
2. LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Una de las teorías que ha reclamado recientemente un espacio propio dentro de la esfera del positivismo jurídico es la llamada teoría institucional del derecho.⁴¹ Propuesta originalmente por Neil MacCormick y Otta Weinberger,⁴² esta teoría es un intento por explicar la naturaleza del derecho en términos de la relación que existe entre la práctica jurídica y las instituciones sociales. De acuerdo con MacCormick, a pesar de que el derecho ha sido considerado típicamente un fenómeno institucional por filósofos y juristas, hasta ahora ninguna teoría

⁴¹ Afirmaciones de este tipo son defendidas por MacCormick y Otta Weinberger en el prefacio e introducción de su libro *An Institutional Theory of Law* (1986). Algo similar es propuesto por Siltala (2011, p. 130). El propósito de este capítulo es presentar con cierto detalle la versión del también llamado institucionalismo jurídico propuesta por Neil MacCormick. Aunque otros autores como Massimo La Torre y Otta Weinberger han hecho contribuciones importantes a la teoría institucional del derecho, no daré cuenta de sus propuestas.

⁴² MacCormick y Weinberger (1986). Es preciso aclarar aquí que, como bien explica Massimo La Torre (1993), existen versiones del institucionalismo jurídico anteriores a la propuesta de MacCormick y Weinberger, por ejemplo, la teoría de Santi Romano (1977). No obstante, ha sido la teoría de MacCormick la que aparentemente más influencia ha tenido en el desarrollo del debate contemporáneo entre los seguidores del institucionalismo. (Véase Maksymilian del Mar 2009).

se ha concentrado en dar cuenta detalladamente de lo que implica en realidad sostener una afirmación así. En principio, la pretensión de la teoría institucional del derecho es llenar dicho hueco explicativo.

Sin embargo, ubicar la propuesta de MacCormick dentro del cuadro positivista contemporáneo es una tarea más bien difícil. A diferencia de otras teorías como el convencionalismo de Marmor o el de Postema, la teoría institucional del derecho no parece estar relacionada, al menos no de manera tan cercana, con la teoría de H. L. A. Hart, característica recurrente en la mayoría de las propuestas dentro de la filosofía del derecho actual.⁴³ Incluso si MacCormick menciona en repetidas ocasiones que algunas de sus ideas proceden de Hart, Ronald Dworkin o Joseph Raz, lo cierto es que su teoría parece surgida de otro lugar. A saber, de la intuición de que al explicar los sistemas jurídicos se debe atender de manera necesaria y suficiente a su carácter institucional. En pocas palabras, la preocupación principal del institucionalismo es explicar y justificar la tesis de que el derecho es un "orden normativo institucional" (MacCormick 2007, p. 11).

⁴³ Esta característica parece común incluso para teorías interpretativistas como la de Dworkin. No parece exagerado afirmar que, aunque de manera crítica, la mayoría de teorías del derecho contemporáneas han adoptado la teoría hartiana como un punto de partida común. Por otro lado, de acuerdo con Anna Pintore (1991), a pesar de que después de un análisis cuidadoso, sólo puede ser considerada una teoría sociológica del derecho, la teoría de MacCormick es, según ella, un intento por reconciliar dos de las doctrinas más influyentes en el campo de la filosofía jurídica contemporánea: el positivismo jurídico y las teorías sociológicas del derecho. Aunque el mismo MacCormick señaló (1992, p. 8) que la teoría propuesta a lado de Otta Weinberger en 1986 debía ser entendida como una teoría del conocimiento jurídico, más que una teoría del derecho, parece difícil suponer que una afirmación similar puede ser hecha sobre la última versión presentada en *Institutions of Law* (2007). Afirmaciones sobre la dificultad de caracterizar con precisión el tipo de teoría positivista que representa el institucionalismo jurídico han sido defendidas también por Vitorio Villa (2009, pp. 50-56).

1. HECHOS BRUTOS Y HECHOS INSTITUCIONALES

Existe una distinción fundamental para cualquier teoría que intente explicar la realidad social en términos de instituciones, a saber, la diferencia entre hechos brutos (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*).⁴⁴ Esta distinción señala la diferencia entre hechos simples que tienen lugar en el mundo físico y hechos cuya existencia, a pesar de ser objetiva,⁴⁵ depende de la actividad humana. Así, decimos que los hechos brutos son aquellos cuya existencia puede ser emplazada en el mundo sin incidencia del género humano,⁴⁶ hechos que existirían incluso si no figuraran en los pensamientos de persona alguna;⁴⁷ por otra parte, los hechos institucionales son aquellos que adquieren dicho estatus en virtud de su interpretación a la luz de un cierto contexto normativo. En pocas palabras, la diferencia entre unos y otros consiste en que, mientras los hechos institucionales necesitan de las instituciones humanas para existir, la existencia de hechos brutos es independiente de ellas.

Cabe señalar desde ahora que, aparentemente, sin este marco normativo un buen número de objetos perdería el significado (social) que de hecho creemos que

⁴⁴ Tradicionalmente se dice que los trabajos de Anscombe (1958) y Searle (1969) son los precursores de dicha distinción.

⁴⁵ El término "objetivo" debe entenderse aquí como opuesto a aquello que depende de concepciones subjetivas, tal y como lo utiliza Searle (1995, p. 1).

⁴⁶ Incluso si para aseverar la existencia de un evento determinado es necesario siempre proporcionar una cierta descripción, e incluso si cualquier descripción se considera ella misma un hecho institucional, sería un error confundir el hecho mismo con la manera en la que lo describimos, y así, concluir que cualquier hecho es en algún sentido institucional. En palabras de Searle "Por supuesto, a fin de afirmar la existencia de un hecho bruto requerimos la institución del lenguaje, pero es necesario que distingamos el hecho cuya existencia afirmamos de la declaración que hacemos de su existencia." (Searle 1995, p. 2). La traducción es nuestra.

⁴⁷ De acuerdo con Sitala (2011, p. 165) la categoría de hechos brutos incluye tanto hechos físicos, como hechos mentales. Heidemann (1999, pp. 256-257) propone algo similar al reconstruir la concepción de la ontología social de Searle. Esto es, parece que los estados mentales son considerados hechos brutos dado que su existencia es (al menos podría ser) independiente de las instituciones humanas. Podemos decir que los estados mentales son cosas que pasan (pueden pasar) en el cerebro de las personas incluso ante la falta de conciencia sobre ellos y, por esa razón, no son institucionales. Claramente esta idea está lejos de ser obvia.

tienen según nuestra experiencia ordinaria del mundo. Es decir, los hechos institucionales cuya existencia experimentamos en nuestra vida diaria y en virtud de los cuales asociamos ciertos significados a determinados objetos, dependen necesariamente de la interpretación de un conjunto de reglas.

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

Para ilustrar la diferencia entre hechos brutos y hechos institucionales MacCormick utiliza como ejemplo a las tarjetas de crédito: no es lo mismo una simple pieza de plástico de colores, que una pieza de plástico de colores que nos permite realizar transacciones comerciales. Otro ejemplo es la diferencia entre "un disco unido a una correa con una superficie transparente de un lado, detrás de la cual hay ciertas marcas uniformemente distribuidas alrededor del perímetro de una superficie blanca" (MacCormick 2007, p. 11), y un reloj de muñeca. Para Ota Weinberger (1991, p. 4) podemos apreciar la diferencia entre hechos institucionales y brutos si observamos un tablero de ajedrez y sus piezas dispuestas para comenzar una partida, descritos en términos puramente físicos (simplemente como objetos de cierto tamaño, forma y color), y los mismos objetos descritos en términos de su función institucional, esto es, de su papel en el juego. Como podemos ver, el objetivo de estos ejemplos es ilustrar cómo a un objeto físico se le puede dar un significado institucional al ser interpretado a la luz de un marco normativo particular. Sabemos

que una pieza de plástico cuenta como una tarjeta de crédito debido a las reglas que regulan los créditos bancarios de esta naturaleza. También, qué tipo de discos son relojes, gracias a algunas reglas sobre la medición del tiempo. Por último, sabemos qué es un peón, una torre o un rey y como deben desplazarse en el tablero, en virtud de las reglas del ajedrez.

Una forma más en la que MacCormick busca dar cuenta de la diferencia entre hechos brutos e institucionales atiende a la información que podemos derivar de la observación cuando nos encontramos frente a un evento particular. La idea es que la información que obtenemos al observar un hecho bruto es, en algún sentido, distinta a la que obtenemos de la observación de un hecho institucional. En el segundo caso, por ejemplo, no vemos simplemente (incluso si de hecho lo hacemos) algunas marcas de tinta sobre una hoja de papel, sino un contrato. De modo contrario, al observar un árbol no vemos más que un objeto con ciertas propiedades físicas. Con mayor precisión, MacCormick (1948, p. 322) dice que cuando vemos a un grupo de personas haciendo una fila "no vemos solamente a un grupo de personas de pie en una cierta relación espacial [...] aunque de hecho eso vemos. Vemos lo que inferimos es una fila de personas [...] nuestra información fáctica es permeada por un entendimiento normativo".⁴⁸

No obstante, esta idea resulta un tanto desconcertante. En primer lugar, no es suficientemente claro en qué consiste exactamente la diferencia informativa. Una posibilidad es pensar que se corresponde con el tipo de hecho particular que estamos observando. Esto es, la información que obtengo a partir de mi observación de un

⁴⁸ Una idea similar es propuesta por Ota Weinberger y su noción de información práctica (*practical information*) en MacCormick y Weinberger (1986, pp. 84-90). MacCormick (1998a) utiliza este concepto de información práctica para explicar algunos aspectos del razonamiento de los miembros de la práctica jurídica, en particular, de los ciudadanos que guían su conducta conforme a reglas de derecho.

evento, si es institucional, es que es institucional, mientras la información que obtengo de un evento, si es un hecho bruto, es que es un hecho bruto. Aparentemente, lo anterior implica una petición de principio. Una persona tendría que saber con anterioridad que cierto objeto cuenta como una tarjeta de crédito, para poder identificarlo mediante observación como una tarjeta de crédito. Si esto es así, es difícil afirmar que la observación juega un papel relevante en la explicación de la diferencia entre hechos institucionales y brutos. En pocas palabras, la información que obtenemos de la mera observación de un evento no es acerca del tipo de hecho al que pertenece de acuerdo con la clasificación bruto/institucional, pues suponer lo contrario es pedir la cuestión. Otra posibilidad es pensar que, gracias a la observación, somos capaces de apreciar propiedades distintas, unas exclusivas de los hechos brutos, otras exclusivas de los hechos institucionales y ambas mutuamente excluyentes.

Una crítica como la anterior aplica también a esta interpretación. Identificar las propiedades relevantes que nos permitirían apreciar que un evento es institucional o bruto, depende de que conozcamos con anticipación cuáles son esas propiedades. Si con anticipación sabemos qué propiedades son relevantes, es difícil atribuir a la observación poder explicativo alguno respecto de la diferencia entre hechos brutos e institucionales. Por otro lado, parece falso que podamos concluir a partir de la mera observación que un hecho es institucional, como parece sugerir MacCormick. Con anterioridad hemos dicho que para que un hecho determinado sea considerado institucional es necesario realizar algún tipo de interpretación normativa. En otras palabras, es falso que la observación nos proporcione información suficiente para distinguir entre hechos brutos e institucionales, pues es necesario además atender a información acerca de un contexto normativo determinado.

Afortunadamente para MacCormick, incluso si esta caracterización de la diferencia informativa es defectuosa, es posible encontrar aún una interpretación mejor de la intuición según la cual, cierta diferencia en información puede ser útil para explicar la distinción entre hechos institucionales y hechos brutos. La información puede jugar un papel diferenciador, si consideramos el tipo de información requerido para juzgar la existencia de una clase u otra de hechos. Es decir, para juzgar la existencia de un hecho bruto o institucional necesitamos distintos tipos de información. Mientras que para juzgar la presencia de un hecho bruto la información perceptual es suficiente, en los casos de hechos institucionales se requiere información adicional (especialmente relacionada con un contexto normativo). En otros términos, mientras en el caso de hechos brutos la información que adquirimos a partir de la observación es evidencia necesaria y suficiente de su existencia, en el caso de los hechos institucionales la información perceptiva, aunque necesaria, no es suficiente. Para juzgar que un hecho institucional existe, necesitamos además información sobre un contexto normativo determinado.

En este orden de ideas, MacCormick define a los hechos brutos como "simples hechos físicos", y a los hechos institucionales como "hechos que dependen de la interpretación de cosas, eventos y piezas de comportamiento con referencia a algún marco normativo" (2007, p. 11).

Dividir a la realidad en dos clases de *hechos* es un intento por proporcionar una ontología en la cual aquellos (hechos) que componen a la socialidad (*sociality*) tienen la propiedad de ser objetivos y, hasta cierto punto, independientes⁴⁹ en lugar

⁴⁹ Las características de independencia y objetividad como propiedades de los hechos institucionales son ampliamente explicadas por Searle (1969, Capítulo I).

de ser el simple resultado de un acuerdo entre personas. En términos de la teoría institucional del derecho, dado que el reconocimiento de hechos institucionales es inescapable a la explicación de la realidad social, y dado que el derecho es una parte muy importante de esa realidad, el método correcto de elucidar la ontología de nuestra práctica jurídica es reconociendo que todos los hechos que tienen lugar en ella son institucionales. Claramente, decir lo anterior no implica que el derecho sea exhaustivo respecto de la realidad social, la esfera de los hechos institucionales, o el campo de los contextos normativos. La posibilidad para que otros dominios dentro de la socialidad⁵⁰ sean normativos o institucionales se mantiene abierta. Buenos ejemplos de esto según MacCormick (2002, p. 1) son la moralidad, que es normativa pero no institucional, y la política, que es institucional pero no normativa.

En tiempos recientes, la idea de que la realidad social puede ser explicada exhaustivamente en términos de hechos institucionales ha sido criticada por Robert A. Wilson (2007). En general, Wilson sostiene que, incluso si la diferencia entre hechos institucionales y brutos como la presenta Searle (y la sostiene MacCormick) es correcta, hay un problema en afirmar que todos los hechos que componen la realidad social son institucionales. La realidad social es aparentemente mucho más compleja de lo que Searle estaría dispuesto a aceptar, dado que incluye, por ejemplo, ciertas acciones sociales intencionales de animales no-humanos por definición excluidas de la categoría de hechos institucionales. Incluso si el argumento de Wilson podría parecer inofensivo en contra de quien afirma la naturaleza supuestamente institucional de los hechos jurídicos, en caso de ser correcto, sería un error conceder sin argumento de por medio, que la única manera de explicar los hechos

⁵⁰ Siguiendo a Robert Wilson (2007, p. 139), utilizo el término "socialidad" para denotar lo que antes he llamado realidad social.

en el derecho es adoptar un punto de vista institucionalista. Esto es, la suposición de la teoría institucional del derecho de que los hechos en el derecho son institucionales porque la realidad social es institucional y el derecho es parte de dicha realidad, dejaría de ser obvia. Sería necesario entonces explicar por qué la práctica jurídica es más parecida a las formas institucionales de la realidad social, que a aquéllas no institucionales.

Tomando como punto de partida la suposición de que tanto juristas como filósofos están comprometidos con ver al derecho como una cuestión de hecho en lugar de verlo como un fenómeno irreal, MacCormick (1986, p. 49) sostiene que existe una interconexión casi evidente entre la idea de hechos institucionales y la idea de que el derecho es "institucional" o que posee un "carácter institucional". De acuerdo con MacCormick, la idea de hecho institucional es fácil de relacionar con la idea de que el derecho está compuesto de instituciones como los contratos, la propiedad, el matrimonio, etc. Al mismo tiempo, también conecta con la idea de que el derecho es institucional en el sentido de que es administrado por cortes, legislaturas, etc. Finalmente, un tercer sentido en el que el derecho se relaciona con la idea de hecho institucional tiene que ver con cierto uso del término "institución", asociado con la palabra latina *institutio* que se usaba para referir a un libro de texto. Dado lo anterior, debería resultar obvio que analizar el carácter institucional del derecho es al menos útil para dar claridad a muchas de las preguntas más frecuentes en el campo de la filosofía jurídica.

Cabe mencionar aquí que, originalmente, MacCormick había propuesto dos sentidos en los que los miembros de la práctica jurídica entendían supuestamente la naturaleza institucional del derecho y que conectaban con la idea de hecho institucional. De acuerdo con el que llamaba sentido sociológico, el derecho es insti-

tucional en tanto es producido, administrado, y hecho efectivo por instituciones sociales. En este sentido la expresión "el derecho" se utiliza para designar a las cortes, la profesión legal y la policía. En sentido filosófico, "el derecho" refería a las reglas aplicadas por dichas instituciones así como a las reglas que les aplicaban. Es importante resaltar que para MacCormick (1986, p. 56) ambos sentidos derivaban de dos formas comunes de utilizar la expresión "el derecho" entre los practicantes jurídicos.

A partir de la premisa de que los participantes de la práctica jurídica conciben al derecho en más de una forma como un fenómeno institucional, MacCormick afirma que el derecho y los sistemas jurídicos contemporáneos son una cuestión de hechos institucionales y, debido a eso, la filosofía del derecho debe ocuparse de explicar su institucionalidad. Así, la teoría institucional del derecho pretende explicar los hechos que tienen lugar en la práctica jurídica a la luz de una ontología que les concede las propiedades de objetividad e independencia al mismo tiempo que los relaciona con un marco institucional creado y modificado por las personas. Aunque concebir al derecho como un fenómeno institucional no es algo nuevo dentro de la teoría jurídica,⁵¹ el institucionalismo es el primero que intenta respaldar sus tesis con una concepción del mundo como la propuesta por Searle.

Antes de continuar con la descripción del institucionalismo jurídico, conviene señalar que, como era de esperarse, la afirmación de que la realidad contiene hechos institucionales es altamente controvertible en el terreno de la filosofía social. De hecho, actualmente existe un amplio debate que tiene por objeto varios aspectos

⁵¹ De acuerdo con Andrei Marmor (2011, cap. 2) atribuir una naturaleza institucional al derecho es justamente una de las partes centrales de la crítica de Hart en contra de la teoría jurídica de Austin.

de la ontología propuesta por Searle. Carsten Heidemann (1999), por ejemplo, ha argumentado que la concepción del realismo sostenida por Searle es profundamente controversial y causa de diversas críticas a su noción de hechos institucionales. En términos muy generales, Heidemann argumenta que la concepción del realismo de sentido común (*common sense-realism*)⁵² adoptada por Searle es defectuosa por tres razones. La primera es que, contrario a lo que Searle deseaba, al adoptar un realismo de este tipo la objetividad de la realidad social se vuelve controvertible, pues si es cierto que existe independencia entre la realidad y el conocimiento, entonces se da lugar al escepticismo. Si es cierto que por ser independiente del conocimiento, la realidad podría ser distinta incluso a como la describe nuestro juicio mejor justificado, pierde valor la afirmación de que la realidad social es en algún sentido objetiva; ya que siempre podría ser el caso de que nos encontráramos en un escenario escéptico en el que aquello que creemos juzgar correctamente como lo real, no lo es. La segunda objeción que Heidemann arguye en contra del realismo defendido por Searle consiste en decir que dicha caracterización es auto-contradictoria. La idea es que es inconsistente afirmar, como lo hace Searle, que el realismo es verdadero porque está presupuesto por nuestras afirmaciones teóricas. Según Heidemann, al no poder argumentar en su favor, Searle no puede sino admitir que, más que una teoría, el realismo es una especie de marco conceptual presupuesto por nuestras afirmaciones teóricas. Si este es el caso, la tesis realista es auto-contradictoria pues terminaría afirmando algo como que gracias a nuestras explicaciones de la realidad (en particular, gracias a que el realismo está presupuesto en cualquier explicación), la realidad es como es independientemente de cómo la explicamos. Por último, Heidemann alega que la tesis realista es difícil de sostener en conjunción con la idea de que la realidad social, aunque constituida por hechos, es construida

⁵² Sin ser tan precisos, un realismo de sentido común afirma que la realidad es independiente del conocimiento que podemos obtener de ella. (Ver Heidemann 1999, pp. 254-255).

por la conciencia humana. Searle traza una distinción entre propiedades independientes de la observación y propiedades dependientes de la observación. Las primeras son aquellas que poseen los objetos por sí mismas, por ejemplo, su masa, forma, etc. Las propiedades dependientes de la observación son aquellas que los objetos poseen solamente porque un observador se las atribuye, por ejemplo, ser un desarmador. Esta distinción se relaciona con otra entre objetividad ontológica y objetividad epistémica. Decimos de algo que es ontológicamente objetivo si tiene que ver con las propiedades independientes de la observación de un objeto. Por el contrario, decimos de un juicio que es epistémicamente objetivo si su verdad es una cuestión de hecho. Así, por ejemplo, la propiedad de ser un desarmador es ontológicamente subjetiva aunque, epistémicamente objetiva. Searle (1995, pp. 10-11) explica lo anterior afirmando que la objetividad epistémica de un juicio sobre la propiedad ontológicamente subjetiva que posee un objeto de ser un desarmador proviene de que, *pensar* que algo es un desarmador es una propiedad ontológicamente objetiva de las personas (sus estados mentales están ahí con independencia de ser observados). El problema que ve Heidegger con esta explicación es que, del hecho ontológicamente objetivo de que las personas poseen determinados estados mentales al momento de atribuir determinadas propiedades (ontológicamente subjetivas) a ciertos objetos, no se sigue que esas propiedades sean epistémicamente objetivas. De este modo, afirma Heidegger, la noción de hecho institucional es defectuosa pues, como hemos visto, presupone un realismo ontológico de sentido común implausible.

Por su parte, Leo Zaibert y Barry Smith (2007) han señalado algunos problemas en la forma en la que Searle parece entender a la normatividad. En términos generales, Zaibert y Smith argumentan que aunque es posible que Searle haya logrado dar cuenta con cierto éxito de un tipo de normatividad específico al que llaman normatividad suave (*soft normativity*) y que consiste básicamente en las obligaciones *convencionales* que surgen a partir de actos de habla ilocutorios, su teoría se man-

tiene indiferente a otras áreas de la normatividad como la así llamada normatividad intencional (*normativity of intending*). Esta clase de normatividad, afirman, seguramente juega un papel importante en la esfera de la realidad social, o dicho de otro modo, es falso que la realidad social sea simplemente una cuestión de normatividad suave. Sin embargo, justamente en esta idea es donde parece estar ubicada la teoría de la ontología social de John Searle.

Wilson (2007), como dijimos antes, ha presentado distintos argumentos en contra de la caracterización searliana de la intencionalidad y la realidad social. Recordemos que el argumento es básicamente que existen formas de socialidad intencional, en especial entre animales no humanos en las que el lenguaje no participa. Sin embargo, según la teoría de Searle la realidad social no podría explicarse sin apelar de algún modo a entidades lingüísticas, en particular, sin apelar a la existencia de reglas constitutivas en virtud de las cuales existen instituciones. No parece exagerado afirmar que la corrección de cualquiera de estas objeciones, debería tener consecuencias sobre las afirmaciones sostenidas por la teoría institucional del derecho.

Por otro lado, incluso si las críticas son incorrectas y la división entre hechos institucionales y brutos resulta ser una buena estrategia para explicar la ontología social, la adopción de la distinción para dar cuenta de la práctica jurídica en ocasiones parece traer más confusión que entendimiento. Como hemos dicho previamente, parece no haber ningún otro argumento en favor de una caracterización de los hechos en el derecho como hechos institucionales, más que un cierto reconocimiento de la opinión de los practicantes jurídicos. Vale la pena notar que MacCormick no provee ninguna evidencia que apoye una afirmación como ésta. Junto a esto, no es del todo claro qué papel juega exactamente la distinción entre hechos brutos e

institucionales en una teoría del derecho, toda vez que (como veremos más adelante) la supuesta *institucionalidad* del derecho está dada por su carácter *formal*, y no por el hecho de ser un *hecho institucional* algo que la práctica jurídica comparte con órdenes normativos informales (y por ello no-institucionales) tales como la religión y la moral. Una respuesta posible a esta pregunta sugerida por MacCormick consiste en decir que, gracias a la adopción de una ontología como la propuesta por Searle, sabemos exactamente qué tipo de hechos conforman la esfera de lo jurídico. Sabemos que los hechos en el derecho no están dados por la naturaleza y por lo tanto que están sujetos a ser creados, modificados y extinguidos en lugar de a ser inalterables y estar prediseñados. El problema con una respuesta como ésta es que parece demasiado trivial. Es difícil encontrar en la literatura a alguien que afirme lo contrario, esto es, alguien que sostenga que los hechos en el derecho son naturales o brutos. La naturaleza práctica y de carácter dependiente de la actividad humana de los hechos jurídicos ha sido un lugar común desde hace no poco tiempo en la teoría jurídica. En cualquier caso, parece claro que es necesaria una mejor explicación que la proporcionada por MacCormick acerca del papel que juega la distinción entre hechos brutos e institucionales en una teoría del derecho.

De acuerdo con el institucionalismo jurídico, una vez explicada la naturaleza institucional de los hechos en la práctica jurídica es preciso aclarar en qué consiste su carácter normativo, así como sus propiedades de estar ordenada y de ser institucional.

2. LO NORMATIVO

Para la teoría institucional del derecho hay algo que tienen en común las reglas, las convenciones, los estándares de conducta y los principios, a saber, que todos ellos

son estándares normativos. Son normativos en el sentido de que sirven para juzgar lo que está bien y lo que está mal hacer. En otras palabras, sirven como indicadores de lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho.⁵³ Esta teoría propone el uso del término "norma" para referirse a cualquier "proposición de deber (*ought-proposition*) explícita o implícita que supuestamente juega este papel enjuiciador en el pensamiento práctico de una persona" (MacCormick 1998b, p. 303).

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

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

⁵³ El fenómeno de la normatividad ha sido explicado de manera distinta por autores como Joseph Raz (1999). En términos muy generales, para Raz la normatividad está íntimamente ligada con la noción de razón para la acción, y no simplemente con los juicios de corrección. Un panorama más o menos completo acerca de las diferentes maneras de entender la normatividad puede verse en Cristina Redondo (1999, cap. 4).

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

Decir que el elemento normativo en una práctica social requiere un mínimo de conformidad en la opinión de los participantes, no implica que una determinada pre-articulación de la norma en juego es necesaria. Una práctica normativa puede tener lugar incluso si los participantes son incapaces de articular con exactitud la norma que guía su comportamiento. Tomando como ejemplo una vez más la práctica de hacer filas, MacCormick (2007, p. 15) afirma que "una práctica normativa y una opinión normativa tales pueden existir y ser viables incluso en la ausencia de cualquier regla canónicamente formulada o formulable que cualquiera podría citar como la regla acerca de hacer filas".⁵⁴

⁵⁴ La traducción es nuestra.

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

3. LOS ÓRDENES NORMATIVOS

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

De acuerdo con MacCormick, existe un orden social normativo cuando 1) las personas de hecho guían su comportamiento de conformidad con una opinión sobre lo que es correcto hacer; 2) existe la suposición entre ellos de que dicha opinión es mutua; y 3) de hecho existe una coincidencia de opinión suficiente (no necesaria-

mente perfecta) entre ellos.⁵⁵ Para ejemplificar la manera en la que supuestamente funcionan las prácticas normativas ordenadas, MacCormick apunta al hecho de que cualquier persona, al jugar ajedrez, reconoce que es necesario esperar su turno para hacer un movimiento.

De acuerdo con la teoría institucional del derecho, este sentido de ordenación *orderliness* se origina en el hecho de que un comportamiento determinado (gobernado por reglas) es común entre los miembros de una comunidad. Como ya había anunciado MacCormick, dicho comportamiento no requiere un entendimiento o conceptualización explícita de la regla que lo gobierna. De este modo, la ordenación de una práctica parece ser explicable apelando únicamente a las reglas implícitas sobre las cuales los participantes tienen una opinión normativa coincidente. Una práctica como hacer una fila "es un orden normativo porque, o en tanto que, uno puede dar cuenta de ella por referencia al hecho de que los actores están guiando lo que hacen por referencia a una opinión acerca de lo que ellos mismos y los demás deben hacer" (MacCormick 2007, p. 16).

El elemento crucial en esta caracterización de la ordenación normativa es la idea de que los participantes poseen una expectativa mutua o recíproca acerca de la opinión de los otros sobre lo que es correcto hacer. En otras palabras, para la teoría institucional del derecho, cada miembro de una práctica social conduce su comportamiento de acuerdo con una norma en el entendido de que todos los demás habrán de hacer (más o menos) lo mismo, y es en virtud de este hecho que la práctica adquiere un orden determinado. MacCormick afirma que esta expectativa sobre la

⁵⁵ Es importante señalar que, en el caso de prácticas sociales (ordenadas) guiadas por normas implícitas, el único elemento necesario en la supervisión del cumplimiento es la presión ejercida entre los participantes a partir de una opinión normativa común (aunque como hemos dicho, no necesariamente idéntica).

opinión normativa de otros depende claramente de la noción de ideas (normativas) mutuas.⁵⁶ Con mayor precisión, cada participante asume que cualquier otro abraza más o menos la misma opinión acerca de lo que es correcto hacer, y esta suposición funciona como base de su comportamiento. No es necesario decir que, para MacCormick, una vez más no hay necesidad de formulación explícita ni de la opinión ni de la norma a la que subyace. MacCormick (1998b, p. 307) define entonces al orden normativo como "acción común o coordinada bajo un sentido común de lo que es correcto hacer".

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

Por otro lado, dado que como hemos visto nuestras prácticas son interpretativas (en el sentido de que podemos prescindir de la conceptualización explícita de las reglas que las guían sin abandonar un sentido común de lo que es correcto

⁵⁶ MacCormick reconoce estar siguiendo la caracterización de creencia mutua (*mutual belief*) propuesta por Lagerspetz (1995). Como señala Raimo Tuomela (2002, p. 34), la noción de creencias mutuas ha sido de una importancia crucial en el trabajo no solo de filósofos, sino también de economistas, sociólogos y psicólogos, pues es capaz de explicar la intersubjetividad sin apelar a las nociones de acuerdo o contrato. Básicamente, la idea es que, siempre que dos personas A y B conducen su conducta P con base en una creencia mutua, se presuponen las siguientes condiciones: 1) A cree que tanto A como B realizan P, 2) A cree que B cree lo mismo, 3) B tiene creencias análogas. La importancia de esta idea para una explicación de las relaciones, propiedades y acontecimientos sociales, ha dado lugar a la emergencia de otras nociones dependientes como la de "intenciones colectivas" (Lewis 2002), "fines cooperativos" (Ruben 1985), "planes compartidos" (Lagerspetz 1995), y la más general de "actitudes colectivas" (Tuomela 2002). Posiblemente, podemos señalar a la teoría práctica de las reglas sociales de Hart (1994) como el origen de las explicaciones de la práctica jurídica en términos de creencias mutuas. Recientemente Kutz (2001), Marmor (2009) y Shapiro (2011) han propuesto modelos fuertemente arraigados en esta noción.

hacer), la teoría institucional del derecho sugiere la existencia de una comunión profunda de ideas subyacentes (*deep community of underlying ideas*) o una idea guía común (*common guide idea*) que hacen inteligibles a nuestras prácticas normativas. En otras palabras, la teoría institucional del derecho sugiere la existencia de un grupo de ideas que permite a los participantes reconocer que la práctica es normativa y está ordenada incluso ante la ausencia de una articulación explícita de las proposiciones de deber que la gobiernan y de las opiniones normativas involucradas. Dichas ideas guía tienen a su vez la propiedad de ser normativas y de estar orientadas hacia algún valor. Decir que son normativas significa que imponen ciertos requerimientos sobre la opinión de la gente acerca de lo que es correcto hacer. Por otro lado, se dice que están orientadas hacia algún valor porque, mediante la satisfacción de la regla implícita que guía la práctica, nos acercan a la realización óptima de los valores sociales que pretendemos alcanzar con ella.

Un ejemplo de este tipo de ideas es el de la tesis contemporánea del igualitarismo que apoya y fundamenta nuestra práctica de hacer filas. La idea es que al proveer un servicio que puede ser administrado solamente un tiempo a la vez, se debe observar alguna razón concebible como universal y no una que podríamos considerar discriminatoria. En este contexto, el orden temporal de llegada es el único criterio que, por razón de una cierta conexión con una concepción particular del igualitarismo, ordena la práctica de hacer una fila dentro de una comunidad determinada, incluso ahí donde las normas carecen de una formulación explícita. Lo anterior no implica que exactamente las mismas ideas guía sirvan de razón para todas las instancias posibles de una práctica singular. Es posible encontrar nuestra práctica de hacer filas ubicada en contextos (culturales, espaciales o temporales) en los cuales el principio de "el primero en llegar es el primero en turno" podría ser reemplazado por otros que apelarán a distintas ideas subyacentes; por ejemplo, "primero los niños"

relacionado con la idea de discriminación positiva en favor de los menos aventajados, "consideración especial por veteranos de guerra" en conexión con una cierta idea de los deberes hacia el estado, etc. Como era de esperarse, tales ideas guía no necesitan ser formuladas de forma explícita por los participantes de la práctica, ni poseer una forma canónica.

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

3.1 Orden normativo informal: las convenciones

Como hemos dicho, los ordenamientos normativos pueden ser formales o informales. Son informales si las normas subyacentes a la opinión normativa de los miembros son implícitas, y si no existe una autoridad encargada de supervisar, dirigir y sancionar la realización de la conducta demandada en la práctica. MacCormick usa el término "prácticas normativas informales" (*informal normative practices*) para referirse a esos casos "donde hay una práctica social normativa a través de normas implícitas y sostenida sin medidas autoritativas de supervisión, dirección o sanción" (MacCormick 1998b, p. 309). Los ordenamientos constituidos por prácticas normativas informales son ordenamientos normativos informales.

De acuerdo con el institucionalismo jurídico, apelar a un orden normativo informal en estos términos es la mejor manera de explicar nuestra idea de convención, pues "es precisamente la orientación que proporcionan aquellas normas implí-

citas constitutivas del orden normativo informal lo que de manera más natural llamamos 'convencional' o 'convención'" (MacCormick 2007, p. 19). En otros términos, MacCormick (1998b, p. 309) sostiene que "las convenciones son las normas implícitas de los ordenamientos normativos informales".⁵⁷ Las convenciones constitucionales (en el derecho), las costumbres consideradas normativas (en contextos jurídicos y no jurídicos), las reglas de etiqueta, y las normas gramaticales y semánticas del lenguaje natural, son ejemplos de convenciones en la teoría de MacCormick.

Como hemos repetido constantemente, las normas no explícitas (o convenciones) pueden ser formuladas de manera diferente por cada participante. De este modo, cualquier intento por encontrar una formulación precisa será interpretativo y, por ello, indefectiblemente sujeto a debate. Para ciertos casos, el acto de formular una convención puede tener un efecto transformador que convierte una norma no explícita en una norma explícita y autoritativa. Cuando esto ocurre, la formulación explícita de una norma convencional se suscribe a algún acto de autoridad, como en el caso de los precedentes o algunas otras formulaciones institucionalmente autoritarias. De acuerdo con MacCormick, la formulación explícita de una norma convencional, si puede ser adscrita a una autoridad, se convierte así en un cierto tipo de regla autoritaria. Esta transición de normas no explícitas a reglas explícitas es lo que describe el paso de un ordenamiento normativo informal a uno formal (o institucionalizado).

MacCormick sostiene que una explicación como ésta acerca de nuestra idea básica de orden normativo y, en particular, de los ordenamientos informales, hace evidente una presuposición fundamental sobre la naturaleza humana, a saber, que

⁵⁷ Las traducciones son nuestras.

los seres humanos somos criaturas que usan normas (*norm users*). Según él, la interacción social depende de nuestra capacidad para identificar patrones normativos. Al conducir nuestras interacciones con otros, cada uno es capaz de identificar y de guiar su conducta en virtud de ciertos estándares que expresan lo que debe ser o no hecho y ésta es una característica de la naturaleza humana. Entender la manera en la que los individuos utilizan a las normas es la primera etapa en la creación deliberada de normas relevantes dirigidas a ser patrones formales de comportamiento. Cuando la creación deliberada de normas ocurre, nuestro acto de usar normas puede adquirir un carácter más formal, de acuerdo con MacCormick, puede adquirir un carácter institucional. Como el mismo MacCormick (2007, p. 20) afirma "entender esto es entender la transición hacia los ordenamientos normativos insituacionales, y así hacia el derecho."

3.2 Orden normativo formal: instituciones

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

alguna *entidad* para tomar decisiones conforme a un sistema de reglas previamente establecido. Esas decisiones incluyen al menos el señalamiento de las normas que habrán de seguirse, la aplicación de consecuencias normativas cuando sean requeridas, y la solución de casos no previstos.

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

3.2.1 Reglas

MacCormick concentra inicialmente su análisis de los ordenamientos formales en la distinción entre convenciones y reglas explícitas. Mientras las convenciones son normas carentes de una articulación precisa, las normas explícitas son reglas formuladas en textos. La primera consecuencia de esta diferencia es que la interpretación en los ordenamientos formales (a diferencia de la interpretación de las convenciones) no implica la revisión de nuestras prácticas completas. Por el contrario, la interpretación de reglas en los ordenamientos formales se lleva a cabo necesariamente, aunque no siempre de manera suficiente, observando las palabras empleadas por

la autoridad encargada de hacer reglas. De acuerdo con el institucionalismo, solamente en los casos en los que el significado de las palabras no es claro o cuando seguir su significado obvio conduce a resultados indeseables, la interpretación involucra la reflexión de las ideas subyacentes al texto. En otras palabras, mientras en el caso de las convenciones la formulación viene después de la interpretación, en el caso de las reglas explícitas es la interpretación la que viene después de la formulación.

Para MacCormick, esta concepción de la formalidad normativa expresa una manera común en la que las personas usan el término "regla". Con mayor precisión, sostiene que una regla es "la norma formalmente enunciada, o promulgada, por alguien en una posición de autoridad capaz de tomar decisiones" (MacCormick 2007, p. 23).⁵⁸ Como se puede observar, de acuerdo con esta definición hay dos condiciones que una proposición de deber debe satisfacer para ser una regla: 1) ser establecida por un texto preciso, y 2) haber sido promulgada por una persona que posee autoridad para hacerlo.⁵⁹

Es preciso señalar desde ahora que, en la teoría institucional del derecho, la explicación sobre la manera en la que llegamos a establecer autoridades no es del todo clara. Aparentemente éste es un problema para la teoría, pues justamente una explicación acerca de cómo se constituyen las autoridades parece necesaria a la afirmación de que los rasgos característicos de las reglas que integran los ordenamientos formales son un texto explícito y un origen autoritativo. Además, sobra

⁵⁸ La traducción es nuestra.

⁵⁹ Esta caracterización de las reglas resulta más bien extraña. Parece que más allá de una mera estipulación, no hay razones para aceptar que una formulación explícita sea condición necesaria de la existencia de una regla. Ha sido ampliamente aceptado en la literatura que existen reglas implícitas. Hart (1994), Raz (1999), Brígido (2010), Marmor (2009) son tan sólo algunos ejemplos.

decir que formular una respuesta a esta inquietud ha sido uno de los objetivos fundamentales de las teorías jurídicas de corte positivista de los últimos tiempos.⁶⁰

Aunque no es del todo explícita, la posible respuesta a esta observación que proporciona la teoría institucional del derecho (MacCormick 2007, p. 23) consiste en decir que, al afirmar que las reglas que integran los ordenamientos formales son autoritativas y explícitas, se implica la existencia de "una práctica normativa de dos (o más de dos) niveles". Esto es, por un lado hay una práctica guiada por reglas explícitas (por ejemplo, nuestra práctica formal de hacer filas), y por el otro, existe una práctica que consiste en la autorización de una persona para monitorearla y hacerla cumplir. Es importante notar que esta práctica adicional es también normativa. De este modo, decimos que los ordenamientos formales están compuestos por reglas de una práctica de primer nivel (*first-tier-practice rules*) y normas de una práctica de toma de decisión (*deciding-about-practice norms*)⁶¹ o de segundo nivel. Es justamente la presencia de normas de este segundo tipo lo que concede el poder a las autoridades para emitir declaraciones sobre las reglas de primer nivel. La autoridad responsable por la articulación explícita de normas tiene a su cargo dos funciones principales. En primer lugar, tiene la facultad de decidir cómo aplicar las normas de primer nivel, implícitas o explícitas. En segundo lugar, puede cambiar o aclarar aquello que en contextos informales es vago, promulgando nuevas normas explícitas.

Para la teoría institucional del derecho las reglas tienen una forma particular definida por dos elementos esenciales. El primero especifica una situación posible

⁶⁰ Ideas como la regla de reconocimiento hartiana o los planes compartidos de Scott Shapiro son buenos ejemplos de ello.

⁶¹ Es difícil decir cuál es exactamente la relación entre esta distinción y la distinción haitiana clásica entre reglas primarias y secundarias.

y el segundo prescribe una consecuencia ante cada ocurrencia de la situación en cuestión. MacCormick llama "hechos operativos" o HO (*operative facts OF*) a la condición especificada, y "consecuencia normativa" o CN (*normative consequence NC*) a "lo que tiene que ser hecho, o producido, o lo que debe ser el caso en tal ocasión" (MacCormick 1998b, p. 314). Así, de acuerdo con el institucionalismo jurídico, la forma general de una norma explícitamente formulada (una regla) es "siempre que HO, entonces CN" (MacCormick 2007, p. 25). Existe un énfasis especial de la teoría en la idea de que dar esta forma a las reglas no es más que recuperar la forma común en la que las personas utilizan el término "regla" (*rule*).⁶²

A pesar de la constante afirmación de que una característica distintiva entre reglas y simples convenciones es la explicitud de las primeras, frente a la vaguedad de las segundas, MacCormick afirma que existen reglas implícitas. Este tipo de normas surge cuando la aplicación de reglas de primer nivel necesita ser explicada. Siempre que hay una duda acerca de la manera correcta de aplicar una regla explícita más allá de su interpretación normal, la única opción que tiene la autoridad es producir una decisión con base en una regla que no ha sido previamente articulada. Como se puede ver esta nueva regla, aunque distinta, está fundada en una nueva interpretación de la regla explícita en cuestión. Con exactitud dice MacCormick (2007, p. 26) "usaremos el término de regla implícita para referirnos a la norma que puede ser derivada de un proceso de creación de normas de este tipo". Evidentemente, la intención de MacCormick aquí es dar una explicación de la doctrina del precedente. Para él, la figura de la *ratio decidendi* en un caso regulado por un pre-

⁶² Una concepción similar sobre la estructura condicional de normas es presentada por Cristina Redondo. Con precisión, Redondo sostiene que entender a las normas como el contenido de condicionales estrictos cuantificados universalmente ha sido un punto de vista común entre los defensores del universalismo en ética (véase Redondo, 2015). Hans Kelsen en su *Teoría pura del derecho* es otro que ha defendido una caracterización similar de la estructura de las reglas (véase Kelsen 1982, cap. 1 y 3).

cedente se corresponde con la noción de regla implícita, dado el hecho de que ambos tienen un efecto universalizable.

Otro elemento importante dentro de la teoría institucional del derecho es la clasificación de las reglas en términos de su fuerza práctica. Con esta clasificación, el institucionalismo jurídico pretende dar cuenta del hecho de que el nexo entre los hechos operativos y las consecuencias normativas de una regla da lugar a distintos grados de cumplimiento. Es decir, existen diferentes grados de aplicación de consecuencias normativas a cada ocurrencia de hechos operativos y esto es evidencia de la existencia de distintos tipos de reglas. MacCormick (2007, pp. 26-27) propone tres clases de reglas: reglas de aplicación absoluta, reglas de aplicación estricta y reglas de aplicación discrecional.⁶³

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

Una regla es de **aplicación estricta** si habrá de ser comprendida y aplicada en el entendido de que pueden surgir ciertas circunstancias relacionadas con los valores que ella protege tales que habría un deterioro considerable a esos valores si en una ocasión particular las consecuencias normativas fueran invocadas simplemente por la presencia de los hechos operativos. Por su espíritu, la regla no debería ser aplicada, pero de acuerdo a su letra sí debería. La persona

⁶³ Las siguientes traducciones son nuestras.

encargada de aplicar la regla y administrar la actividad dentro de la cual la regla tiene aplicación posee algún grado de discreción controlada para hacer excepciones, o para anular la regla en casos especiales o muy especiales.

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

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

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

absoluta, no parece ser consecuencia de que exista una convención, sino de que el sistema mismo le ha atribuido una fuerza práctica tal.

3.2.2 Valores y principios

Hemos visto que los ordenamientos normativos formales están compuestos, entre otros estándares, por reglas cuyo grado de aplicación es una cuestión de discreción autoritaria. Por tal razón, es importante elucidar la manera en la que la discrecionalidad puede constituir una guía plausible en la toma de decisiones normativas dentro de ciertos contextos institucionales. En contraste con la aplicación absoluta o estricta que demanda (de forma necesaria y en ocasiones suficiente) la presencia actual de los llamados hechos operativos, la discreción requiere apelar al juicio de la persona encargada de aplicar la regla. Por supuesto, esto concede una relevancia sumamente significativa a la consideración que una autoridad puede hacer de los hechos sobresalientes (también llamados factores) particulares a cada caso. De acuerdo con MacCormick, un factor es relevante si para alcanzar la decisión más razonable, sabia, justa, o eficiente, su consideración es necesaria.

Según el institucionalismo jurídico lo primero que la autoridad encargada de tomar decisiones debe hacer cuando se enfrenta a una situación que requiere la aplicación de reglas discrecionales es determinar, de acuerdo con las características especiales del caso y del tipo de práctica, cuál(es) debería(n) ser el(los) primer(os) valor(es) a satisfacer, *i. e.* eficacia, razonabilidad, equidad, sabiduría, etc. Claramente, lo anterior sugiere que, respecto de nuestra práctica de hacer filas por ejemplo, nada impide que bajo ciertos escenarios las autoridades deban promover valores como la eficiencia en detrimento incluso de otros como la equidad, ponderando así la administración efectiva de un servicio en contra de razones de justicia. En segundo

lugar, la autoridad tiene que ponderar distintos aspectos como los intereses y las expectativas, o los distintos resultados posibles, de acuerdo con lo que los valores seleccionados demandan.

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

Si tomamos como punto de partida el supuesto interés social que existe de asegurar todas las cosas que consideramos buenas, no es extraño asumir que casi cualquier práctica incluye algunas generalizaciones normativas ligadas a valores. Enunciados como "uno debe escuchar ambos lados de una historia en caso de disputa" (MacCormick 2007, p. 29) son expresiones normativas que usualmente tienen el propósito de abrazar valores. Según el institucionalismo jurídico, es importante notar que este tipo de enunciados posee una estructura diferente a la de una regla. Los principios,⁶⁴ como dichas normas son conocidas típicamente, no fijan una

⁶⁴ Es bien sabido que una de las descripciones sobre los valores y el papel que juegan en la práctica jurídica más influyentes de los últimos tiempos es la de Ronald Dworkin (1967). Aunque la caracterización de los principios que propone MacCormick es relativamente pobre al nivel de su teoría del derecho, es mucho más extensa y detallada en su teoría del razonamiento jurídico. Véase MacCormick (1994) y (2008).

consecuencia particular a la ocurrencia de un evento singular, más bien, juegan un papel de relevancia para las autoridades en casi cualquier circunstancia. Pese a lo anterior, los principios pueden ser excluidos de la aplicación normativa en casos gobernados por reglas de aplicación absoluta, o recibir una aplicación general en un grado mayor o menor, en los casos gobernados por reglas de aplicación estricta o discrecional.⁶⁵

Para concluir esta caracterización de los distintos tipos de proposiciones de deber que guían nuestras prácticas normativas formales, MacCormick advierte que es posible que algunas reglas incorporen estándares. Los estándares sirven como conceptos que condicionan la aplicación de reglas. Es decir, que obligan a la autoridad encargada de tomar decisiones a buscar la interpretación más "razonable", "aceptable", etc., tomando en cuenta los aspectos particulares del caso individual. Una ventaja de este mecanismo de incorporación de estándares es que una regla puede ser aplicada como si fuese de aplicación absoluta sin que ello conduzca a soluciones cuestionables a la luz del sentido común. En otras palabras, el institucionalismo (MacCormick 1998b, p. 322) propone que las reglas incluyen "valores operativos" cada vez que incorporan estándares.

4. INSTITUCIONES

Explicar el aspecto normativo de las prácticas en los términos anteriores pone de manifiesto el hecho de que muchas de nuestras actividades sociales cotidianas no

⁶⁵ Debe ser claro que la aplicación de principios en los procesos de toma de decisión dentro de contextos normativos según la teoría de MacCormick no es necesaria, pues existen reglas de aplicación absoluta que podrían excluirlos; sin embargo, su exclusión tampoco lo es, dado que existen normas de aplicación discrecional que necesariamente refieren a ellos. Aparentemente esta afirmación alcanza incluso a los sistemas jurídicos, aunque sería impreciso decir que éste es un compromiso explícito de la teoría de MacCormick (2007, cap. 2).

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

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

instituciones mismas pueden estar basadas en meras convenciones, o en reglas formuladas explícitamente aplicadas por una autoridad competente. En sentido estricto, MacCormick (2007, p. 32) dice que

[...] por supuesto, pueden ser instituciones informales, justo como las prácticas normativas pueden ser completamente informales [...] pero un ordenamiento puede convertirse en formal [...] en un contexto como éste existe claramente lo que podemos llamar "orden normativo institucional", no simplemente orden normativo informal, con instituciones informales.

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

MacCormick sugiere que uno de los casos más formalizados de orden normativo es el derecho positivo doméstico (*positive municipal law*) y sus instituciones como la propiedad, los contratos, el delito de homicidio, el matrimonio, los testamentos, el derecho de libertad de expresión, etc.⁶⁶ De acuerdo con la teoría institucional del derecho, los sistemas jurídicos domésticos son buenos ejemplos de ordenamientos institucionales debido a que las reglas que gobiernan la conducta de los ciudadanos y autoridades en relación con cada una de sus instituciones

⁶⁶ Es importante señalar aquí una posible ambigüedad. Al parecer, MacCormick aceptaría que tanto el derecho doméstico por un lado, como las instituciones que lo conforman por otro, son buenos ejemplos, cada uno, de un orden normativo institucional. Recordemos además que MacCormick también define al derecho como un orden normativo institucional.

suelen ser completamente específicas y el no cumplimiento de sus requerimientos muy complicado. Una persona que quiere hacer válido un contrato, por ejemplo, con la intención de darle fuerza obligatoria, no tiene otra opción más que cumplir las demandas especificadas por las reglas que gobiernan los contratos tal y como el sistema jurídico en cuestión las establece. Por otro lado, parece difícil objetar que todas nuestras prácticas en el derecho pertenecen a la esfera de lo normativo.⁶⁷ La mayoría de las teorías del derecho contemporáneas acepta que nuestra práctica jurídica está constituida por (sub)prácticas guiadas, cada una, por un conjunto de normas que indican a la gente (autoridades y ciudadanos) aquello que es correcto o incorrecto hacer. En pocas palabras, para la teoría de MacCormick el derecho es el mejor ejemplo de una práctica social que posee el carácter de un orden normativo institucional.⁶⁸

Recordemos que una característica que MacCormick atribuye a los ordenamientos formales es la presencia de por lo menos dos niveles de normatividad. Según él, la existencia de dos o más prácticas normativas al interior de un ordenamiento implica la existencia de agencias institucionales (*institutional agencies*). Para explicar qué son estas agencias, MacCormick nos pide dirigir antes nuestra atención hacia la idea de que, si es cierto que una condición necesaria de la existencia de ordenamientos institucionales es la presencia de una persona (o grupo de personas) responsables de dirigir correctamente la práctica, y si es cierto también que las

⁶⁷ En realidad, una afirmación como ésta dista de ser obvia. Es bien sabido que negar el carácter normativo de la práctica jurídica es uno de los compromisos principales del llamado realismo jurídico. Típicamente, se dice que existen al menos dos escuelas realistas dentro del campo de la filosofía jurídica: el realismo americano, cuyo principal precursor es Holmes (1920), y el realismo escandinavo originado en los trabajos de Axel Hägerström (1953) y Alf Ross (1959).

⁶⁸ Aparentemente la definición de derecho proporcionada por MacCormick resulta insuficiente para distinguir de otros ordenamientos normativos institucionales. Esto gracias a que el derecho no es más que el mejor ejemplo (entre varios posibles) de un ordenamiento de este tipo.

reglas que habrá de aplicar han sido establecidas con anterioridad de manera explícita, entonces es cierto que los ordenamientos institucionales incluyen un elemento de formulación de reglas y otro de administración de reglas. El elemento administrativo tiene que ver con la manera correcta de conducir la práctica, mientras que el elemento de formulación tiene que ver con la producción de reglas y la decisión acerca de la aplicación de una regla específica en casos de disputa. Parece claro que una buena administración y aplicación de la práctica implica el arreglo de diversas tareas entre las que podemos incluir la supervisión del cumplimiento de reglas así como de las decisiones fundadas en ellas, la prestación y mantenimiento de facilidades apropiadas, etc. De este modo, afirma MacCormick, las personas responsables de conducir la práctica necesitan estar agrupadas de acuerdo con cada una de las funciones implicadas por los elementos de administración y creación. Los ordenamientos formales en general, y los jurídicos en particular, tienen típicamente personas encargadas de hacer las reglas, de tomar decisiones, administradores de las facilidades, y personas a cargo de la supervisión del cumplimiento de reglas. Estos grupos de personas son a los que MacCormick llama "agencias institucionales".

Es difícil negar que en tiempos recientes muchas sociedades han adoptado la forma del Estado constitucional moderno para organizar sus relaciones políticas y sociales. Además, ha sido ampliamente aceptado que un arreglo político como éste requiere una estructura bien diferenciada de agentes encargados de conducir las funciones de legislación, adjudicación, ejecución y administración, y cumplimiento del derecho; aunque claramente nada impide que en ocasiones estas funciones entren en contacto. En los estados constitucionales modernos la única restricción a la superposición de facultades es el principio de separación de poderes. Como se puede ver, la idea aquí es resaltar la necesidad que tienen los sistemas

legales de incluir una estructura de instituciones públicas coordinada efectivamente (llamadas por MacCormick agencias institucionales) a cargo de las funciones legislativas, adjudicativas, ejecutivo-administrativas y de resguardo del cumplimiento de las reglas. Ejemplos de instituciones en estos términos son las legislaturas, las cortes y tribunales, los departamentos gubernamentales, las fuerzas policíacas, etcétera.

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

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

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

Las reglas institutivas determinan los procedimientos mediante los cuales una agencia, un arreglo o una cosa llegan a ser establecidos. Por ejemplo, las reglas que instauran un nuevo cuerpo legislativo, las reglas sobre la formación de contratos, y las reglas en virtud de las cuales reclamamos una patente, respectivamente.

El derecho señala a través de las reglas institutivas los eventos o actos que tienen que ocurrir para que surja una instancia específica de algún tipo de institución. En su trabajo con Otta Wienberger, MacCormick define a las reglas institutivas como reglas que establecen "las condiciones que son esenciales para la existencia de una instancia de cualquier institución" (MacCormick y Weinberger 1986, p. 52).

Las reglas de consecuencia son esas que regulan los estados normativos que se siguen de la existencia de una agencia, un arreglo o una cosa. Según la teoría institucional del derecho, una vez que existe una instancia de un contrato, un testamento, etc., se produce en el derecho, de forma operativa, todo un conjunto de consecuencias, mismas que regularmente adoptan la forma de un poder, una permisión o un deber. Con mayor precisión, al definir las reglas, MacCormick dice que "por cada institución existe un conjunto de reglas de las cuales un hecho operativo es que una instancia de la institución existe" (MacCormick y Weinberger 1986, p. 53). Las reglas de esta clase tienen la forma "si existe un testamento, entonces...". Para ejemplificar las reglas de consecuencia, MacCormick señala que los parlamentos pueden promulgar reglas, los contratos regular lo que la gente tiene que hacer para satisfacerlos, y las patentes hacer exclusivo el proceso que especifican.

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

MacCormick concluye su caracterización de las instituciones con la afirmación de que para cada institución es necesario dar cuenta de su *punto principal*. El matrimonio pretende ser una manera de vincular a la gente en términos de una relación

particular, y la propiedad una manera de asegurar a las personas el uso y beneficio de ciertas cosas. Así, cualquier explicación de una institución social tiene que dar cuenta del fin que, supuestamente, busca satisfacer la institución en cuestión. Las instituciones sociales no tendrían una razón de ser si no estuvieran dirigidas a la satisfacción de necesidades humanas.

5. CONVENCIONES CONSTITUCIONALES

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

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

La presencia de reglas que coordinan las acciones de estas agencias muestra, según el institucionalismo jurídico, que dentro de los Estados constitucionales existe

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

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

que gobiernan nuestras prácticas de hacer derecho, de ejecutar leyes y de adjudicación.

Para responder a estos cuestionamientos, MacCormick apela a la tesis hartiana sobre el *aspecto interno* de la conducta.⁶⁹ La idea es que la normatividad del derecho público deriva de los estándares hacia los cuales los miembros de las agencias institucionales hacen referencia cuando actúan de acuerdo con un margen de expectativas recíprocas (MacCormick 2007, p. 42). Detrás de cada forma institucionalizada de hacer, aplicar e interpretar reglas, descansa nuestra capacidad humana de coordinación normativa. Así, por ejemplo, la normatividad de nuestra práctica de *hacer reglas* depende de la *suposición* de que las reglas emanadas por la agencia institucional pertinente deben ser obedecidas. La normatividad de la adjudicación formal (institucional) descansa en la *suposición* de que la resolución provista por jueces legítimos habrá de ser aceptada e implementada. Por último, decidir ejecutivamente depende de la *suposición* de que las políticas propuestas por la autoridad habrán de llevarse a cabo en estricto cumplimiento del derecho. En pocas palabras, la normatividad del derecho público "descansa en convenciones informales, no institucionalizadas, establecidas en las costumbres y usos de los ciudadanos del Estado, incluyendo particularmente esos que de vez en vez son llamados a servir en cargos públicos" (MacCormick 2007, p. 42). Lo que es más, MacCormick afirma que "incluso en el orden masivamente institucionalizado de un Estado constitucional, descansa detrás de los poderes de cada una de sus grandes instituciones una

⁶⁹ Aparentemente MacCormick (2007, cap. 3) está pensando aquí en lo que Hart llama con precisión el aspecto interno de *las reglas sociales*. Hart desarrolla la idea del aspecto interno de las reglas con mayor amplitud a lo largo del capítulo IV de *The Concept of Law*. En general la idea es que, ahí donde el comportamiento es guiado por una regla, los individuos detentan una actitud de aceptación hacia un cierto estándar de comportamiento. (Ver capítulo 1).

convención o costumbre por la cual debe ser respetado al llevar a cabo sus funciones como éstas son constitucionalmente conferidas" (MacCormick 2007, p. 43).

Las convenciones constitucionales, dice MacCormick (1998b, p. 310), regulan la conducta de los servidores públicos y las agencias de un Estado, a pesar de ser normas implícitas. Como hemos dicho, estas agencias institucionales y el papel de los funcionarios están definidos de una manera altamente formalizada, a pesar de que las reglas que regulan su comportamiento carecen de formulación autoritativa.

La teoría institucional del derecho sostiene que las Constituciones son los cuerpos fundamentales en los que el derecho público es establecido. En virtud de esto, debe ser claro que en los Estados constitucionales contemporáneos las instituciones de derecho público constituyen el fundamento para la formalización y articulación de las reglas jurídicas (de primer nivel) que conducen las vidas de los ciudadanos. MacCormick es muy enfático al resaltar la idea de que la cualidad normativa del sistema legal completo de un Estado particular "depende de una norma convencional de acuerdo a la cual, todas las personas que sostienen un cargo público deben observar y mantener la Constitución y las leyes válidamente hechas a su luz" (MacCormick 1998b, p. 310). Tal norma sirve como la base de un gran número de reglas y principios que determinan el estatus jurídico y las relaciones jurídicas de cada persona dentro del Estado.

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

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

6. HÁBITOS Y REGLAS

Según la teoría institucional del derecho una de las preocupaciones más importantes de las que cualquier teoría jurídica debería dar cuenta consiste en explicar la forma en la que el derecho es capaz de motivar la conducta de las personas. MacCormick sostiene que la descripción de las reglas y principios adoptada por el institucionalismo jurídico surge desde la perspectiva de quienes usan las normas, y no desde la de quienes las promulgan. Según él, no representa ningún problema aceptar que una concepción de las normas como ésta, está influenciada claramente por la noción hartiana del aspecto interno de las reglas sociales. No obstante, advierte, la teoría de las reglas sociales debe sufrir algunas modificaciones a fin de explicar con mayor precisión el fenómeno jurídico. En particular es necesario reinterpretar la diferencia entre hábitos y reglas propuesta por Hart. El argumento de MacCormick en contra de la explicación hartiana de las reglas inicia afirmando que, incluso si es cierto que el aspecto interno es una condición necesaria para la existencia de las reglas sociales y el comportamiento gobernado por reglas, el caso de los hábitos no es diferente. Es decir, el aspecto interno es un elemento necesario para que exista un hábito. En las sociedades contemporáneas no es raro encontrarse con hábitos de conducta que están inmersos en las vidas de las personas de una manera tan profunda que normalmente se consideran razones para la acción y su incumplimiento es generalmente rechazado. En otras palabras, el comportamiento habitual parece satisfacer la

condición requerida por el aspecto interno sobre una actitud normativa que provee a la gente con razones para la acción y para el criticismo justificado del comportamiento desviado.

Aunque la explicación que proporciona MacCormick sobre la idea anterior no es demasiado detallada, procede a señalar una segunda objeción en contra de la teoría de Hart. Inspirado por la ética aristotélica y la filosofía del derecho de Austin, MacCormick afirma que al guiar nuestra conducta "hay una forma en la que los hábitos son más valiosos que las reglas" (MacCormick 2007, p. 65). En general, Aristóteles sostiene que nuestros juicios acerca del valor moral de una persona proceden de su capacidad para actuar habitualmente de la manera correcta. La gente que ha consolidado un hábito de buen comportamiento es la gente verdaderamente buena. Por otro lado, Austin sostiene que es un elemento importante de la estabilidad política que la gente actúe de acuerdo a la legislación de manera habitual más que de manera reflexiva. Así, para el institucionalismo jurídico es algo positivo para la aplicación del derecho que la gente tenga el hábito de actuar sobre la base de mandatos jurídicos.⁷⁰ Estas ideas conducen a MacCormick (2007, p. 65) a decir que "hay más que decir acerca de los hábitos y su lugar en el pensamiento constitucional, jurídico y político de lo que la filosofía del derecho ortodoxa de la mitad del siglo pasado nos ha permitido".⁷¹

La relevancia de los hábitos como guías normativas de conducta ha sido sugerida también por algunos trabajos en ciencias cognitivas y psicología.⁷² Aquí, la

⁷⁰ Los textos a los que hace referencia MacCormick aquí son la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles y *A Plea for the Constitution* de John Austin.

⁷¹ La traducción es nuestra.

⁷² MacCormick cita el trabajo de Sundram Soosay (2006).

objeción de MacCormick en contra de la teoría de las reglas sociales es que un gran número de las afirmaciones que supuestamente apoyan la descripción hartiana de las reglas carece de apoyo en la evidencia sociológica y psicológica. Incluso si a mediados del siglo XX era extremadamente difícil dar la evidencia adecuada en favor de este tipo de afirmaciones, estudios recientes han mostrado que "la mente humana, el cerebro humano, es capaz de ajustarse a todo tipo de problemas de comportamiento a través de la generación de rutinas, es decir, de la creación de hábitos" (MacCormick 2007, p. 66). El estudio en cuestión sugiere que en la adquisición de habilidades que requieren un gran esfuerzo, el cerebro forma caminos cognitivos (*cognitive pathways*) que gradualmente excluyen el esfuerzo, proveyendo al aprendiz con una rutina eficiente para lidiar con casos problemáticos. Así, una acción como detenerse frente a una luz roja se transforma desde el arduo logro de seguir una regla, hasta el desarrollo de un hábito sencillo e inconsciente de conducta. En otras palabras, el cerebro lidia con la adquisición de habilidades nuevas y difíciles como detener un carro, "construyendo una rutina. Esto inicia cuando se nos enseñan los requerimientos técnicos y reglas, y después llegando al punto en el que se ha dominado la habilidad técnica, y las reglas se han interiorizado completamente" (MacCormick 2007, p. 66). Lo importante aquí es que las reglas, que son detonantes en la adquisición de algunos hábitos, dejan de ser parte de la conciencia de una persona cuando un cierto dominio sobre la acción en cuestión es adquirido. "[L]as reglas pueden ser herramientas para aprender habilidades, pero las habilidades una vez adquiridas trascienden a las reglas" (MacCormick 2007, p. 66).

Por supuesto, es una cuestión interesante saber si todo esto puede decirse acerca del derecho y otros dominios supuestamente normativos. Las tarjetas de crédito son el ejemplo que MacCormick utiliza para explicar cómo concebir nuestra conducta en el derecho como un hábito no sólo es posible, sino la mejor explicación

de nuestra práctica legal. La idea es que la gente utiliza las tarjetas sin pensar en las reglas que gobiernan los contratos de crédito. Si el sistema funciona es porque la mayoría de la gente está habituada a usar tarjetas de crédito, no porque estén pensando en las reglas que deben cumplir. En términos simples, la vida ordinaria funciona sin poner atención cuidadosa a las regulaciones jurídicas, justamente porque así funciona nuestro cerebro. Gracias a esto, dice MacCormick es útil una reevaluación de los hábitos y su papel en la práctica jurídica.

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

En resumen, en términos de la teoría institucional del derecho, las reglas no excluyen a los hábitos de la explicación de los sistemas jurídicos como suponía Hart.

Al contrario, una explicación de los sistemas legales dentro de los Estados constitucionales actuales debe atender al hecho de que los ciudadanos ordinarios y los servidores públicos que integran las agencias institucionales han adquirido conductas habituales en sus prácticas legales en virtud de las cuales conducen su comportamiento. Mientras los ciudadanos tienen el hábito de utilizar tarjetas de crédito o detenerse frente a un semáforo en rojo, los servidores públicos tienen el hábito de referirse a textos normativos institucionales cada vez que desempeñan su labor.

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

