

---

## CONCLUSIONES

**E**n primer lugar, las teorías convencionalistas se identifican por la adopción de una tesis según la cual el fundamento de cualquier sistema legal está dado por una práctica normativa convencional entre los servidores públicos, consistente en identificar y aplicar las normas jurídicas de conformidad con los criterios señalados por una(s) regla(s) de reconocimiento. Es una característica de esta práctica que por lo menos una de las razones que sus miembros tienen para actuar de conformidad con aquello que exige, es una expectativa común sobre la conformidad ajena.

Las teorías convencionalistas se distinguen por la forma particular en la que caracterizan el carácter convencional de dicha práctica.

Existen por lo menos dos formas en las que teorías de este tipo han descrito la convencionalidad de la regla de reconocimiento. La primera llama la atención

sobre la capacidad que posee la regla de reconocimiento para resolver un problema de coordinación al que enfrentan (principalmente) los jueces de cualquier sistema jurídico: la identificación y aplicación de normas. La segunda atribuye a las reglas de reconocimiento un carácter constitutivo en el sentido de que, al establecer los criterios en virtud de los cuales se debe identificar a las normas que habrán de contar como derecho, se da lugar a una práctica normativa autónoma (distinta de otras): la práctica jurídica.

El convencionalismo surge como un desarrollo de la teoría de H. L. A. Hart. En particular, como un intento por avanzar su teoría de las reglas sociales en relación con la existencia de reglas de reconocimiento y responder así a las objeciones planteadas por Joseph Raz y Ronald Dworkin principalmente. La crítica de estos dos autores consiste básicamente en afirmar que al concebir a la regla de reconocimiento como una regla social se hace imposible dar cuenta de su propiedad normativa.

El convencionalismo, al menos en las dos versiones presentadas en este trabajo, responde a la objeción respecto a la normatividad de la regla de reconocimiento. De acuerdo con una interpretación coordinativa, la obligación de observar la regla de reconocimiento está dada por un esquema común de expectativas mutuas y la confianza que los individuos tienen en ellas. Lo anterior siempre y cuando dichas expectativas surjan en contextos o bien de confianza inducida –cuando un agente induce unilateralmente en otro la generación de una expectativa acerca de su comportamiento futuro–, o bien en contextos donde las circunstancias son equivalentes a las de una empresa de cooperación para el beneficio mutuo. Por otro lado, de acuerdo con una interpretación constitutiva, la obligación para seguir reglas de reconocimiento es condicional. Es decir, un juez tiene razones para seguir la regla de reconocimiento, si

tiene razones para participar en la práctica jurídica, aunque estas razones no están dadas por la regla de reconocimiento misma sino por la moral y la política.

La teoría institucional del derecho es una de las teorías que han reclamado recientemente de manera explícita un espacio propio dentro de la corriente positivista al interior de la filosofía jurídica.

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

La normatividad según la teoría institucional del derecho puede ser reducida al juicio de corrección. Esto es, el juicio que los miembros de una práctica hacen sobre lo que es correcto o no hacer. Lo que hace normativa a una expresión es que sirve en el razonamiento práctico de los agentes para calificar una cierta conducta como correcta o incorrecta. Decir que una conducta es incorrecta es equivalente a decir que su realización debe evitarse, mientras que decir que es correcta equivale

a decir que se puede realizar o bien, que es obligatorio realizarla. La teoría institucional del derecho utiliza el término "norma" para denotar cualquier proposición que juegue este papel en el razonamiento práctico. Adicionalmente, las normas sirven como guía del comportamiento y base de la crítica en contra de los comportamientos divergentes propios y ajenos.

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

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

coincidentes. Cualquier intento por formular una convención de manera explícita es interpretativo, y cualquier formulación es, en principio, contestable.

Para explicar el origen de la autoridad, elemento característico de las prácticas normativas formales, la teoría institucional del derecho apela a la existencia de una práctica de dos o más niveles. Esto es, todo ordenamiento formal implica dos prácticas normativas separadas: por un lado, hay una práctica de primer nivel guiada por reglas que califican conductas particulares como prohibidas, permitidas u obligatorias; por ejemplo, nuestra práctica de tomar turnos en un aeropuerto frente a la fila de taxis. Por otro, hay una práctica de segundo nivel que consiste en la autorización de una persona o grupos de personas para monitorear y sancionar la práctica de primer nivel. En la teoría institucional del derecho no es claro si las normas de la práctica de segundo nivel son convencionales o institucionales. Si son reglas institucionales no es claro si son de aplicación absoluta, estricta o discrecional. Si son normas convencionales, resulta contra-intuitivo decir que para ciertos ordenamientos como los sistemas jurídicos, las normas que conceden a las autoridades facultades de supervisión y administración de reglas carecen de texto explícito y origen autoritativo.

De acuerdo con el institucionalismo jurídico, la teoría de las reglas sociales de H. L. A Hart debe ser reinterpretada de modo que el papel que juegan los hábitos al interior de las prácticas normativas, en particular al interior del derecho, sea reconsiderado. Para MacCormick, el punto de vista interno, esa actitud crítico reflexiva de aceptación que los participantes de una práctica muestran hacia ciertos estándares de conducta, no es exclusivo de las reglas, sino común a los hábitos. MacCormick afirma que hay un sentido en el que estos son más valiosos que aquellas, pues la aplicación de las normas jurídicas se ve privilegiada en escenarios donde

los agentes actúan de conformidad con ellas de manera habitual. Junto a esto MacCormick sostiene que, a diferencia de lo que pasa con la teoría de las reglas sociales, existe evidencia empírica que apoya la idea de que los comportamientos guiados por reglas implican el desarrollo de hábitos. Con precisión, lo que afirma MacCormick es que existe evidencia que muestra que el cerebro es capaz de lidiar con conductas de difícil realización transformándolas en conductas habituales. Para MacCormick este es el caso cuando se trata de acciones guiadas por normas legales. Aunque de inicio desplegar la conducta requerida por una norma jurídica (como detenerse frente a un semáforo en rojo) puede ser difícil, el cerebro es capaz de desarrollar caminos cognitivos que permiten perfeccionar su ejecución hasta transformarla en un hábito. Conviene tener claro que el alcance con el que la evidencia de este tipo apoya a la tesis de que existe una conexión entre conductas guiadas por normas y hábitos. Mostrar que el cerebro facilita mediante ciertos procesos la ejecución de ciertas conductas, no muestra que existe un componente habitual en el comportamiento guiado por reglas. Para contar con respaldo empírico los estudios utilizados por MacCormick tendrían que ser así de específicos: tendrían que mostrar que los agentes desarrollan hábitos de conducta a partir de conductas no habituales cuando hay de por medio una regla. Como máximo, la información aportada por dicha evidencia puede interpretarse como compatible con la afirmación de MacCormick. Claramente, decir que existe una relación de compatibilidad entre la evidencia y una afirmación no equivale a decir que la primera demuestra la segunda. La evidencia que aporta MacCormick es compatible con su afirmación en el sentido de que no la contradice, pero nada más.

Una explicación exitosa de la naturaleza del derecho no puede ser indiferente al problema de la validez jurídica. En otras palabras, toda teoría del derecho debe

por lo menos intentar dar cuenta de las condiciones que deben ser satisfechas por una norma para ser jurídica.

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

Las explicaciones normativas de la validez dan lugar a un problema: duplican innecesariamente la cantidad de obligaciones que los participantes de la práctica jurídica deben satisfacer, pues además de observar la obligación establecida en cada norma del ordenamiento los participantes tienen la obligación de observar cada una de esas normas. Una norma que impone la obligación de pagar impuestos genera esta obligación y además, si es válida, la obligación de obedecerla; es decir la obligación de cumplir nuestra obligación de pagar impuestos. Claramente, resulta redundante y por ello implausible suponer que ambas obligaciones existen jurídicamente. En casos particulares como la teoría de Joseph Raz para quien la obligación de obedecer las normas de derecho es una obligación moral aunque curiosamente independiente del contenido, este problema toma la siguiente forma: es al menos posible que exista una conducta moralmente prohibida, aunque moralmente obligatoria cuando así lo establece una norma jurídicamente válida.

Si la validez jurídica es un límite conceptual que cualquier explicación del derecho debe satisfacer tal que de no hacerlo se sigue la incorrección de la explicación, y si es cierto que de hecho la gran mayoría de teorías jurídicas contempo-

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

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

Dado que toda explicación de la validez tendría que evitar dar lugar a un regreso al infinito, es decir, evitar la postulación de una cadena infinita de fuentes para la



validez jurídica, una caracterización mínima tendría que exigir a las teorías del derecho a señalar una fuente última. Para ser consistentes con la tesis del hecho social abrazada por el positivismo, dicha fuente no podría ser otra más que un hecho social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más allá de las diferencias que se pueden identificar utilizando sus respectivas definiciones de convencionalidad, los enfoques coordinativos y constitutivos se distinguen por la adopción y rechazo respectivamente de dos tesis. La primera, que la arbitrariedad característica de las normas convencionales denota la falta de preferencias de parte de los miembros de una práctica normativa convencional por la adopción de una norma u otra. La segunda, que las convenciones, en particular las normas fundamentales de los sistemas jurídicos, se originan y son soluciones a problemas de coordinación. A partir de una interpretación que privilegia los principios de coherencia y simplicidad, es posible observar que la descripción institucionalista de la norma fundamental en el derecho rechaza ambas tesis. De lo anterior se sigue que el compromiso convencionalista suscrito por la teoría institucional del derecho es constitutivo.

