirigido hacia una finalidad en particular.

Hacer fila es una práctica normativa. Cuando vemos a otra persona persiguiendo el mismo fin que nosotros y que no puede lograrse simultáneamente (*p. ej.*, pasar a las cajas del supermercado), a falta de una convención social más específica, asumimos la obligación de formarnos detrás de ella y esperar nuestro turno de ser atendidos. Esta práctica social, que se aprende fácilmente desde la infancia, forma parte de nuestras *creencias normativas básicas*. La creencia de que es obligatorio formarse y respetar el turno de los demás es algo que compartimos como miembros de una sociedad ordenada.⁴³

⁴³ MacCormick [2007a: 15] agrega: "si la gente hace una fila, esto les ayuda a alcanzar sus varios objetivos entrecruzados en civilidad mutua más que en conflicto abierto. Y tiene que haber mutuo entendimiento de esto, y por tanto alguna opinión normativa común entrecruzada". Y después, MacCormick [2007a: 16] sostiene: "Hay un sentido común o compartido de 'lo que es correcto hacer', pero esto no depende del todo en si hay una única regla oficialmente formulada que cada persona pueda recitar o aprender de memoria. Porque ciertamente la práctica es una práctica interpretativa, en la cual cada parte 'lee' la situación como cree que las otras la leen, y forma una

Los participantes que no respetan esa práctica, que se brincan la fila o que no aceptan formarse detrás del último participante, reciben un juicio de desaprobación. Su conducta es considerada *incorrecta* y, por eso mismo, digna de reproche social.⁴⁴ La base de este reproche es el conjunto de opiniones normativas (que podemos caracterizar como creencias o actitudes socialmente compartidas) que orientan la conducta de los participantes. Podríamos decir incluso que hay una *regla implícita* que define a esa práctica social, con base en la cual los participantes emiten sus juicios de desaprobación.

Al mismo tiempo, cuando en esa práctica no hay *coordinación* o no hay por lo menos una cierta coincidencia de comportamientos, en realidad no es posible decir que exista una práctica social. De igual modo, sin *orden*, es decir, si hacer fila no consistiera en formarse detrás del último, sino en eso y además delante del último, entonces simplemente sería imposible desde el punto de vista práctico participar en ella. El deber de formarse detrás del último sería una razón para incumplir el deber de formarse delante de él. Y viceversa, *el carácter normativo, el orden y la coordinación* son los elementos de lo que MacCormick llama el *orden normativo*.⁴⁵ Algo es un orden normativo si impone deberes a los participantes, si esos deberes son consistentes (y coherentes) entre sí, y si para llevarse a cabo se requiere, no sólo de actos

opinión en relación con la opinión que tenga el otro, aunque no es necesariamente un tipo de deliberación reflexiva acerca de las opiniones de los otros".

⁴⁴ Para MacCormick, el concepto fundamental del carácter normativo no es el de la *obligación* como en Hart ni el de la *acción* como en Weinberger, sino el de *incorrecto*. Por supuesto, como advierte claramente MacCormick [2007a: 103], el concepto de incorrecto es estrictamente convencional. (Los hechos brutos, la naturaleza misma, no se equivocan). Este concepto sirve para calificar acciones o conductas contrarias a deber y, en este sentido, para imponer obligaciones. Si una conducta está prohibida, entonces es un *deber categórico* no realizarla. La *actitud reflexiva crítica* de la que tanto habla Hart (y que es un elemento constituyente de la aceptación interna de los participantes), aquí encuentra su más amplio desarrollo. El componente normativo en la teoría de MacCormick recae precisamente en esa actitud de reprochabilidad o desaprobación hacia la conducta de los demás.

⁴⁵ MacCormick [2007a: 307] resume: "La acción común o coordinada bajo un sentido común de lo que es correcto hacer es exactamente lo que quiero decir por 'orden normativo'".

e intenciones individuales, sino además de ciertas acciones colectivas e intenciones colectivas.

Estas características hacen del orden normativo, como bien lo señala MacCormick [2007a: 19], una *práctica culturalmente dependiente*; es decir, existe en relación con un entorno social y cultural donde ya existen ciertas creencias y aptitudes normativas comunes. Las prácticas sociales de este tipo pueden ser clasificadas como prácticas normativas informales; y el tipo de orden que constituyen, como *orden normativo informal*.

Lo característico de estos órdenes es que imponen obligaciones a los que participan en ellos. Y nosotros podemos decidir qué es lo obligatorio en algún caso particular y exigir de los demás participantes que respeten esas obligaciones por referencia a los usos y costumbres que dan origen a esa convención.⁴⁶ No podemos ir y revisar un manual de la práctica de hacer fila; sin embargo, sí podemos analizar las conductas que realizan los que participan en esa práctica. Ahí es donde podemos encontrar esas respuestas; desde luego, no definitivas.⁴⁷ La diferencia entre lo correcto y lo incorrecto, desde el punto de vista del participante, reside en esa base común de creencias y opiniones compartidas.⁴⁸ Actuar correctamente; es decir, com-

⁴⁶ MacCormick [2007a: 17]: "Asumiendo entonces que una práctica de hacer fila es viable en un contexto dado, a pesar de la ausencia de algún acuerdo explícito sobre su significado o sus normas regulativas, parece razonable sugerir que debe haber alguna comunidad bastante profunda de ideas subyacentes, o alguna idea rectora común, que haga inteligible la práctica".

⁴⁷ MacCormick [1998: 306] explica esta búsqueda de obligaciones como una labor *interpretativa*. Donde hay cierto carácter normativo, donde se tiene que decidir si actuar de un modo es correcto o no, tenemos que analizar y llevar a cabo un debate interpretativo no sólo acerca del significado de los términos que se podrían usar, sino acerca de los fines, propósitos y circunstancias relevantes de realización.

⁴⁸ MacCormick [1998: 307] asegura que el orden normativo, a pesar de no sostenerse sobre una formulación específica del deber correspondiente o fijarse en un acuerdo explícito de los participantes, está respaldado por un conjunto de ideas (o razones) subyacentes socialmente compartidas.

portarse de acuerdo a los deberes que impone esa práctica social, es parte de nuestra naturaleza humana: "los seres humanos somos usuarios de normas, cuyas interacciones con los demás depende de patrones mutuamente reconocibles que pueden ser articulados en términos de la conducta correcta contra la incorrecta, o de lo que uno debe hacer en un determinado contexto" MacCormick [2007a: 20].

Por supuesto, también un *observador externo*; es decir, alguien que no participa de esa práctica social, puede comprender el elemento normativo y juzgar la conducta de los que sí participan en ella. Basta para eso que el observador comprenda el compromiso que asumen los participantes, aun si él mismo no acepta ese compromiso. Este observador diría, por ejemplo, que los participantes *consideran* obligatorio formarse detrás de la última persona y esperar turno para ser atendidos. Su explicación, entonces, no podría ser reducida a una simple formulación estadística: "la mayoría de la gente (en tales y tales circunstancias) se comporta de tal y tal forma". Lo que hace el observador es identificar el elemento normativo para explicar las conductas de los participantes y los rasgos individuales de esa práctica social; es decir, para considerarlas como una colección de hechos institucionales y no sólo como una colección de hechos brutos, que podría describir con independencia de un marco institucional.

La clave para comprender el aspecto normativo del derecho está en lo que antes dijimos acerca de la ontología institucional. MacCormick [1998: 323] explica que la práctica de hacer fila, igual que muchas otras prácticas sociales, como jugar ajedrez, prometer, dar una conferencia, escribir una tesis, etc., es un hecho institucional. Un hecho interpretable con base en el marco de acción normativo que orienta el comportamiento de los participantes y que asigna funciones tanto a hechos como a objetos, e impone obligaciones.

Por supuesto, como dice MacCormick [1998: 25], muchas de estas prácticas sociales en las que participamos, incluyendo la práctica de hacer fila, pueden dejar de ser órdenes normativos informales y convertirse en *órdenes normativos formales* (o institucionales). Hay lugares (*p. ej.*, las oficinas de correos, las estaciones de autobuses, los aeropuertos) donde hacer fila es un comportamiento estrictamente regulado. Incluso hay autoridades que se encargan de vigilar y sancionar a quienes se comportan de forma incorrecta, es decir, a quienes se brincan la fila o pasan antes que los demás.

2.1.2. El orden normativo formal

Cuando este orden normativo se institucionaliza nos encontramos con distintos tipos de reglas.⁴⁹ Tenemos las reglas que crean y regulan la práctica social, y tenemos también las reglas que establecen en alguna medida los fines y valores que se pretenden asegurar con ese orden normativo, *cfr.* MacCormick [1998: 314]. De esta forma, el orden normativo se puede dividir en dos niveles. En el primero, tenemos las normas que establecen, por ejemplo, la obligación de mantener la fila, y que establecen también la sanción que corresponde a su incumplimiento. En el segundo, están las reglas que autorizan a una persona (o grupo de personas) a vigilar o monitorear las filas. Ellas se ocupan, además, de decidir los casos en que los participantes no respetan la fila o no mantienen el orden.

⁴⁹ Para MacCormick y Bańkowski [1991: 225s], los actos jurídicos (y los actos de habla) son posteriores a esas convenciones sociales. No puede ser al revés. Sin embargo, cuando esas convenciones se formalizan o se institucionalizan, lo que tenemos son regulaciones, atribuciones y funciones que se incorporan en la práctica social informal. Ya no se admite una promesa o una declaración, si no se cumple con todos y cada uno de los requisitos que establecen las nuevas reglas institucionales. Mientras la práctica social se mantiene informal (o sin institucionalizarse), la realización de un acto de habla (*p. ej.*, prometer) no depende de un contexto específico ni de satisfacer ciertas condiciones particulares. Cuando se institucionaliza, entonces se vuelve obligatorio satisfacer esas otras condiciones de realización, y estar atentos de que no ocurran excepciones a esas condiciones.

Un orden normativo puede formalizarse o institucionalizarse, entonces, por medio de la introducción de reglas de segundo nivel. Esto vale para prácticas sociales como hacer fila o jugar ajedrez; y también para el lenguaje y el derecho. MacCormick y Bañkoswki [1991: 226], nos explican cómo distintos actos de habla pueden, desde un contexto particular, llegar a formalizarse. Supongamos que, bajo un orden normativo informal, una promesa se realizaba según los usos y costumbres de la comunidad; también una denuncia o una declaración. Sin embargo, cuando esos actos de habla se formalizan, cuando ya hay reglas que establecen los procedimientos por los cuales se lleva a cabo una promesa o una denuncia o una declaración, ya podemos distinguir entre *actos de habla válidos* y *actos de habla inválidos*. Se establecen formulaciones precisas que se deben expresar para poder realizar una promesa válida, o se deben satisfacer ciertos requisitos contextuales para poder emitir una declaración válida, etcétera.

Para que esto sea el caso, es necesario – aunque no suficiente – que se pongan en operación distintos tipos de reglas.⁵⁰ Si la práctica social informal ya cuenta con cierto grado de eficacia, entonces su formalización o institucionalización le dotará de elementos prácticos para reforzar *la presión social* detrás de ella (*i. e.*, el elemento persuasivo de actuar como es debido).⁵¹ La manera de institucionalizar una práctica social informal es a través de lo que Searle llama *reglas constitutivas*, o lo que MacCormick entiende por *reglas de segundo nivel*.

⁵⁰ Si la gran mayoría de la gente decidiera no participar de esa práctica social (*i. e.*, si no decidieran actuar cooperativamente o en coordinación), nada, ni siquiera una formalización exageradamente rígida, podría imponerles obligaciones, o establecer funciones, o crear instituciones. Es sólo la combinación de ambos elementos (*i. e.*, un cierto nivel de eficacia y un marco debidamente regulado) lo que permite constituir una práctica social institucional.

⁵¹ MacCormick [1998: 314] afirma esto con base en su idea de que las reglas institucionalizadas imponen obligaciones con mayor claridad que las reglas informales. Esas reglas suelen tener la forma de condicionales normativos: si se dan los hechos operativos (HO), entonces *deben ocurrir* ciertas consecuencias normativas (CN).

Aunque ya vimos que la propuesta institucionalista de MacCormick debe mucho a la teoría de Searle, el mismo MacCormick [1998: 333ss] discute si la versión institucionalista de Searle es la mejor manera de entender las reglas que institucionalizan una práctica social informal. Searle entiende por reglas constitutivas lo que MacCormick entiende tanto por *reglas institutivas* como por *reglas de consecuencias*. Las primeras crean (o definen) hechos institucionales, mientras que las segundas establecen las consecuencias que producirán esos hechos institucionales. La versión de MacCormick, entonces, es mucho más explícita respecto del tipo de reglas involucradas en el marco institucional.

Adicionalmente, MacCormick introduce las *reglas de término* para describir una característica especial de las prácticas normativas como el derecho. Estas prácticas establecen condiciones y requisitos no sólo para crear o modificar actos jurídicos (que pueden ser obligaciones, funciones, etcétera), sino también para terminarlos. Si queremos explicar adecuadamente el derecho, y los órdenes normativos institucionales en general, tenemos que dar cuenta de estos distintos tipos de reglas. La teoría de Searle, tan simplificada desde el punto de vista de MacCormick, es un buen punto de arranque, aunque no es la versión definitiva con la que debemos trabajar.

2.1.2.1. Reglas institutivas, reglas de consecuencias y reglas de término

Una institución jurídica existe en virtud de que un marco de referencia (o un sistema jurídico) establece las condiciones de existencia de esa institución. La forma en que lo hace es a través de las *reglas institutivas*. Estas reglas establecen, por ejemplo, que algo es una institución (quizás un contrato) cuando tal y tal acción ocurren.

Una vez que existe una institución jurídica, es una cuestión práctica del derecho que esa institución produzca algún conjunto de consecuencias o resultados jurídicos; ya sea en la forma de derechos, obligaciones, deberes, poderes e incluso responsabilidades. El sistema jurídico da cuenta de esta cuestión operativa por medio de las *reglas de consecuencias*. Estas reglas establecen, por ejemplo, que si algo es un contrato, entonces hay una relación jurídica entre los contratantes, hay exigencias de cumplimiento, hay derechos de reclamación y hay, entre otras cosas, situaciones eximentes de responsabilidad.

Ahora, si existen instituciones jurídicas y a ellas le siguen ciertas consecuencias jurídicas, entonces el derecho tiene que proveer necesariamente de procedimientos y condiciones de terminación. Las *reglas de término* son las que establecen que bajo tales y tales circunstancias un acto jurídico termina (o deja de tener efectos jurídicos).

La tesis de MacCormick y Weinberger [1992: 55] consiste en que las instituciones jurídicas están reguladas y ordenadas por esos tres tipos de reglas, y el sistema jurídico las incluye necesariamente.⁵² Si esto es verdad, entonces no serían posibles las instituciones jurídicas si no hay involucradas esas reglas en el sistema jurídico.⁵³

⁵² MacCormick y Weinberger [1992: 67] reconoce, como hiciera en su momento Hart [1994] respecto de las reglas primarias y secundarias, que las reglas institucionales (sean institutivas, de consecuencias o de término) poseen inevitablemente algún grado de vaguedad o *textura abierta*. Sobre el problema de vaguedad en el derecho, véase Endicott [2003], y sobre el concepto de *textura abierta*, véase Atria [2003: 72].

⁵³ Cuidémonos de una ambigüedad. La noción de *institución jurídica* es anterior a la realización de cualquier *instancia* particular de esa institución. Esto significa que para que exista *una* institución, como un hecho particular, antes tiene que haber *la* institución, como clasificación de hechos y conductas, a la cual pertenece. Así, si no existe la institución jurídica del matrimonio, entonces no existen los matrimonios (al menos, jurídicamente hablando). Por supuesto, decir que existe *la* institución, y que ésta es anterior a cualquier instancia particular, no nos compromete con decir que *una* institución en particular existe. Puede haber en el sistema jurídico la institución del matrimonio, aun si nadie celebra un matrimonio.

Recordemos que Searle y Anscombe han dicho lo mismo acerca de los hechos institucionales. Si no hay reglas que establezcan los requisitos para que un hecho institucional exista, entonces no puede existir. Y si en la presunta realización de un hecho institucional no se cumplen todas y cada una de las condiciones y requerimientos que establecen esas reglas, entonces no ocurre el hecho institucional.

Más allá de esto, el institucionalismo jurídico que proponen MacCormick y Weinberger [1992: 73] implica, además, el reconocimiento de otras *normas y valores* jurídicos involucrados en el marco institucional. En su opinión, los *principios* y los *estándares de comportamiento* también están contenidos en los sistemas jurídicos, sólo que ellos no son como las reglas, que imponen obligaciones, sino más bien son interpretaciones de las normas que constituyen, en su conjunto, al sistema jurídico, cfr. MacCormick [1998: 315].

2.1.2.2. *Principios y estándares de comportamiento*

De acuerdo con el análisis que hicimos de la teoría de Hart, las reglas primarias contienen la obligación jurídica, y las secundarias constituyen y ordenan la práctica jurídica. Sin embargo, apoyado en la crítica que hiciera Dworkin a Hart, véase Shapiro [2007], MacCormick insiste en que es falso que las reglas sean las únicas que imponen obligaciones. También hay principios jurídicos y estándares de comportamiento; y ambos contienen obligaciones. Y si esto es verdad, entonces es falso que el concepto básico del derecho, con el que podamos explicar la práctica jurídica institucional, sea únicamente la regla jurídica.

La formulación de los principios jurídicos, como *Nadie puede beneficiarse de sus propios delitos*, es el resultado de la interpretación de un conjunto de reglas y

determinaciones jurídicas; por ejemplo, las reglas que establecen castigos o sanciones a las personas que cometen algún delito y que, además, las privan de ciertos derechos y facultades legales. Estas reglas parecen estar dirigidas a un propósito general: la corrección y prevención de conductas incorrectas o contrarias a deber. Si existen estas reglas, entonces parece razonable afirmar que el sistema jurídico contiene ese principio.

Los principios (o valores), que también contienen fuerza normativa, no siempre nos permiten llegar a una decisión clara ante un caso particular. A veces hacer lo más justo o lo más razonable implica descuidar o disminuir el logro de otros principios. Cuando los principios compiten, a diferencia de lo que ocurre cuando las reglas compiten, es necesario tomar en cuenta los objetivos y propósitos de la práctica jurídica y realizar algún juicio de preferencia que, aun en perjuicio de otros principios, permita satisfacer en la mayor medida el principio preferente. Al ejercicio argumentativo por el cual podemos lograr ese juicio de preferencia algunos teóricos del derecho (*p. ej.*, Alexy) le han llamado *ponderación*. Ponderamos cuando tenemos que decidir si un principio (o un valor) es más importante que otro con el que está en competencia.⁵⁴

Lo que Hart no vio (o no quiso ver) acerca de los principios, Dworkin [1977] se encargó de hacerlo público a través de sus debates. MacCormick, sin embargo, dice algo más que Dworkin y acusa a Hart por ser ignorante no sólo respecto de la existencia de principios jurídicos, sino también respecto de los *estándares de comportamiento*. Estos estándares, que no son principios (en el sentido de valores o fines

⁵⁴ En el próximo capítulo revisaremos ambos tipos de razonamientos. En el razonamiento jurídico a partir de reglas la noción clave es la *aplicación*. Una regla es aplicable al caso hasta que no se prueban excepciones. En el razonamiento a partir de los principios, el concepto clave es la *ponderación*. Ponderamos para determinar el peso (o importancia) específico de ciertos valores morales u objetivos sociales frente a otros.

prácticos del derecho) ni reglas (en el sentido de expresiones normativas de la obligación jurídica o enunciaciones de las condiciones para el ejercicio de un poder público o privado), establecen ciertos compromisos sociales útiles para el bienestar social y la convivencia pacífica, cfr. MacCormick [2010]. Estos estándares son *pautas de comportamiento* o simples *razones prudentiales* que pueden hacerse exigibles y que suelen ser usados en la determinación de ciertos deberes jurídicos. Algunos ejemplos de estándares de comportamiento serían *barrer la banqueta todos los días*, o *recoger la basura de los contenedores públicos en horario nocturno* (para afectar lo menos posible a los comercios), o *realizar actividades deportivas sólo en espacios especialmente adecuados para ellas*, etcétera.

2.1.2.3. *La validez jurídica del orden normativo institucional*

La *obligación jurídica* es el concepto característico de estas reglas, principios y estándares de comportamiento. MacCormick regresa a la teoría analítica del derecho de Hart para explicar la derivación de una *obligación* (i. e., un deber) a partir de un *ser* (i. e., una convención social). En su opinión, hay hechos (como aspectos de la realidad social) que son susceptibles de alguna interpretación institucional cuando están dirigidos a propósitos o fines más o menos determinados; es decir, cuando son producto de la acción racional de los hombres. De estos *hechos* podemos derivar un *deber*, si reconocemos en los participantes, en los agentes (para usar la categoría de Weinberger), un aspecto externo y un aspecto interno. El externo es básicamente la conducta; y el interno, la aceptación. Un observador (un teórico del derecho, por ejemplo), que asume un punto de vista externo respecto de las normas jurídicas, puede identificar el comportamiento de los participantes sin asumir él mismo que ese comportamiento es obligatorio. Un participante, que mira la práctica desde el punto de vista interno, asume como obligatorio un cierto comportamiento, ya sea por los beneficios que le produce o por la presión social que hay detrás de él.

El observador externo comprende que existe un sistema jurídico aun si no comparte un compromiso como el de los participantes activos. En este sentido, el observador entiende el carácter normativo de las normas jurídicas; es decir, mantiene una *actitud epistémica* de reconocimiento hacia el comportamiento de los participantes y hacia la práctica social en general. De aquí que MacCormick advierta que el observador es sólo *volitivamente externo*, aunque no *cognitivamente externo*.

La teoría analítica de Hart, en opinión de MacCormick, provee de los recursos necesarios (aunque todavía no suficientes) para explicar el derecho tanto desde el punto de vista externo o del observador, como desde el punto de vista interno o de los usuarios de normas. El método de reconocimiento es uno de tipo *hermenéutico*.

La obligación jurídica, como categoría fundamental de los sistemas jurídicos, pertenece a las estructuras formales de la acción intencional; en específico, a la acción racional. MacCormick y Weinberger [1992: 106] sostienen a partir de ahí que, para explicar la naturaleza de la normatividad, tenemos que explicar la naturaleza de la acción racional.

En este sentido, lo que tenemos que revisar es tanto el *elemento cognitivo* como el *elemento volitivo* de los participantes, implícitos ya de alguna manera en la teoría de Hart. El elemento cognitivo es la capacidad para reconocer pautas de comportamiento e identificar las condiciones y resultados al seguirlas o desviarse de ellas.⁵⁵ El elemento volitivo, en cambio, es la capacidad para establecer preferen-

⁵⁵ Supongamos, por ejemplo, que un agente reconoce en una oración normativa del tipo *quien cometa homicidio recibirá cinco años de prisión* tanto una descripción de hechos como su consecuencia normativa; es decir, reconoce que hay en la norma no una descripción de una conducta actual o determinada, sino la descripción de cierto tipo de conducta, y en la consecuencia reconoce el castigo que impone el derecho. Ambos elementos, que

cias a favor de la conformidad de actuar de cierta forma y, por tanto, crear expectativas acerca del comportamiento de los demás.⁵⁶

MacCormick y Weinberger [1992: 132] reconoce, no obstante, un problema conceptual con la teoría de Hart. Parece no haberse dado cuenta Hart de que hablar de *preferencias* implica necesariamente hablar de *valores*. Dado que el aspecto interno del participante tiene que ver con la formación de preferencias y expectativas de comportamiento, Hart debió prever que en su análisis había ya involucrado un elemento de moralidad: los valores sobre los cuales se establecen esas preferencias, cfr. MacCormick [2010]. Pensemos, por ejemplo, en una sociedad donde los conductores de automóvil se detienen (regularmente) cuando el semáforo que apunta hacia ellos está en rojo. Su comportamiento parece proceder de una aceptación interna respecto de ciertos deberes (por lo menos, el deber de detenerse cuando la luz del semáforo está en rojo). La intención detrás de ese comportamiento podría corresponderse con una norma que protege la seguridad no sólo de los demás conductores, sino también de los peatones. Pues bien, si es la seguridad de las personas lo que justifica el comportamiento de los conductores, entonces estamos hablando ya de valores.⁵⁷

podemos entender, uno, como condiciones de aplicación de la norma, y otro, como consecuencia jurídica prevista, son entonces captados (o conocidos) por el agente.

⁵⁶ Reconocer los beneficios de orden y seguridad que acompañan a una práctica social normativa, así como preservar esa actitud de cooperación con el fin de conseguir los resultados deseados (*p. ej.*, pasar a la ventanilla de un banco o comprar el billete de avión) y, al mismo tiempo, predecir el comportamiento de los demás (*i. e.*, que los otros participantes también seguirán el mismo curso de acción que él) es lo que constituye esa capacidad volitiva.

⁵⁷ En nuestra opinión, Hart no fue miope ni contradijo su teoría en este sentido que señala MacCormick. Hart parece haberse dado cuenta de que detrás de las preferencias y la generación de expectativas había ciertos valores (*valores morales*, agreguemos); sin embargo, la tesis fuerte de Hart consiste, tal y como vimos antes, en que la correspondencia con esos valores no es suficiente para atribuirles carácter normativo a las normas jurídicas. En otras palabras, lo que le importa negar a Hart es que el valor moral detrás de las normas jurídicas no es lo que les concede fuerza normativa (o validez jurídica); además, Hart sólo quiere rechazar que esos valores no puedan ser abandonados o modificados a través de procesos dinámicos institucionales, lo cual para nada contradice esta interpretación moralizadora de MacCormick.

Estos valores son mejor entendidos, de acuerdo con MacCormick, si los analizamos desde el punto de vista de la acción racional. Siguiendo con el ejemplo, es más racional para los conductores comportarse conforme a una regla que garantiza la seguridad de las personas antes que comportarse en contra de ella. (Aun si las ventajas de hacerlo en contra fueran, desde una mezcla posible de circunstancias, aparentemente mayores que las de hacerlo a favor). Es más racional seguir la regla, en la medida que eso garantiza que los conductores puedan circular en sus coches sin provocar que otros conductores o peatones se esfuercen por interrumpir su viaje. Si los conductores aterrorizaran a las personas, ellas buscarían los medios para impedir que los coches circulen en la calle. El conflicto entre conductores, y entre conductores y peatones haría imposible la realización de esa práctica social de conducir.

MacCormick explica entonces el carácter normativo del derecho con base en el respaldo de ciertas preferencias y expectativas convencionalmente aseguradas, dentro de las cuales ya están involucrados ciertos valores morales (especialmente, la seguridad jurídica). El derecho existe porque es más racional a las personas comportarse de cierta manera y corresponder a ciertas obligaciones, así como tener condiciones más o menos precisas para la realización de ciertas acciones que consideran necesarias para su vida (*p. ej.*, celebrar matrimonios o demandar empresas).

Aunque MacCormick y Weinberger [1992: 140s] no aceptan todavía una cierta relación necesaria entre moralidad y derecho, sí aceptan desde el nivel de la racionalidad que las *contradicciones performativas* no deben ser toleradas. Así como no podemos realizar la acción de hablar y al mismo tiempo negar que estemos hablando, no podemos decir que algo es obligatorio si es inconsistente con su respaldo normativo. No podemos entonces tener una regla jurídica que establezca es *injusto*

castigar a las personas por acciones que no cometieron y, aun así, es obligatorio hacerlo, si esto da lugar a una contradicción performativa. Dotarle de obligatoriedad jurídica a esta regla es inconsistente (o contradictorio) con los valores que pretende asegurar el sistema jurídico; y esa inconsistencia es inadmisibles desde el punto de vista de la racionalidad. Podemos mantenerla, después de todo, restringiendo o abandonando los valores con los que resulta inconsistente (*p. ej.*, la protección de la integridad física y la libertad de las personas);⁵⁸ sin embargo, hacer esto significa quitar todo elemento de utilidad al sistema jurídico y a la práctica jurídica en general. Con lo cual ya no podríamos justificar la aceptación interna de los participantes.

2.1.2.4. *Moralidad institucional*

Estos principios se corresponden con alguna moralidad, asegura MacCormick y Weinberger [1992: 173s], y sirven para solucionar conflictos jurídicos, aunque para es una moralidad trascendental, sino más bien una *moralidad institucional*. Una moralidad que tiene a su cargo dos compromisos: (1) Tiene que ajustarse lo más posible a las instituciones jurídicas y políticas que integran el orden normativo institucional; y (2) debe aproximarse lo más posible a nuestras creencias normativas socialmente compartidas.

Para MacCormick y Weinberger [1992: 176], lo que Dworkin parece criticar de Hart, y quizás del institucionalismo jurídico en general,⁵⁹ no es que las disputas

⁵⁸ Por supuesto, determinar su inconsistencia con respecto a ciertos valores del sistema jurídico entraña un ejercicio argumentativo, especialmente interpretativo. Se tienen que decidir qué valores integran al sistema jurídico y frente a cuáles es inconsistente esa regla. Además, se tiene que interpretar esa regla para ponerla en una relación lógica (de inconsistencia) con las demás normas del sistema jurídico. Cfr. MacCormick y Wróblewski [2003].

⁵⁹ Schauer [2009: 35-37] explica la crítica que hace Dworkin a las teorías institucionalistas (o sociológicas) del derecho. Para Dworkin, mirar al derecho como un tipo de institución social no es de importancia práctica ni de interés filosófico porque eso no nos ayuda a responder la *pregunta doctrinal* de la teoría jurídica (*i. e.*, ¿qué hace verdadera a una proposición de derecho?) El carácter institucional de una norma (o su existencia jurídica) no

jurídicas deban ser resueltas en términos puramente morales, o que la moralidad resuelve con mayor facilidad esas disputas, sino que detrás de cualquier decisión jurídica hay algún contenido de moralidad (*i. e.*, la justificación jurídica que necesitamos tiene algún respaldo en los principios o valores morales que integran el sistema jurídico).

La moralidad, desde luego, no puede resolver autónomamente las disputas jurídicas precisamente porque depende del marco jurídico institucional. En este sentido, lo que necesitamos realmente es una versión menos radical de la moralidad, o sea, una versión *institucional* de la moralidad. Bajo esta perspectiva, los principios jurídicos sí pertenecen al marco de acción racional, y representan los fines y propósitos sociales de la intencionalidad colectiva.⁶⁰

determina la verdad de una proposición de derecho, cfr. Bix [1996: 115]. Además, para Dworkin el concepto sociológico del derecho (*i. e.*, el orden normativo institucional) es tan vago; es decir, carece de límites precisos en el lenguaje ordinario, que no permite distinguirlo de otros conceptos prácticos. Schauer no está de acuerdo con esta objeción. Para él, definir al derecho como *orden normativo institucional* nos ayuda precisamente porque nos permite caracterizarlo como una institución sociológicamente diferenciada. Podemos distinguir los casos que claramente no son derecho – porque no son parte de la institución – (*p. ej.*, las recetas de cocina) de los casos que claramente son derecho (*p. ej.*, las cortes y tribunales nacionales). Y, además, podemos reconocer los casos de penumbra (*p. ej.*, las normas de derecho internacional). En este sentido, Schauer [2009: 38] afirma: “El concepto sociológico de derecho, y por tanto la idea de derecho no sólo como una colección de instituciones sino como una institución misma, puede ser vaga; sin embargo, que sea vaga en sus límites apenas lo hace ininteligible o disvalioso”. La promulgación (o positivización) de una norma no determina la verdad de esa proposición de derecho; sin embargo, sería absurdo decir que la promulgación es irrelevante para determinar su verdad o falsedad. Así pues, Schauer [2009: 41] alega: “El argumento de Dworkin no puede ser tomado como un argumento en contra del positivismo. Por el contrario, presupone la falsedad descriptiva de una teoría positivista de los sistemas jurídicos en discusión. Si el positivismo describe pobremente tal sistema, y entonces la distinción entre instituciones jurídicas y no jurídicas no tiene relevancia para determinar si una proposición de derecho es verdadera, entonces la cuestión sociológica –la distinción entre instituciones jurídicas y no jurídicas– ciertamente tiene poca importancia práctica o filosófica. Sin embargo, si una teoría positivista es verdadera, entonces la identificación de una institución como una institución jurídica se vuelve crucial, porque su juridicidad [...] es precisamente lo que le da a la institución su capacidad de tener a una proposición por una jurídica, y entonces dar a la institución su capacidad de tener a una proposición de derecho por verdadera”.

⁶⁰ MacCormick y Weinberger [1992: 189-206] defiende la noción de racionalidad práctica y su importancia dentro del análisis filosófico del derecho, alegando que *sin racionalidad no puede haber sistema*. Puede haber praxis o puede haber pensamiento; sin embargo, estos todavía no son sistemas. Por supuesto, la racionalidad, como tiene

Aunque MacCormick no piensa en esta solución para seguir el proyecto *anti-positivista* de Dworkin, sí la ocupa para corregir las deficiencias explicativas del modelo convencionalista de Hart. En lo que claramente habrá una diferencia, sin embargo, es en relación con su teoría del razonamiento jurídico. Para MacCormick, y muy lejos ya de lo que pensaba Hart, el derecho incorpora, como un requerimiento de racionalidad, una *pretensión de corrección*. Algo que a los ojos del positivismo tradicional, como el de Bentham, Austin y Hart, ya no es posible explicar.

2.2. El orden normativo institucional y la pretensión de corrección

La teoría institucionalista de MacCormick [2007a: 1], a pesar de estar siempre alineada con la filosofía analítica, asumió una postura fuertemente comprometida con la moralidad y el razonamiento práctico, cfr. Halpin [2009]. Una postura que refleja el interés del institucionalismo jurídico por las teorías del razonamiento centradas principalmente en la búsqueda de condiciones de justificación (*p. ej.*, la lógica de normas y las teorías del discurso práctico racional).

Poner atención en las condiciones de justificación del derecho y de las decisiones jurídicas, implica irremediablemente una discusión acerca de los componentes normativos de la práctica jurídica y de sus valores y propósitos fundamentales, cfr. Detmold [2009]. En la medida en que el análisis del derecho nos orienta sobre las implicaciones prácticas que tienen estos valores y propósitos, podemos calificar la *corrección* o *incorrección* de las decisiones e interpretaciones de acuerdo al marco normativo institucional. Esta interpretación es objetiva, recordando a Searle, porque se hace sobre la base de ciertas actitudes compartidas por los participantes.

que ver con fines y valores, da lugar a conflictos. La solución de esos conflictos, mediante el establecimiento de preferencias, le corresponde al razonamiento práctico. Cfr. MacCormick y Wróblewski [2003].

MacCormick [1981] agrega que esas actitudes comunes guían la forma en que las personas se comportan; aunque por sí mismas no representen las únicas motivaciones de sus comportamientos. También hay deseos e intereses que impulsan sus acciones.⁶¹ MacCormick defiende que estos elementos representan el respaldo práctico racional del marco normativo institucional.

Nuestras *creencias*, *opiniones* y *actitudes*, que podemos llamar “razones prácticas”, junto con los *deseos*, *intereses* y *caprichos*, que podemos llamar “motivaciones”, son la base de la práctica jurídica. Con respecto a ellas evaluamos tanto las conductas de los demás como las conductas que nosotros mismos realizamos. Decimos de esas conductas, entonces, que son *aceptables* o *inaceptables*. La aceptabilidad, nos dice MacCormick, se juzga a partir de la estima que hay detrás de ellas (*i. e.*, el respaldo normativo).

La aceptabilidad será el fundamento de la validez de las normas y del respaldo moral para la exigencia de su cumplimiento. En la teoría analítica de Hart, recordemos, la aceptación se da en términos de *preferencias* y *valores* socialmente compartidos; aquí, en cambio, la fuerza normativa recae en la racionalidad de nuestras acciones. Explicar la racionalidad de la acción nos lleva a esclarecer las razones y motivaciones que tenemos para la acción. En la teoría de MacCormick, por tanto, están involucrados no sólo los elementos utilitaristas de Hart, sino también algunos criterios objetivos de valoración moral.

Dado que la práctica jurídica impone deberes y obligaciones sobre la base de estos comportamientos socialmente aceptados, su corrección depende sustancial-

⁶¹ MacCormick [2008b: 1]: Hume ya desconfiaba del poder absoluto de *la razón* en la determinación del comportamiento humano. La razón, sentenciaría Hume, es *esclava de las pasiones*.

mente de su respaldo moral. En términos institucionales, este respaldo da lugar al *elemento coercitivo* del Estado,⁶² y por tanto, la tesis positivista de la separación conceptual entre moralidad y derecho ya no es sostenible. La obligación jurídica y el elemento coercitivo son conceptos fundamentalmente morales.

MacCormick [2007a: v] rompe entonces con la versión positivista del institucionalismo jurídico. Su teoría, en este sentido, es mucho más cercana a las teorías que la doctrina contemporánea clasifica como *post-positivistas*, las cuales reconocen la participación indispensable de la discusión práctica racional en conflictos estrictamente jurídicos.

2.2.1. Interpretación jurídica y justificación

El derecho, como mencionamos arriba, es un ejemplo de orden normativo institucional, el cual está definido por hechos y funciones institucionales. Todos ellos constituidos, ordenados y regulados por normas institucionales, como las leyes, los reglamentos, los estatutos y los acuerdos. Este sistema de normas institucionales no sólo sirve para determinar obligaciones, sino también para establecer requisitos, procedimientos y definiciones que constituyen el conjunto de posibilidades prácticas del derecho.

El carácter institucional del derecho, sin embargo, no implica que las conductas socialmente aceptadas, y que aún no han sido institucionalizadas, dejen de ser relevantes para los participantes. Ellas cumplen una función de justificación (de la

⁶² En otras palabras, la propuesta de MacCormick consiste en ver el carácter normativo del derecho (*i. e.*, la obligación jurídica) como una consecuencia de la aceptabilidad social; mientras que a la coerción, como una caracterización institucional del respaldo moral.

cual nos ocuparemos en el siguiente capítulo), principalmente porque las normas jurídicas que ya están institucionalizadas (*i. e.*, expresadas en lenguaje natural) poseen un cierto grado de indeterminación semántica (vaguedad o textura abierta) y requieren, entonces, de otros recursos interpretativos para desentrañar su significado normativo.⁶³

Las autoridades institucionales llevan a cabo funciones interpretativas para aclarar o estipular el significado de las normas jurídicas, y lo hacen mediante el reconocimiento de ciertas creencias y actitudes socialmente compartidas, que son precisamente las que constituyen la base de aceptación de la práctica jurídica.

Estas creencias y actitudes socialmente compartidas (que denominaremos “razones subyacentes”) constituyen la base del orden normativo institucional.⁶⁴ Cuando la práctica ya está institucionalizada, la autoridad decide sobre la base de las normas institucionalizadas y también, por vía interpretativa, de esas creencias y actitudes comunes. MacCormick [2007a: 43s] propone entonces a estas razones

⁶³ MacCormick [2007a: 23] apoya esta tesis precisamente en lo que Hart ya había señalado acerca del lenguaje natural. Las normas jurídicas, cuando se positivizan; es decir, cuando se formulan explícitamente en el lenguaje natural, adquieren inevitablemente algún grado de indeterminación semántica. La actividad interpretativa del juez (o de cualquier autoridad institucional) es una consecuencia necesaria de esta falla comunicativa.

⁶⁴ Si las normas aún no estuvieran positivadas, la autoridad ejercería su función decisora de manera informal; esto es, recurriendo únicamente a las creencias comunes. MacCormick [1989b] discute con Stair sobre si es posible o no (y en qué medida) el *racionalismo constructivista*; es decir, aceptar que somos capaces de diseñar sistemas de pensamiento y de acción práctica con los que podamos racionalizar el mundo. Stair critica el institucionalismo jurídico porque parece que la formulación, o positivización, de las normas da por hecho esta capacidad. Positivizar una norma supone que podemos predecir el futuro, saber por anticipado que ciertas conductas van a ocurrir, o que si van a ocurrir tienen que ser tratadas de la misma forma. La consecuencia de aceptar esta crítica, según lo ve MacCormick, es admitir que en el ámbito práctico sólo es posible el *orden espontáneo*, es decir, sólo orientamos nuestras acciones por el viejo método de ensayo y error. Sin embargo, MacCormick rechaza esto diciendo que es a través precisamente del discurso práctico como las personas (y los grupos sociales, en general) pueden llegar a un equilibrio. Por supuesto, aunque la positivización implica considerar a los hechos futuros de la misma forma que los hechos pasados, esto no excluye la posibilidad de negociar (o aprender) que hay casos novedosos y que siempre es posible introducir excepciones a los ya previstos. La participación en el discurso práctico promete garantizar el reconocimiento de esas excepciones.

subyacentes como elementos de la justificación de las decisiones jurídicas; recuperando, así, los comportamientos socialmente aceptados y su respaldo moral.

2.2.2. *Los principios jurídicos y los límites de la autoridad institucional*

Los principios jurídicos, nos dice MacCormick [2007a: 29], están en todo el sistema jurídico, y su propósito (igual que el de las reglas y estándares de comportamiento) es establecer juicios de incorrección o desaprobación. Cuando el juez toma una decisión a partir de ellos no está acudiendo a consideraciones morales particulares; al contrario, está resolviendo de acuerdo a los valores o fines que dan sentido al derecho.⁶⁵

La corrección de una decisión, de acuerdo a estos valores y fines del derecho, tiene que ver tanto con las razones como con las motivaciones de los participantes; esto es, con el elemento volitivo de la aceptación interna. Los principios, expresados en un marco institucional como *Derechos fundamentales*, representan límites a la imposición de obligaciones y responsabilidades por parte de la autoridad institucio-

⁶⁵ Para MacCormick [2007a: 42, 46 y 288], la mejor explicación de la validez jurídica de los principios no es la de Hart (de una regla de reconocimiento), sino la de una norma fundamental (como la *Grundnorm* de Kelsen). Si entendemos la Constitución como una norma fundamental; es decir, como una norma superior que otorga validez al resto de normas jurídicas, entonces podemos calificar no sólo la validez jurídica de las reglas y principios desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista de su contenido. Serán válidas *formalmente* en tanto que sean lógicamente consistentes entre sí y se deriven de las normas que establece la Constitución; serán válidas *sustancialmente*, es decir, desde el punto de vista de su contenido, si satisfacen el requerimiento de coherencia y universalidad. Un requerimiento interpretativo, que evalúa si el significado de las normas jurídicas está en armonía con el significado del sistema jurídico en general (*i. e.*, de la Constitución y las demás normas que se derivan de ella) y si las consecuencias que produce son o no aceptables respecto del marco institucional.

^{1a} teoría de la validez jurídica de MacCormick, a grandes rasgos, toma a la Constitución como el fundamento normativo de la institucionalización de la práctica informal. Si mantuviésemos la regla de reconocimiento de Hart, nos advierte MacCormick [2007a: 57s], tendríamos que rechazar que hay una multiplicidad de situaciones y condiciones que generan normas jurídicas válidas. Por ejemplo, la decisión judicial y administrativa, la firma de tratados internacionales, etcétera. La Constitución, en cambio, reconoce todas esas funciones creadoras (o institucionalizadoras) de normas, y se impone además como la norma fundamental a partir de la cual se puede evaluar la validez no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde su aspecto sustancial, *cfr.* MacCormick [2010: 165].

nal. Respetar la esfera autónoma de los participantes es una condición necesaria para que ellos participen en la práctica jurídica (lo cual es una *razón* de participación). Por otra parte, es fundamental para la convivencia social dejar espacio para que cada quien elija libremente su proyecto de vida (lo cual es una *motivación* de participación). Ambos elementos están contenidos en los principios jurídicos (o derechos fundamentales).

Cuando la función coercitiva de las autoridades institucionales se ejerce sobre mis intereses y proyectos de vida, no puedo aceptar seguir las obligaciones que me imponen;⁶⁶ es decir, donde no puedo actuar libremente, como agente autónomo que soy, no puedo respetar las obligaciones que se me imponen. Un rasgo fundamental de las prácticas sociales en que participo es, entonces, que tengan algún límite en la imposición de obligaciones y en el ejercicio de su poder coercitivo.

MacCormick [2007a: 216] entiende la imposición y el castigo como conceptos morales; es decir, conceptos definidos como acciones que resultan en afectaciones a la esfera moral de las personas. De esta idea, por supuesto, se sigue una relación necesaria entre la moralidad y el derecho, cfr. MacCormick [2007a: 215, 242]. Una relación que se da en términos de *justificación*, a saber, donde la autoridad puede *afectar* los intereses y proyectos de vida de las personas, tiene entonces una *responsabilidad especial* de justificar sus decisiones.

Esta responsabilidad suele nombrarse como *pretensión de corrección*, la cual implica un deber institucional respecto de las decisiones jurídicas: todas y cada una

⁶⁶ Yo no puedo tener intereses y proyectos de vida propios si no tengo autonomía y libertad para elegir. De esto se trata en parte la moralidad. Desde luego, si mi proyecto de vida es afectar los proyectos de vida de los demás, no tendré respaldo moral para hacerlo, precisamente porque estoy interfiriendo con la esfera autónoma de otras personas (estoy quebrantando el principio de reciprocidad).

de las decisiones jurídicas deben estar justificadas. Las razones y motivaciones que justifican una decisión se ponen a prueba en los distintos foros de argumentación jurídica (*p. ej.*, en los tribunales). Las teorías del razonamiento jurídico han alcanzado gran relevancia en la discusión filosófica del derecho precisamente porque son ellas las que proponen, defienden y evalúan ciertos métodos y procedimientos argumentativos para justificar las decisiones jurídicas.

2.2.3. *El razonamiento jurídico: el problema de la justificación*

Las razones de justificación en el derecho, aunque están constreñidas a las normas institucionales, son parte del conjunto de razones que constituyen la *razón práctica*, es decir, son razones que pretenden justificar afectaciones (daños, lesiones o limitaciones) a la esfera autónoma de las personas.

El *razonamiento jurídico*, que es la vía institucional mediante la cual se toman y justifican las decisiones jurídicas, es –como lo denomina Alexy [2010]– un caso especial del razonamiento práctico general; o, en otras palabras, el razonamiento práctico es la clase general a la cual pertenece el razonamiento jurídico. Es un caso *especial*, porque el razonamiento jurídico está limitado por normas, procedimientos, agencias y funciones institucionales; mientras que el razonamiento práctico no está sujeto a esas condiciones o constreñimientos institucionales.⁶⁷

⁶⁷ Podríamos decir incluso que en el discurso (o razonamiento) práctico general no hay limitaciones de tiempo ni de información; en este sentido, no hay plazos que cumplir para tomar una decisión, y siempre es posible que nueva información nos lleven a revisar las conclusiones a que habíamos llegado antes. En el derecho, por el contrario, es importante tomar decisiones cuando todavía tiene sentido hacerlo; es decir, cuando hay tiempo de corregir errores o de reparar daños. Y aunque después haya suficiente información para rechazar una decisión ya tomada, la misma práctica jurídica no permitiría modificarla.

Para MacCormick [2007a: 274s], el razonamiento jurídico es la vía institucional por la cual la autoridad cumple con su *responsabilidad especial* de justificar las decisiones jurídicas, y con su *responsabilidad moral* que se sigue de la afectación que produce (o puede producir) en la esfera autónoma de los participantes. Se trata de dos tipos de responsabilidades porque hay dos tipos de órdenes normativos involucrados. La responsabilidad institucional de justificación que impone la práctica jurídica a la autoridad (la pretensión de corrección) y la responsabilidad moral que se sigue de la afectación que sufren los individuos en su esfera autónoma de decisión.

Esta doble responsabilidad hace de la práctica jurídica una práctica esencialmente argumentativa. Una práctica en la que no sólo la autoridad sino también los participantes pueden (y deben) discutir las razones que tienen a favor y en contra de ciertos comportamientos, o de ciertos estados de cosas. Una teoría del derecho que pretenda explicar el carácter normativo de la práctica jurídica tiene que ocuparse también de su aspecto argumentativo.⁶⁸

En la teoría de MacCormick, como ya lo vimos, esta propiedad argumentativa del derecho es la consecuencia de entender a la práctica jurídica como un orden normativo institucional, constituido sobre la base de expectativas de reciprocidad entre los participantes y sus respectivas búsquedas de bienestar.

⁶⁸ Gran parte de la obra filosófica de MacCormick tiene que ver precisamente con este reclamo, *i. e.*, con dar cuenta del aspecto argumentativo de la práctica jurídica. Nada excepto una teoría del razonamiento jurídico puede corregir este defecto en las teorías del derecho (sean o no positivistas). Cfr. Michelon [2009a: 57].

