

NEIL MACCORMICK

INSTITUCIONES DEL DERECHO

Traducción de
Fernando Atria
y Samuel Tschorne

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

CAPÍTULO I

ORDEN NORMATIVO

1. INTRODUCCIÓN

El derecho es un orden normativo institucional y el derecho del Estado contemporáneo es una forma de derecho. Existen otras, como el derecho internacional, el derecho de nuevas formas político-jurídicas emergentes como la Unión Europea, el derecho canónico, el derecho musulmán [*shari'a law*], el derecho de organizaciones deportivas y los deportes que ellas regulan y, sin duda, muchas otras. Todas tienen en común la pretensión de ordenar (en el sentido de «ordenación», no de «mandato»). Un elaborado conjunto de patrones de comportamiento es visto como «vinculante» para todas las personas en el ámbito ordenado y el orden emerge entre quienes son sus destinatarios en la medida en que son capaces de ajustar su comportamiento a los patrones estipulados. Como es obvio, la posibilidad de que surja un orden a partir de la conformidad con tales patrones depende de que el conjunto de patrones alcance a ser una totalidad racionalmente inteligible. A la aspiración al orden, por tanto, subyace el postulado de que los patrones de comportamiento o «normas» respectivas tienen una cualidad sistemática.

2. HECHOS INSTITUCIONALES

El mundo de los seres humanos es uno que incluye no sólo realidades y hechos puramente físicos, sino también hechos institucionales. A modo

de una definición preliminar, éstos son hechos que dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo. Tengo en mi mano una pieza de plástico colorida y brillante que tiene unas marcas peculiares. Esto es una tarjeta de crédito. Uso en mi muñeca un disco sujeto con una correa, que tiene por un lado una superficie transparente tras la que son visibles marcas simétricamente distribuidas circundando el perímetro de una superficie blanca. Esto es un reloj. Tengo en mi bolsillo discos metálicos que tienen la efigie de un rostro humano en uno de sus lados. Los discos difieren en tamaño y color, y tienen marcas distintas. Son monedas y las uso para comprar periódicos y otras cosas.

Estamos tratando aquí con realidades sociales que son «institucionales» de principio a fin. Esto puede verificarse usando la definición provisional dada arriba y reflexionando sobre qué otra información necesitamos además de los hechos físicos, para poder apreciar el plástico como una tarjeta de crédito, el objeto de pulsera como un reloj, las piezas de metal como moneda circulante. En cada caso, es presupuesto un cuerpo formidable de reglas relacionadas con los créditos de consumo, estándares de medida del tiempo, o la definición de dinero y medios legales de pago en el contexto de los contratos y deudas. Sin esto, el objeto físico no tendría o perdería su significado actual. Lo que hace que estos objetos tengan el significado que tienen es su interpretación y su uso a la luz de las reglas relevantes. Esto nos lleva de algún modo a la idea preliminar de que los «hechos institucionales» son elementos omnipresentes e inherentes de la realidad social. Se trata de una idea que ha tenido un poderoso impacto desde que nació con la obra de Elizabeth ANSCOMBE y John SEARLE, el último de los cuales, en particular, ha hecho amplias contribuciones en la elucidación de los conceptos subyacentes a través de los años¹.

Para quienes están interesados en el derecho en el sentido del derecho de un Estado contemporáneo, el «derecho positivo nacional», la idea de hechos institucionales se vincula fácilmente con la idea de que un elemento importante en tal derecho es la existencia de «instituciones» como el contrato, la propiedad, el matrimonio, el *trust*, las fundaciones (*Stiftung*) y similares. También se conecta con la idea de que el derecho es «institucional» en el sentido de que es administrado a través de «instituciones» como los tribunales, las legislaturas, el ministerio público, las fuerzas policiales y otras del mismo tipo. Reflexiones sobre estas ideas iluminan muchas cuestiones que han preocupado al pensamiento jurídico por siglos. Importantes expli-

¹ ANSCOMBE, 1958: 69-72; SEARLE, 1969; el trabajo de SEARLE continúa en SEARLE, 1979; SEARLE y VANDERVEKEN, 1985 y SEARLE, 1995.

caciones teórico-jurídicas del carácter institucional del derecho pueden encontrarse en los trabajos de Ota WEINBERGER² (con quien he colaborado en el intento de formular un trabajo introductorio para una «teoría institucional del derecho»)³, Dick RUTTER, Joxerramon BENGOTXEA, Eerik LAGERSPETZ y Massimo LA TORRE⁴.

Otro uso jurídico del término «institución» debe mencionarse aquí, aunque sea sólo para advertir su relevancia para lo que sigue. Este uso deriva de la palabra *institutio* que en el latín clásico hacía referencia a un libro de texto. Aparece esta palabra en el título de dos de los más famosos textos jurídicos de la historia, las *Institutiones* (o, a veces, *Institutas*) de Gayo y Justiniano respectivamente⁵. Estos dos libros, el primero especialmente a través de su influencia en la forma y contenido del segundo, dominaron por siglos el pensamiento jurídico. Ellos dieron lugar a imitaciones en la forma de «Institutiones» de derecho nacional producidas por autores sistematizadores de la doctrina jurídica, especialmente en los siglos XVII y XVIII cuando el surgimiento del Estado moderno condujo a la formulación de exposiciones sistemáticas del derecho de tal o cual país⁶.

Este sentido de «institución» como «libro de texto» es claramente diferente de los sentidos precisados más arriba (excepto, por cierto, en la medida en que las prácticas de enseñanza y las normas que ellas envuelven, puedan dar lugar al surgimiento de las tradiciones de libros de texto⁷ en la enseñanza y práctica jurídicas, como en otras disciplinas). Pero, por un inesperado vuelco del destino, a algunos distinguidos escritores de la temprana modernidad se les atribuyó una especial autoridad en algunos sistemas jurídicos, de modo tal que sus escritos fueron considerados una «fuente del derecho» subordinada, junto a la legislación y la jurisprudencia de los tribunales si bien con una autoridad más débil. La idea de un «escritor institucional», por tanto, se ha vuelto parte de las instituciones del derecho en un sentido más fuerte que el comprendido en el mero uso y popularidad (o la falta de ella) de los libros de texto en el programa curricular y las prácticas de enseñanza de las escuelas de derecho⁸.

² Véase, en particular, WEINBERGER, 1991.

³ MACCORMICK y WEINBERGER, 1985; MACCORMICK y WEINBERGER, 1986; MACCORMICK y WEINBERGER, 1990; MACCORMICK y WEINBERGER, 1992.

⁴ RUTTER, 1993; RUTTER, 2001; BENGOTXEA, 1993; LAGERSPETZ, 1995; LA TORRE, 1999; TAMANAHA, 2001: 136-146 sugiere que el carácter institucionalizado del derecho es un lugar común en la mayoría de los positivistas contemporáneos. Esto puede ser así, pero el desarrollo del punto vista ha sido una cuestión distinta.

⁵ MOULE, 1912; BIRKS y MCLEOD, 1987; ZULUETA, 1945.

⁶ LUG, 1972; CAIRNS, 2001.

⁷ Para dos concepciones de la «tradición de los libros de texto» en la enseñanza jurídica, véase TWINING, 1970; SMITH, T. B., 1972-3; TWINING, 1972.

⁸ WHITE, R., y WILLOCK, 2003: 135-138; cfr. PATON, G. W., 1964: 228-234.

En el intento de aclarar nuestra comprensión del derecho a través de la definición explicativa propuesta por la teoría institucional, es necesario clarificar tres nociones: la de lo «normativo», la de «orden» y la de «institucionalidad». El derecho pertenece al género «orden normativo» y, dentro de este género, a la especie particular «orden normativo institucionalizado»⁹. Permítasenos considerar, para aclarar esto, el caso ilustrativo de las «colas» o «filas» como las que las personas forman a veces en algún momento en un servicio o en algunas situaciones como en las paradas de autobús, o en los puestos de café, o un terminal de trasbordo. Es un ejemplo mundano y cotidiano, cuya familiaridad resulta útil para los propósitos de esa discusión.

3. LO NORMATIVO

El tener que pararse formando una fila, o «hacer cola», ya sea en la caja de un supermercado o en una parada de autobús, o al aproximarse a un cuello de botella en una autopista congestionada, o en incontables situaciones y configuraciones diferentes, es algo que sucede frecuentemente en la experiencia cotidiana de los seres humanos contemporáneos. Algunas veces sucede de un modo espontáneo sin intervención o dirección oficial, en otras sucede en formas más organizadas y dirigidas. La práctica de «hacer cola», o de pararse formando una fila, es evidentemente una materia de la experiencia común. En la medida en que cada persona «toma su turno» en una cola o fila, se produce un movimiento ordenado a través de la caja, o para subir a un tranvía o un autobús, hasta el límite de los lugares disponibles a bordo y luego en el próximo tranvía o autobús que llegue a la parada; o existe un paso ordenado de vehículos a través del cuello de botella. Individuos más débiles o menos fuertes no son apartados por la fuerza ni pasados por encima, hasta que no queda nadie que intente pasar o subir. Prácticamente desde el punto de vista de todos, un cierto tipo de equidad y eficiencia prevalece. Esto no tiene por qué funcionar perfectamente para que opere satisfactoriamente. Siempre puede haber alguien lo suficientemente desconsiderado o prepotente para saltarse la cola, o para acelerar y tomar el carril rápido para en el último momento tomar el carril lento y pasar por el cuello de botella, normalmente con éxito pues pone a los otros conductores en la alternativa de quedar con una fea abolladura en el coche o tolerar una conducta impropia.

⁹ Sobre el «orden normativo institucional» explicado en otros dos contextos, véase MACCORMICK, 1999: cap. 1; MACCORMICK, 2005a: cap. 1. HART consideró, por el contrario, que los intentos de definir *per genus et differentiam* eran inadecuados en la teoría del derecho. HART, 1983a: 21-48, especialmente en 21-23 y véase, además, 4-6.

La mayoría de las personas reconoce que en ciertas ocasiones es correcto pasar al frente de la fila sin esperar el turno (si uno tiene una emergencia médica en casa y ha corrido al supermercado en busca de implementos urgentes; si uno está desesperado por llegar a tiempo a un examen; si uno es un doctor apurado por un paciente gravemente enfermo). Esto es distinto de la arbitraria autopreferencia de individuos que siempre o con frecuencia intentan colarse o saltarse la cola con meros pretextos o sin mediar justificación, aunque quizás pueda haber, por cierto, algunas personas que son completamente inmunes a lapsos de autopreferencia arbitraria. A pesar de la falta de una conformidad perfecta con la práctica, puede haber de hecho, como lo muestra la experiencia, una práctica satisfactoria e incluso un cierto tipo de institución socio-moral de hacer cola o esperar en fila. Existe, no obstante, un umbral mínimo de conformidad bajo el cual la práctica no es sustentable. Es literalmente imposible ser la única persona que «espera su turno» porque los «turnos» requieren una práctica coordinada de dos o más. Cuando una mayoría sustancial de competidores potenciales por una determinada oportunidad no reconoce los turnos, el que uno o unos pocos actúen como si la mayoría estuviera dispuesta a esperar sus turnos se convierte en un sacrificio sin sentido.

Tomar turnos o hacer colas es, por tanto, una práctica normativa. Pues ahí donde hay una cola para algo que uno quiere, uno debe tomar su turno en ella, y las personas que toman su turno en ella lo hacen porque en su opinión eso es lo que debe hacerse —es decir, lo que hay que hacer en el contexto dado—. Tal «deber» que sirve de guía para la acción indica la presencia de algún tipo de norma y el carácter normativo de las opiniones que las personas tienen en tales situaciones. Notablemente, tales prácticas normativas y opiniones normativas pueden existir y ser bastante viables, sin que haya una regla canónicamente formulada o formulable que cualquiera pueda citar como la regla sobre las colas. Las personas saben cómo hacer colas, y pueden dar ejemplos de casos que serían considerados como «saltarse la cola», a pesar de que nunca hayan articulado con exactitud cuál es la norma que rige. Esto no implica que no se pueda hacer explícita una norma implícita que sea apta para la situación o el caso tipo. Quizás el siguiente sea un intento razonable:

Cuando varias personas quieran utilizar un servicio u oportunidad que no pueda darse a todas ellas simultáneamente, cada una deberá tomar su lugar en fila tras quien haya llegado con anterioridad al lugar en que se ofrece el servicio u oportunidad y cada una puede exigir ir delante de quien quiera que haya llegado después, esperar que los otros respeten esto, y reaccionar críticamente hacia quienes se salten la fila, o incluso impedirlo.

Está al menos abierto a discusión si este enunciado general captura satisfactoriamente en forma abstracta la idea normativa de tomar turnos y puede ser reformulado en formas más concretas en relación con servicios u oportunidades específicos. Pero la viabilidad de la práctica evidentemente no depende de la exactitud de éste o cualquier otro intento particular de poner en términos explícitos una norma implícita de conducta para las colas.

Incluso si usted y yo tuviéramos una cuidadosa discusión, trabajáramos en mi formulación y la refináramos de modo que tuviéramos un enunciado sobre la regla que nos pareciera correcto y exacto a nosotros, nada garantiza que éste le parecería igualmente correcto a una tercera o cuarta persona, sin mencionar a todos quienes forman parte de esta fila o en todas las filas de las que alguien ha formado parte alguna vez. Esto revela una importante verdad: hacer colas es una actividad esencialmente interpersonal, socialmente situada, que está orientada por una opinión normativa común. Esta opinión común, sin embargo, no presupone ninguna prearticulación de la norma común única que esté en el corazón de la opinión normativa. Dondequiera que haya una cola, todos los involucrados tienen el propósito semejante de obtener un determinado servicio u oportunidad y reconocen que los otros quieren obtener la misma cosa al mismo tiempo. Si las personas efectivamente hacen cola, esto los ayuda a alcanzar sus fines superpuestos civilizadamente, sin caer en un conflicto abierto. Y tiene que haber un entendimiento mutuo al respecto y, por tanto, una opinión normativa común o superpuesta.

Hacer colas en consecuencia es, como muchos otros aspectos más importantes y determinantes de nuestra vida individual y colectiva, una de las prácticas que, siguiendo a Ronald DWORKIN, podríamos llamar «interpretativas» y el concepto de «cola» parece ser parte de la clase que él llama «conceptos interpretativos»¹⁰. Una característica típica en estos contextos consiste en que la práctica común no puede imputarse a priori a un entendimiento, articulación o explícita conceptualización idénticos. Pero pueden existir prácticas lo suficientemente compartidas como para generar un cierto grado de orden. Este mismo orden puede explicarse haciendo referencia a una norma implícita sobre las colas cuya comprensión articulada sería una cuestión abierta al debate interpretativo entre aquellos que la reconocen como una práctica esencialmente común o compartida y que tratan de participar rectamente en ella, satisfaciendo adecuadamente las expectativas recíprocas de los otros.

¹⁰ DWORKIN, 1986: 46-86, especialmente 46-53.

4. ORDEN NORMATIVO

Hacer cola o pararse en fila constituye además un ejemplo de «orden» en sentido material. La posición de las personas en una cola es ordenada, no aleatoria. El «orden» aquí no es sólo un patrón actual y predecible que puede ser estudiado «externamente» y descrito estadísticamente¹¹. Es un «orden normativo» porque, o en la medida en que, puede ser explicado haciendo referencia al hecho de que los actores están usando como guía de conducta una opinión sobre lo que ellos y los otros deben hacer. Podemos explicar el orden externamente observable en un caso de este tipo, imputándoselo a acciones de individuos que tienen un cierto grado de entendimiento mutuo y expectativas recíprocas. El resultado es un tipo de acción común por entendimiento mutuo de los participantes. Cada uno actúa en el entendido (o bajo el supuesto, no necesariamente muy articulado) de que los otros están orientados por más o menos la misma opinión sobre lo que todos deben hacer. Esta opinión sobre lo que las personas deben hacer, dependiente de lo que Eerik LAGERSPETZ ha explicado como «creencias recíprocas», supone una norma implícita que puede ser explicitada del modo en que se propuso más arriba¹².

Cualquier explicación de este tipo está, sin embargo, sujeta al *caveat* de que es una interpretación potencialmente discutible de la idea rectora. Existe un sentido común o compartido acerca de «lo que es correcto hacer», pero esto de ningún modo depende de la existencia de una regla oficialmente formulada que cada persona pueda recitar o aprenderse de memoria. Porque, desde luego, se trata de una práctica interpretativa en la que cada parte «lee» la situación como piensa que los otros la están leyendo, y se forma una opinión tomando en consideración la opinión que cree que tienen otros, si bien esto no es necesariamente algún tipo de deliberación reflexiva sobre la opinión de los otros.

Asumiendo, entonces, que la práctica de hacer colas es viable en un contexto dado a pesar de que no exista un acuerdo explícito sobre su sentido o la(s) norma(s) que la gobierna(n), parece razonable entender que debe existir una comunidad bastante profunda de ideas de fondo, o alguna idea rectora común, que hace la práctica inteligible. En el mundo contemporáneo

¹¹ Esta idea de una observación «externa» del comportamiento deriva de HART, 1994: 55-60, discutida en extenso en MACCORMICK, 1994a: 275-292; para una discusión ulterior, véase *infra* cap. IV.

¹² LAGERSPETZ, 1995: 30-50; RUITER, 2001: 22-23 propone una posible corrección a la versión de LAGERSPETZ de las creencias recíprocas, que intenta reducir la intencionalidad colectiva a un agregado de estados mentales individuales.

existe una práctica de tomar turnos. Quizás tiene sus raíces profundas en el igualitarismo contemporáneo. Esto apoya la idea de que la provisión de un servicio o una oportunidad, que sólo puede ser aprovechado de a uno a la vez, debe ser hecha sobre la base de una secuencia universalista, que no discrimina sobre la base de características personales o sociales. La arbitrariedad misma de otorgar preferencia según el orden temporal en que se ha llegado al lugar en que se ofrece el servicio o la oportunidad es generalmente satisfactoria desde este punto de vista. En otras sociedades o contextos sociales más jerárquicos, el criterio de dar preferencia según el rango puede quizás prevalecer aplicándose el «se atiende por orden de llegada» entre pares de la misma jerarquía. Incluso en estos tiempos relativamente más igualitarios, existen más que unas pocas situaciones en las que los órdenes de precedencia de tipo jerárquico todavía mantienen cierto vigor, o son dados por buenos sin cuestionamientos¹³.

La práctica de hacer cola es, ciertamente, una práctica genérica con muchas variantes, no una sola invariante. Una fila en el supermercado en Texas no es exactamente lo mismo que una fila para comprar pasajes de tren en Italia, o un atasco en Inglaterra, o una cola para taxis en el aeropuerto de Toronto, o una cola para comprar sellos en una oficina de correos sueca, o para almorzar en un coloquio en Holanda. Siempre tratamos de notar esos matices locales a medida que viajamos, y los intentos de hacer explícita una norma implícita serían complicados considerablemente por la necesidad de relativizar su articulación al tipo de cola y al contexto cultural relevante.

Podemos con seguridad confiar en que el principio «se atiende por orden de llegada» tiene diferencias de matiz y de detalle, y que está sujeto a excepciones («los niños primero», «adultos antes que los niños», «atención preferente para la tercera edad», «atención preferente para veteranos de guerra con discapacidad», por ejemplo) en diferentes lugares, entornos sociales,

¹³ Es útil hacer notar, reconociendo mi deuda con W. TWINING, que la exigencia de esperar en fila es usualmente impuesta. Así por ejemplo cuando adultos dotados de autoridad, como los profesores en las escuelas, ordenan a los niños a su cargo formar una fila para recibir algún tipo de servicio o tratamiento o, incluso, desde luego, un castigo. Bien puede ser que individualmente nosotros hayamos internalizado las normas sobre cómo hacer colas en contextos jerárquicos de este tipo, donde la igualdad de quienes están formando la fila es sólo la igualdad de igual sujeción. Las colas o filas que se forman bajo alguna forma de autoridad serán tratadas más adelante, al comienzo del capítulo II. Este orden de presentación obedece a fines analíticos y no debe ser tomado como una explicación del modo en que alguien o todos comienzan a entender o tratar a la práctica de hacer cola como una práctica normativa. Es una verdad general que la heteronomía precede a la autonomía, y que las concepciones o prácticas con las que nosotros nos comprometemos autónomamente usualmente emergen a través de procesos de socialización (cfr. capítulo XIV). Sea como sea que las personas hayan adquirido el sentido de la corrección de tomar sus turnos, parece que muchos están dispuestos a actuar sobre esta base, sin necesidad de la supervisión de alguna autoridad, en tanto los otros parezcan dispuestos a actuar del mismo modo, en una situación de creencias recíprocas ostensiblemente satisfechas.

servicios u oportunidades, proveedores de los servicios, etc. Personas diferentes tratando de articular versiones más concretas de la idea subyacente para una situación particular pueden llegar a diferentes formulaciones todas ellas razonables, pues según las suposiciones que se han hecho aquí no es necesario que exista una formulación normativa única que pueda ser aceptada universalmente, y no hay ninguna razón especial para suponer que entre un rango de interpretaciones razonables sólo una tiene que ser la correcta. La razón por la que no es necesario que exista una única correcta, radica en que basta la existencia de un consenso superpuesto, o una actitud ampliamente común, entre los participantes, para que una práctica de este tipo opere satisfactoriamente. Respuestas conceptualmente exactas a preguntas empíricamente vagas pueden ser iluminadoras, útiles, razonables y pueden tener cualquiera de las virtudes de este tipo, pero no la de ser la única correcta¹⁴.

Usando las reflexiones sobre las colas como base para una generalización, puede sugerirse con una confianza razonable que es posible el orden en los asuntos humanos en ciertos tiempos y lugares sobre algunas materias. Existe un orden cada vez que las personas se comportan en relación con otros sobre la base de una opinión que suponen recíproca sobre lo que es correcto hacer, en la medida en que se dé una suficiente comunidad (no perfecta identidad) en las opiniones que mantienen y sobre las que actúan. Yo actúo como creo que es correcto actuar, bajo la creencia de que tú también crees que es correcto y actúas recíprocamente sobre tu opinión, y así sucesivamente. Nosotros tenemos creencias recíprocas que son normativas en su contenido y suficientes personas deben actuar sobre la base de estas creencias para que sea el caso de que tales creencias recíprocas sean normalmente satisfechas y para que los casos de disconformidad sean tratados como criticables sobre la misma base. Normalmente, las personas reaccionan de un modo abiertamente hostil en contra de quienes han realizado conductas que consideran incorrectas, y esto puede implicar por cierto reacciones de considerable severidad aun cuando no se trate de ninguna sanción formal. No es necesario que exista una regla o conjunto de reglas articuladas explícitamente que constituyan la práctica en cuestión, basta con que existan interpretaciones recíprocas de creencias normativas recíprocas. Pero esto es inteligible sólo en la medida en que pensamos que ella puede referirse a alguna idea guía subyacente que es tanto normativa como evaluativa.

En conclusión: puede haber un orden normativo sin que existan normas explícitamente formuladas. Esto puede ocurrir cada vez que normas implícitas son de hecho largamente observadas y respetadas, sin ningún otro elemento de vigilancia, dirección o imposición que no sea la presión que

¹⁴ SEUNG, 1993: 33-37. Cfr. Bix, 1993: 63-67.

proviene de una opinión normativa común (aunque no necesariamente universal o idénticamente expresada) entre quienes interactúan. Nos provee de un ejemplo el caso de quienes han llegado más o menos simultáneamente al mismo lugar para una oportunidad o servicio y han formado una cola, aceptando el orden de atención como apropiado y correcto.

5. SOBRE LAS CONVENCIONES: LAS PRÁCTICAS INFORMALES

La reflexión basada en la experiencia común hace obvio que la práctica de hacer colas puede, y lo hace de modo bastante frecuente, formarse de una manera completamente informal y desregulada, sin la intervención de ninguna clase de persona o agencia que esté dotada de algún tipo de autoridad sobre quienes hacen fila, o regulan o manejan la fila de alguna manera. Esto es, seguramente, algo en cierta medida culturalmente relativo. Se dice comúnmente que los ingleses («ingleses», por cierto, como distinto de «británicos») tienen un genio especial para las colas. En el antiguo bloque soviético, los tiempos de escasez hicieron de las colas un aspecto endémico de la vida de las personas comunes — existía un chiste muy conocido en Polonia sobre una persona que al encontrarse con el final de una cola mientras caminaba por una calle se unió a ella; al ser preguntada por quien llegó a continuación para qué era la cola, confesó no saberlo, pero que se había unido a la fila asumiendo que, sea lo que sea para lo que la cola fuera, sería para algo escaso o lujoso, y dijo que la oportunidad de obtener una cosa como ésa (sea la que fuere) no podía ser desperdiciada a la ligera —.

No obstante estos puntos de relatividad cultural, parece razonable concluir que un orden normativo puede existir bajo determinadas circunstancias culturales y sociales simplemente sobre la base de creencias recíprocas y normas implícitas, con una superpuesta y recíproca comprensión e interpretación del tipo que se ha descrito aquí. A tales prácticas las llamaremos aquí «prácticas normativas informales», y al tipo de orden que ellas constituyen lo llamaremos «órdenes normativos informales». La idea de una «convención» que utilizan los juristas constitucionalistas debe ser revisada bajo esta luz, junto con la reflexión sobre otros tipos y contextos de comportamiento que son regulados por convención antes que por mandatos dotados de autoridad¹⁵. Las costumbres que son consideradas normativas, sea en el derecho

¹⁵ Cfr. MARSHALL, 1984. Es útil señalar que las convenciones constitucionales, a pesar de ser normas implícitas e informales en el sentido de carecer de una única formulación dotada de autoridad, regulan, sin embargo, el comportamiento de autoridades y organizaciones estatales que en su mayor parte son definidos de una manera altamente formalizada e institucionalizada. Citando a K. WHEARE, MARSHALL se refiere a las convenciones como «reglas vinculantes» (p. 7), pero en un contexto (pp. 7-13) en el que es claro que se trata de normas que carecen de una única

internacional y en las relaciones jurídicas internacionales o en otros casos, envuelven convenciones en este sentido y pueden muy bien estar compuestas sólo por convenciones¹⁶. Pues precisamente son estas orientaciones por normas implícitas, las que son constitutivas de los órdenes normativos informales que naturalmente denominamos «convencionales» o «convenciones». A pesar de que en muchos casos importantes, académicos y prácticos despliegan sus esfuerzos interpretativos para reducir una norma implícita a una formulación explícita, satisfactoria y clara, todos estos intentos, en la medida en que son meramente interpretativos, son intrínsecamente discutibles. Sólo en la medida en que a una formulación se le pueda atribuir autoridad como precedente o como una formulación institucionalmente válida, el acto de formular explícitamente una norma implícita tiene un efecto transformador. Pues por el mero acto de su formulación se convierte en alguna especie de regla o máxima. Aparte de los casos ya mencionados de las convenciones constitucionales y del derecho consuetudinario (internacional o nacional), una gran parte de las ideas sobre etiquetas y buenos modales, y muchos otros elementos importantes de nuestros usos sociales, así como también las normas gramaticales y semánticas de los lenguajes naturales, son convenciones en este sentido.

Este sentido debe ser distinguido claramente del uso de «convención» para referirse a tratados o acuerdos entre Estados formulados solemnemente, tales como las convenciones de Ginebra sobre refugiados y prisioneros de guerra y otras importantes fuentes del derecho internacional «convencional» (como distinto de «consuetudinario»). Por una evolución lingüística desafortunada tenemos dos usos jurídicos de los términos «convención» y «convencional». Éstos son claramente distintos, cuando no mutuamente contradictorios —el punto sobre los elementos convencionales informales del derecho constitucional es que son esencialmente consuetudinarios, mientras que «derecho internacional convencional» es la parte que emana de tratados multilaterales solemnemente adoptados y que es claramente distinguida de la parte consuetudinaria del derecho internacional—.

6. CONCLUSIÓN

Es importante entender la idea de lo normativo —la idea de que tenemos modos para diferenciar lo lícito de lo ilícito en lo que hacemos, de que

formulación oficial y que, por tanto, no cuentan como «reglas» en el sentido en que se usa aquí este término. Más en general, véase LEWIS, 1986.

¹⁶ Véase RUITER, 2001: 122-127 para una explicación extraordinariamente clara de la naturaleza de la costumbre en el derecho internacional y en el derecho nacional.

tenemos concepciones comunes o superpuestas sobre lo que debe hacerse en varias situaciones recurrentes—. Las reacciones de las personas a tales concepciones de lo lícito y lo ilícito pueden coincidir de un modo recíproco incluso en situaciones bastante informales, de manera que exista algún tipo de orden en su comportamiento. Concentrarse en esto y aprehenderlo, es aprehender la idea básica de un orden normativo. Ya hemos descubierto un supuesto sobre la naturaleza humana. Los seres humanos son usuarios de normas, cuyas interacciones dependen en patrones de conducta recíprocos reconocibles que puedan ser articulados en términos de comportamiento lícito *versus* ilícito, o sobre lo que uno debe hacer en una determinada situación. Entender este uso de las normas es presupuesto para entender la posibilidad de la creación deliberada de normas que se convertirán en patrones de conducta.

En efecto, es posible crear normas deliberadamente. El uso de las normas puede adquirir un carácter formal, puede, por cierto, volverse «institucionalizado». Entender esto es entender la transición a un orden normativo institucional y, por tanto, al derecho.

CAPÍTULO II

ORDEN INSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

Las convenciones no lo son todo. La práctica misma de hacer colas no es siempre un orden normativo puramente informal basado en convenciones sociales de la vida cotidiana. Es frecuentemente organizada bajo uno u otro tipo de autoridad. En los aeropuertos hay filas para facturar diferentes para quienes viajan en clase turista, ejecutiva y primera clase. Hay una cola también en la puerta de embarque a veces subreguladas según las filas de los asientos. Supermercados y oficinas de pasaportes, oficinas de correos, y las tiendas estatales monopólicas de licor en los países en que existen, proveen de tickets numerados a través de dispensadores, y la posición de cada uno en la fila es determinado por el orden numérico de los tickets. Bancos y estaciones de trenes tienen filas cerradas mediante cordones, en las que la persona que está al frente de la cola tiene acceso a la primera caja o taquilla que esté disponible. A la salida de estaciones y aeropuertos hay personas encargadas de organizar y vigilar las filas de taxis, tanto para asegurar un taxi rápida y equitativamente a los pasajeros como para asegurar una expedita provisión de taxis en las horas más congestionadas. Algunas veces (que se agradecen especialmente en lugares fríos) la fila de taxis incorpora el uso de dispensadores de tickets numerados, de modo que los pasajeros puedan esperar su turno guarecidos puertas adentro y no sufriendo el frío polar a la intemperie. En las escuelas, los profesores exigen de sus pupilos que formen filas para recibir lecciones personales o para el almuerzo e insisten en que observen un comportamiento ordenado. En las duras penitenciarias norteamericanas de las películas de ficción y, sin duda, en la triste realidad de los presos pe-

ligeros, se observan ordenadas filas para la comida bajo la mirada hostil de gendarmes armados.

Estas instancias cotidianas nos recuerdan que existen muchos contextos en los que la práctica de hacer colas se realiza bajo la autoridad de algún tipo de administrador o director, de alguna persona con autoridad. Para recibir un servicio ofrecido, uno debe seguir ciertas normas establecidas por el proveedor del servicio, y el proveedor del servicio inmediato usualmente detenta una autoridad superior dentro de la organización relevante. Las normas por las cuales deben guiarse las personas que forman la fila no son meramente convencionales o implícitas, ni descansan simplemente (o quizás no lo hacen del todo) en expectativas y creencias recíprocas. Son normas explícitamente establecidas por quienes están a cargo de la provisión del servicio que se ofrece.

2. MÁS ALLÁ DE LA INFORMALIDAD

Cuando hacer colas es una práctica normativa informal, puede ser relativamente incierto cuándo una fila se ha formado, quién está en ella, en qué orden exactamente, y bajo qué legitimidad alguien puede guardarle un puesto a otra persona que está ausente porque, por ejemplo, ha ido al baño. Pero cuando una práctica está situada en un contexto oficial o comercial, alguien puede asumir la tarea de decidir tales cuestiones y un sistema, tal como el de los tickets numerados, puede volver determinado lo que en una situación informal es incierto. El funcionario o empleado a cargo usualmente tiene o asume la autoridad de resolver los problemas que surgen en el funcionamiento de estos arreglos en el día a día, cuando se presentan cuestiones que son poco claras, discutibles o que no han sido previstas. Esto es aún más natural en aquellas situaciones en las que existe una autoridad ya establecida o cuando una persona (o grupo) detenta poder sobre otros y este poder es usado para que el grupo sometido forme filas para las comidas, o para la distribución de trabajos, o lo que sea. Los profesores de escuelas y otros adultos en relación con los alumnos, o los gendarmes de prisiones en relación con los presos, los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas en relación con sus subordinados, o los gerentes en relación con otros miembros del equipo en lugares de trabajo, son todos casos obvios. Es importante advertir que tales situaciones existen y que muestran cómo las actitudes hacia las colas pueden alejarse mucho de las de mutua cooperación voluntaria, aunque quizás nunca pierdan todo rastro de ellas. Considerar tales casos de filas dirigidas es considerar la posibilidad de la transición desde una práctica puramente informal a una más formal o formalizada. Las dudas que surgen sobre el orden de prioridad en una fila ya no son objeto de negociación entre diversas interpretaciones

de una convención incierta, sino que son objeto de decisión. En el caso de las colas con tickets numerados, existe una dificultad obvia respecto de las personas que no están presentes o atentas cuando sus números son llamados o anunciados. Si se llama al número cincuenta y nadie responde después de una breve espera, se llama al cincuenta y uno y, luego, si nadie responde, al cincuenta y dos —y así, sucesivamente—. Pero ¿qué sucede si cuando se llama al cincuenta y cuatro, aparece el portador del ticket número cincuenta y reclama ser atendido? ¿Acaso quien atiende en el mesón debe aceptar que el número cincuenta es el número menor presente y servir a su portador antes de atender al número cincuenta y cinco o algún número posterior? ¿O la respuesta correcta es que el cincuenta es ahora un ticket cuya vigencia ha expirado y, por tanto, que el portador debe volver al final de la cola tomando el próximo ticket numerado disponible? En una situación como ésta, no resta sino tomar una decisión, y en una primera instancia es quien atiende en el mesón quien decide. Pero el problema puede volverse recurrente y la inconsistencia entre las distintas personas que atienden en tiempos diversos puede perjudicar las relaciones con los consumidores. De este modo es muy probable que el dueño de la tienda o su administrador establezca una regla general y la comunique oralmente o por escrito al personal que atiende. Incluso puede ser recomendable que se ponga un anuncio junto al dispensador de tickets señalando cuál es la regla, para así evitar que los consumidores se confundan o se sientan tratados injustamente.

Cada vez que existe una autoridad con capacidad de tomar decisiones, existe en principio la posibilidad de tomar decisiones explícitas en casos dados sobre problemas de prioridad. Cuando tales problemas son recurrentes y por alguna razón es importante que el tratamiento sea consistente, se pueden tomar explícita o implícitamente decisiones de tal modo que se establezcan reglas generales destinadas a lidiar con estos problemas. A diferencia de las normas informales y las convenciones, las reglas creadas explícitamente tienen un texto expresamente promulgado. La interpretación de normas que tienen la forma de reglas explícitas envuelve necesariamente prestar atención a las palabras mismas que usó el creador de la regla, y reflexionar sobre el sentido que subyace a las palabras sólo cuando éstas parecen ser oscuras o cuando su significado evidente conduce en la práctica a extraños resultados. En contraste, las normas informales emergen de prácticas basadas en expectativas y creencias recíprocas, y cualquier intento de formular en términos explícitos la norma implícita descansa en la interpretación de la práctica y de su sentido. Aquí, la interpretación precede a la formulación. En el caso de las reglas explícitamente comunicadas, la interpretación sucede a la formulación.

Conforme a un uso común y comprensible se aplica la expresión «regla» particularmente al caso de una norma formalmente enunciada que ha sido

dada por alguien que está en una posición de autoridad para decidir. Decir «hay una regla sobre eso» en un contexto práctico de potencial disputa o conflicto interpersonal, es invitar a que nos desafíen a reproducir el texto de la regla y a mostrar quién la formuló y con qué autoridad. Cuando existe una regla en este sentido de la expresión, existe un texto fijo, el que fue emitido por una persona dotada de autoridad para hacerlo. Esto implica la existencia de una práctica de dos (o más) niveles. En los términos de nuestro ejemplo en uso, las colas, existe tanto una práctica de hacer colas como la práctica de autorizar a algunos individuos para dirigir filas de personas esperando por cualquier servicio u oportunidad de que se trate. Las colas siguen siendo una práctica normativa, que puede ser descrita en términos de normas sobre lo que debe hacerse, qué es lo correcto hacer, quién tiene derecho a ser atendido a continuación, y así en adelante. Adicionalmente, sin embargo, existe la práctica normativa de autorizar un supervisor que vigila la fila, para que asegure que cada persona que se une a la fila de un modo apropiado sea atendida en el orden correspondiente, y que nadie rompa el orden saltándose turnos o sufra la pérdida del turno que le pertenece por ser saltado. Igualmente normativo será el proceso de decisión sobre la pérdida de turnos por quienes no se presenten cuando son apropiadamente llamados, etc. Ahora, podríamos decir, existen normas sobre decisiones-sobre-colas, junto a las normas sobre las colas en sí mismas.

En este contexto estructurado y compuesto por más de un nivel, existe autoridad para emitir enunciados de normas de primer nivel sobre las colas. Lo que diga el supervisor determina cuál es la regla de prioridad operativa cuando se presenta un problema sobre quién se considera, propiamente, al frente de la fila ahora, etc. El administrador puede, en un grado considerable, clarificar cuestiones dando provisiones cada vez más detalladas acerca de cómo el arreglo ha de funcionar, si resulta que existen dificultades interpretativas que están (por ejemplo) causando molestia entre los consumidores, quienes, de lo contrario, podrían decidir buscar otros lugares alternativos.

La característica definitoria de este tipo de orden normativo es que hace posible no descansar exclusivamente en normas implícitas en alguna medida vagas. Problemas aparentemente endémicos en órdenes informales pueden ser sorteados recurriendo a la emisión de normas expresamente articuladas, que hagan explícito qué es lo que se debe hacer o decidir en circunstancias expresamente previstas. El efecto propio de que las normas sean explícitas es la reducción de la vaguedad. Considérese el siguiente ejemplo:

Si el número de una persona es llamado y el portador del ticket con ese número no se presenta, el supervisor deberá repetir por dos veces la llamada en voz alta y clara, y deberá verificar si en el área de espera no hay personas que parezcan tener alguna discapacidad auditiva o algún impedimento físico

que no les haya permitido presentarse; si nadie se presenta entonces, debe llamarse al siguiente número de la serie y así sucesivamente.

Si las cosas han llegado a este punto de claridad, parece fácil entender la necesidad de que se establezca una nueva regla por alguien, preferiblemente el supervisor, sobre cómo tratar el caso en que el portador aparezca después de la llamada. ¿Debe considerársele reintegrado a la fila, ahora al frente de ella porque tiene el número menor, o su posición previa debe considerarse cancelada, debiendo abandonar el intento o tomar un nuevo ticket numerado del dispensador y empezar de nuevo poniéndose el último de la fila? ¿Tiene el supervisor, en el último caso, alguna discreción para suspender la aplicación de la regla en casos particularmente afflictivos?

Necesariamente emergerá un problema de este tipo una vez que haya una provisión clara sobre lo que cuenta como no presentarse (perdiendo tres llamadas), pues ahora se presenta el dilema sobre cómo tratar la «no presentación» de quien eventualmente aparece de vuelta del baño, o de la cafetería, o que estaba absorto en sus pensamientos, etc. Sólo puede haber: o bien discreción pura por parte del supervisor, sin que se fije ninguna regla, o bien una regla «nuevo primero de la fila» o una regla «vuelta al final de la fila», con o sin discreción por parte del supervisor en casos especialmente afflictivos. (Niklas LUHMANN ha observado que todo intento de reducir complejidad a través de una provisión explícita de este tipo es apto para generar nueva complejidad por dilemas que aparecen en relación con la nueva provisión, y así sucesivamente)¹.

3. NORMAS EXPRESAMENTE ARTICULADAS. «REGLAS»

Hemos llegado a la idea de regla, esto es, una norma explícitamente articulada (no más una puramente implícita). En el caso, la articulación explícita de la norma es realizada por una persona que detenta una posición de autoridad. Ésta puede consistir o bien en la autoridad para decidir cómo aplicar normas de primer nivel, tanto implícitas como explícitas, o bien en la autoridad para establecer normas explícitas que clarifiquen o modifiquen lo que antes era implícito y, por tanto, vago. Para una determinada esfera de actividad, se atribuye una autoridad especial a una determinada articulación de una norma, o a una parte de ésta. La articulación en cuestión tiene dos elementos esenciales: el primero especifica un tipo de situación que puede ocurrir, y el segundo establece qué ha de hacerse, o qué ha de ocurrir, o qué

¹ LUHMANN, 1985: 193-199.

ha de considerarse ser el caso, cuando esa situación se presente. En adelante se denominará «hechos operativos» o «HO» a la situación especificada, y «consecuencia normativa» o «CN» a lo que en tal situación ha de hacerse, ha de ocurrir, o a lo que ha de considerarse ser el caso. El tipo de norma explícitamente articulada que estamos considerando, por tanto, tiene la siguiente forma general:

Si HO, entonces NC.

El término «regla» es usado comúnmente para referirse a normas explícitamente articuladas que exhiben o pueden ser reconstruidas en esta forma. Una característica esencial adicional es que se atribuya cierto tipo de autoridad al procedimiento por el cual y/o a la agencia por la cual se hizo la articulación explícita. La palabra «regla» tiene muchos usos que tienen muchos matices, pero creo que es usada típicamente para denotar una norma con estas características estructurales y de origen. Como estipulación, para los fines de la teoría institucional del derecho que estoy desarrollando aquí, restrinjo a tales normas el uso del término «regla» sin mayores calificaciones.

Dado que las colas son nuestro ejemplo en uso, podemos considerar algunas de las reglas imaginables para filas formalmente administradas. Las siguientes serían ejemplos de normas válidas si fueran establecidas por una autoridad apropiada:

- Si una transacción es concluida, el personal que atiende debe verificar qué número es el siguiente en la serie que espera a ser llamado y llamar al portador de ese número.
- Si el portador de un ticket no se presenta después de tres llamadas, y luego de que se haya realizado la verificación correspondiente de que no esté presente una persona sorda o físicamente discapacitada, el ticket será [considerado] cancelado y se llamará al número siguiente.
- Si un ticket ha sido cancelado, su portador deberá tomar un nuevo ticket del dispensador y sólo será atendido cuando el número del nuevo ticket sea llamado en el orden debido.

¿Es la idea de una «regla implícita» de algún valor aquí, o debe restringirse el término regla sólo a tales formulaciones explícitas? Parece importante reconocer una categoría de «reglas implícitas». Un aspecto de la autoridad en la situación que estamos considerando consiste simplemente en la autoridad para dirigir y regular la cola, guiada por las reglas relevantes, como alguien que las interpreta y aplica. Usualmente será ejercida a través de simples decisiones, tales como: «No es su turno, tendrá que esperar». Pero cuando tal decisión viene acompañada por una explicación, esto puede significar una decisión parcialmente explícita sobre un aspecto dudoso en la interpretación de

las reglas. Por ejemplo: «Lo siento, pero dado que usted no estaba presente cuando su número fue llamado, deberá tomar un nuevo número e irse al final de la fila, por favor». Aquí, incluso cuando una regla tal no ha sido articulada hasta ahora, el que se hayan dado razones implica tomar la decisión implícita de que si el número de una persona ha sido llamado infructuosamente, el ticket queda cancelado. Se usará el término «regla implícita» para referir a la norma que puede derivarse de una decisión de este tipo. (La regla implícita es derivable de este modo, como se verá, en la medida en que se sostenga que tales decisiones son universalizables. Un ejemplo clásico de reglas implícitas de este tipo se encuentra en la doctrina del precedente, donde la elusiva *ratio decidendi* es la regla implícita establecida por el tribunal cuya decisión en un caso particular constituye un precedente aplicable de modo general². Esto depende de las relaciones institucionales entre jueces y tribunales, y tanto de la estabilidad de las decisiones a través de las diferentes ocasiones en el tiempo como de la pura idea de universalidad).

4. LA FUERZA PRÁCTICA DE LAS REGLAS: ¿«EXCLUSIÓN» O «REFORZAMIENTO»?

Todo esto puede parecer bastante claro, pero todavía queda un problema sobre las reglas que debe enfrentarse. ¿Cuál es su fuerza práctica? Algunas personas tienen la noción de que si se tiene una regla articulada en la forma «si HO, entonces CN», uno debe o bien darle una aplicación absoluta e invariable, o bien uno cae en el mero fingimiento o en la hipocresía. Algunas personas piensan que se puede tener una aproximación mucho más flexible sin dejar de tener una regla genuina. El vínculo que existe entre los hechos operativos y la consecuencia normativa es ciertamente, desde todo punto de vista, uno normativo, que guía el juicio y la acción del modo que se ha mostrado. Pero al parecer, puede existir desacuerdo sobre la fuerza práctica que se atribuye a este nexo normativo. Esto no debe ser interpretado como un desacuerdo conceptual en el cual alguien está en lo correcto y otro equivocado. La verdad es que esto es en sí mismo una pregunta práctica: ¿qué fuerza práctica se debe atribuir a las reglas? Permítanme sugerir un esquema para apreciar esto, distinguiendo tres posibilidades.

Las reglas pueden tener una fuerza práctica variable, pues pueden ser tratadas como reglas de aplicación absoluta, como reglas de aplicación estricta, o reglas de aplicación discrecional.

² Para una discusión en extenso de estos aspectos en el marco de la presente teoría institucional, véase MacCORMICK, 2005a: caps. 5 y 8.

—Una regla es de *aplicación absoluta* si ha de ser entendida y aplicada sobre la base de que siempre y en cada ocasión en que se presente HO debe ser seguida infaltablemente por CN, y CN no puede ser realizada excepto cuando HO ocurre o cuando se verifica la presencia de los hechos operativos de otra regla que al ser satisfecha provee CN de manera independiente. Ejemplos típicos de reglas de aplicación absoluta son aquellas reglas esencialmente matemáticas y de juegos cerrados como el ajedrez³.

—Una regla es de *aplicación estricta* si ha de ser entendida y aplicada sobre la base de que pueden darse ocasionalmente circunstancias relacionadas con los valores que ella protege de una manera tal que esos valores se verían considerablemente afectados si se invocara CN sólo por la presencia de HO. La regla según su espíritu no debiera ser aplicada, pero según su letra debería ser aplicada. A la persona encargada de aplicar la regla y de administrar la actividad en la cual la regla es aplicable, se le atribuye cierto grado de discreción guiada para hacer excepciones, o para preterir la regla en casos especiales o muy especiales.

—Una regla es de *aplicación discrecional* si se espera de quien decide que considere cada caso a la luz de todos los factores que parezcan pertinentes, dados los valores y fines de la actividad o empresa relevante, y que decida de acuerdo al claro balance de los factores, pero que cuando todas las cosas son iguales, o cuando el balance de los factores sea demasiado fino y difícil de juzgar, se espera que quien decide recurra a la regla como una guía más segura para decidir.

Se verá que las reglas de aplicación absoluta están en el extremo de un espectro en cuyo extremo opuesto se encuentran las reglas de aplicación discrecional. Entremedio, las reglas de aplicación estricta representan una cantidad variable en la medida en que pueden ser estrictas en diferentes grados⁴.

¿Qué determina a qué clase, o dónde en el espectro, una determinada regla o conjunto de reglas pertenece? Dado que por estipulación las reglas explícitamente formuladas tienen todas la misma forma canónica, la diferencia que se busca no puede encontrarse en el contenido de las reglas mismas. ¿Dónde entonces? La respuesta es obvia: no depende del contenido de las reglas de primer nivel sobre una práctica, sino de las normas de segundo nivel estableciendo los términos de la autoridad o del poder de quien decide.

³ Cfr. ATRIA, 2002: 15, 25-26, 45-47, que sostiene un argumento similar con diferente terminología; en su versión anterior como tesis doctoral, este trabajo tuvo una influencia decisiva en el presente texto.

⁴ F. SCHAUER sigue una argumentación similar en SCHAUER, 1991, en su capítulo 6 sobre «la fuerza de las reglas», pero la presente explicación, si bien aprovecha su propuesta, difiere bastante de ella.

«Aquí están las reglas que tienes que aplicar; las debes tratar como reglas de aplicación absoluta/estricta/discrecional».

Cuando las reglas son de aplicación estricta, que dejan a quien decide una discreción limitada a casos especiales, debe haber, como sucede con mayor razón en el caso de reglas que son de aplicación discrecional, un esfuerzo para asegurar que quien debe decidir tenga una adecuada comprensión de los factores o de los tipos de consideraciones que son apropiados para guiar el ejercicio de la discreción.

Cuando las reglas son aplicación absoluta o estricta, ellas pertenecen a la categoría que Joseph RAZ llama «razones excluyentes» o (en un trabajo más reciente) «razones protegidas»⁵. Frederick SCHAUER ha usado el concepto, muy semejante aunque más apto, de «generalizaciones reforzadas [*entrenched*]»⁶. Lo que «refuerza» una regla en el sentido relevante, de acuerdo con la presente tesis, son los términos en que se le ha conferido autoridad a quien decide. Lo que determina su carácter excluyente es el carácter absoluto o estricto de su aplicación, que viene exigido por los términos de la autoridad conferida. Si una regla es de aplicación absoluta, la única cuestión que se le plantea a quien debe aplicar la regla es si HO ha ocurrido o no. Los demás factores que normalmente tienen que tenerse en cuenta para determinar si, todas las cosas consideradas, CN es apropiada para el presente caso, no deben ser considerados por quien decide en el momento de tomar la decisión. Pues no deben ser tomadas en cuenta todas las cosas, no al menos por quien debe decidir, o no en el momento de cumplir la tarea de decidir que se le ha confiado. Si una regla es de aplicación estricta sigue siendo extremadamente importante si HO ocurre o no. Todavía es el caso que no deben considerarse todas las cosas en una forma complementemente abierta. Pero hay ciertos factores que si están presentes deben ser considerados y tienen que ser evaluados con detención para determinar si se está frente a un caso especial o muy especial, que justifique la implementación de CN a pesar de que HO no ha sido completamente satisfecho, o la no implementación, o la implementación incompleta o cualificada, de CN a pesar de que HO es completamente satisfecho. Una regla de aplicación discrecional no es en sí excluyente, ni está reforzada, sino que es una forma de desempate cuando los demás factores relevantes no proveen de una guía clara o conclusiva. Así no es correcto de ninguna manera decir que las reglas de fuerza discrecional no sirven de nada o que son una mera fachada o fingimiento⁷.

⁵ Véase RAZ, 1990: 193-199.

⁶ SCHAUER, 1991: 38-52.

⁷ En Inglaterra, si bien existen muchos precedentes que rigen la concesión de *equitable remedies*, los medios de protección en sí son discrecionales. Éste es un caso relevante.

5. DISCRECIÓN: VALORES Y PRINCIPIOS

Sería bueno, de todos modos, decir algo acerca de la discreción, y de la idea de que puede haber una discreción «guiada». La discreción supone apelar al juicio de una persona de un modo que no lo hace la mera aplicación de una regla dado el acaecimiento de sus hechos operativos⁸. Si en una situación en que estoy decidiendo algo me pregunto cuál es la forma de actuar más sabia, más equitativa o más razonable, puede haber muchos aspectos de la situación que deben tomarse en cuenta. Si yo estoy a cargo de la organización y de la vigilancia de las filas de taxis, y veo mi trabajo como si debiera asegurar, o mis instrucciones son que asegure, que la fila de taxis avance lo más eficientemente posible, me concentraré en todo aquello que permita maximizar la rapidez con la que los taxis identifican los pasajeros, con la que éstos se suben a ellos, con la que los taxis logran salir dejando el sitio disponible para el siguiente. Esto me llevaría a pensar que no debiera quedarme esperando mucho a que el portador del ticket aparezca después de que llamo su número. Más aún, para evitar confusiones e incentivar que las personas que estén esperando un taxi estén atentas, parecería mejor desde este punto de vista tratar un número como cancelado con una no presentación después de que ha sido llamado. Esto puede parecer más justo con quienes aguardan atentos, que si permito a alguien aparecer después de la llamada de su número, cuando estoy ya diez o veinte números más adelante en la serie. Más aún, las circunstancias militan en contra de que entre en elaboradas discusiones con las personas que se sientan agraviadas por mis decisiones. De este modo, las consideraciones de equidad quedan en un segundo plano respecto de las consideraciones de eficiencia en este caso.

Si quien decide que debe atender primero a consideraciones de equidad más que a las de eficiencia, en el momento de sopesar qué hacer predominarán factores diferentes. En este caso se deben ponderar los intereses y expectativas de todos los afectados, y considerar el impacto que tendrá a lo largo del tiempo una u otra forma de hacerse cargo del problema. Si el encargo consiste en decidir «razonablemente», la tarea de ponderar que se deberá enfrentar se volverá aún más complicada, pues se tendrán que considerar las exigencias relativas de eficiencia y equidad, y tal vez de otros valores importantes, y aplicar el sentido común en el momento de elegir un curso de acción satisfactorio.

Como es bueno ser equitativo, sabio, eficiente y es bueno ser razonable, podemos reconocer estos conceptos como referidos a «valores». Se trata

⁸ Cfr. DWORKIN, 1977: 31-32, 68-71.

de valores diferentes y, por tanto, un juicio fundado primariamente en uno diferirá de un juicio basado primariamente en otro. Dado que son valores, admiten ser satisfechos en mayor o menor grado y, en consecuencia, las situaciones pueden ser mejores o peores, no simplemente buenas o malas, al ser juzgadas según los términos de un valor determinado. Este aspecto de tales conceptos es expresado en ocasiones diciendo que son «estándares», porque se espera de quien tiene que decidir aplicando cualquiera de ellos que se asegure de que sean satisfechos al menos hasta cierto punto o hasta cumplir un estándar adecuado.

A diferencia de las reglas, cuyos hechos operativos identifican circunstancias de aplicación específicas, los valores son de relevancia ubicua. No sólo es bueno ser equitativo al administrar una cola, es bueno ser equitativo en casi todas las circunstancias de la vida, como sucede también con la eficiencia, la sabiduría («prudencia»), la razonabilidad y racionalidad, amabilidad y humanidad, y así. La lista de estos valores ubicuos es bastante larga, si bien hay quienes han creído que pueden ser agrupados bajo unas cuantas categorías generales⁹. En torno a cada uno pueden agruparse algunas generalizaciones normativas cuya observancia ayuda a asegurar el valor en cuestión. Ejemplos relevantes para la equidad son «en toda disputa deben oírse las dos partes de la historia», «no deben frustrarse las expectativas razonables de otro», «debe considerarse el impacto que la decisión tiene en el bienestar de todos quienes tengan un interés legítimo en el asunto». Dado que éstos son, como los valores en cuestión, de relevancia ubicua, normalmente no nos resulta útil estructurarlos de acuerdo a la fórmula «*si HO, entonces CN*». Son normas que resultan relevantes para decidir en casi cualquier circunstancia, por lo que no tiene sentido tratar de singularizar circunstancias particulares de aplicación. Son lo que normalmente llamamos «principios» o, por cierto, «principios generales». Los principios pueden ser excluidos de toda consideración por quien tiene que decidir aplicando reglas de aplicación absoluta, o pueden restringirse sus efectos en el caso de las reglas de aplicación estricta, pero no por ello nos detenemos a agregar calificaciones a los principios con fórmulas tales como «*se debè..., excepto cuando este principio es excluido*». Esto se subentiende sin necesidad de que se diga. Cuando, de modo cauto, se dice «*en principio, lo que se debe hacer, probablemente, es esto...*», llamamos la atención sobre la

⁹ Véase BENTHAM, 1970a: cap. 1, para una discusión de la «felicidad» como el valor básico único de la experiencia humana, entendida en términos del excedente de placer sobre el dolor. FINNIS, 1980 sugiere que hay siete bienes básicos, a saber, la vida, el conocimiento, la experiencia estética, la amistad, el juego, la religión, y la razonabilidad práctica, que no pueden ser reducidos unos a otros; ni pueden ser sustituidos, ni son meras instancias de un único *summum bonum*.

posibilidad de que puede existir una regla que excluya la respuesta que se deriva sólo de principios generales.

6. ESTÁNDARES EN LAS REGLAS

Es posible que las reglas explícitamente formuladas incorporen en sí mismas estándares en sus hechos operativos o en sus consecuencias normativas. Esto es, de hecho, muy común en muchas áreas del derecho, especialmente en el derecho privado y comercial, y en las ramas del derecho público distintas a la penal. El *Uniform Commercial Code* en los Estados Unidos (como el *Sale and Supply of Goods Act 1994* en el Reino Unido) está repleto de ilustraciones de esto; aquí va un ejemplo:

1. Cuando una oferta o entrega del vendedor sea rechazada por falta de conformidad y mientras no haya expirado el plazo para cumplir, el vendedor podrá, dentro del plazo estipulado en el contrato, realizar una entrega conforme, siempre que haya notificado *oportunamente* al comprador de su intención de cumplir.

2. Cuando el comprador rechace por falta de conformidad una oferta que el vendedor tenga motivos *razonables* para considerar *aceptable*, con o sin compensaciones en dinero, el vendedor tendrá un plazo adicional *razonable* para sustituirla por una oferta conforme, siempre que notifique *oportunamente* al comprador (cursivas añadidas).

Aquí quien tenga que tomar una decisión, incluyendo al ejecutivo de negocios que tiene que decidir qué hacer, al abogado que tiene que dar un consejo, o al tribunal que tiene que decidir un litigio sobre una venta en relación con la cual los demás hechos operativos parecen satisfechos, tiene que evaluar la situación —¿oportuno o no? ¿razonable o no?—. Esto implica un enjuiciamiento de tipo restringido, porque sólo está en cuestión la oportunidad o razonabilidad en el contexto bastante específico de la compraventa de cosas determinadas por su género o sobre muestras, en el que existen probablemente conocidos usos del tráfico en el mercado respectivo.

La ventaja de articular reglas incorporando tales estándares consiste en que la regla en cuestión puede recibir una aplicación estricta, y aun una aplicación absoluta, sin caer en el riesgo de que se tomen decisiones que se aparten demasiado de las que tomaría una persona con un sentido común informado. Esto requiere, por cierto, que quienes ejercen discreción sean ellas mismas personas de buen juicio y discreción. En la medida en que lo sean, se obtiene un compromiso entre los méritos de claridad y previsibilidad que deriva de un uso estricto o absoluto de reglas para regular una situación, y los méritos de flexibilidad y sentido común que emergen cuando se puede

juzgar libremente en términos de los principios relevantes sin el constreñimiento impuesto por el efecto excluyente de tales reglas.

Desde el punto de vista del presente intento de proveer un marco analítico para la discusión que viene, no es necesario entrar con más detalle en la cuestión de las ventajas y desventajas de las diferentes aproximaciones a la formulación de las reglas y el uso de estándares, y respecto del grado de discreción que puede ser sabio que tenga quien decide en uno u otro contexto. Basta con apuntar que cuando las reglas son articuladas de modo que incorporen estándares, sus hechos operativos incluyen «valores operativos» como bien pueden llamarse¹⁰.

7. INSTITUCIÓN Y ORDEN

De cualquier manera, es de la mayor importancia considerar la diferencia que existe entre, por un lado, las normas informales o convencionales y, por otro, las reglas explícitas e implícitas que pueden ser introducidas o establecidas, o desarrolladas o reconocidas, por personas que gozan de alguna posición de autoridad. A este respecto, evitar un regreso al infinito exige, en último término, que se suponga que algunas normas que confieren autoridad deban ser convencionales más que institucionales. Hasta dónde puede mantenerse un tipo de cuasiconvención, aun temporalmente, a través de la fuerza y el temor, o incluso a través del terror, es una cuestión abierta. En el caso de las colas, se puede recordar que en muchos casos la formación de filas y el tomar turnos surgen en contextos bastante informales, sin que nadie las dirija o administre según los términos de un sistema establecido, del que proviene la autoridad que detenta el director o administrador para decidir. Las colas se forman frecuentemente como objeto de un orden normativo informal. Esto tiene un interesante impacto en el tipo de información que puede obtenerse a través de la observación. Yo no veo solamente una docena de personas paradas en una determinada relación espacial, por decir, en el borde de un pequeño lago, aunque de hecho eso veo. Veo lo que deduzco es una cola de personas esperando por un bote para que los lleve a la otra orilla. La información fáctica que tengo es infundida en una comprensión normativa. Asumo que ellos están haciendo algo que cada uno de ellos entiende gobernado por normas de un modo recíproco, aunque se trate de una norma cuya existencia se dé por descontada y sea del todo implícita. Sea cual sea el grado de presencia de algún tipo de fuerza o coerción, nuestra comprensión puede centrarse más

¹⁰ Véase también MACCORMICK, 2005a: 73-75, y cap. 9 *passim*.

en interpretar la propia interpretación que los participantes tienen respecto de las amenazas y del comportamiento necesario para evitarlas, entre quienes ejercen la fuerza y quienes la experimentan.

De acuerdo con el uso institucionalista (al menos el que aquí se propone), se puede decir que la existencia de una cola es una cuestión de «hecho institucional», no simplemente una de «hecho bruto». El juicio sobre el estado del mundo no aparece simplemente en términos de hechos físicos puros y sus relaciones, sino en términos de una comprensión de tales hechos y relaciones como significativa para el hombre porque son atribuibles a normas humanas de conducta compartidas. Esto depende, por cierto, de las creencias que el observador tenga acerca de la interpretación que las personas tengan de la situación a la luz de lo que ellas entienden es una norma social común, a pesar de que sus concepciones e interpretaciones sean más bien superpuestas e inexactas que compartidas en los términos comunes explícitos, tales como los que la institucionalización hace posible. Sabemos por qué esto es así. Los seres humanos somos usuarios de normas. El respeto por las normas lleva a las personas a patrones de comportamiento. Nuestros propios intereses como seres humanos nos llevan a buscar un tipo de patrones de comportamiento que conecte con las expectativas y juicios de nuestros congéneres y no otros tipos, cuando nos involucramos en la vida práctica cotidiana más que en abstractas investigaciones científicas sobre ella. Nosotros no sólo observamos, sino que participamos —por ejemplo, si nosotros mismos esperamos cruzar el lago—.

Casos recurrentes de prácticas ordenadas atribuibles a las mismas o a normas genéricamente similares traen nombres, tales como «pararse en fila», o «hacer cola», o «dirigir una oración», o «correr una carrera» (como distinto de, simplemente, «correr»), o «baile de salón», o «dar una conferencia», o... la lista es interminable. De acuerdo a un uso común, que será adoptado aquí, todas éstas pueden ser consideradas «instituciones», tal como los juicios sobre un caso de ellas son juicios de hechos institucionales. Por supuesto, de hecho estas instituciones pueden ser muy informales, del mismo modo que las prácticas normativas pueden ser del todo informales y dependientes de convenciones más que de alguna regla articulada.

El orden, sin embargo, puede formalizarse. Puede decirse incluso que puede ser institucionalizado. Ya se ha visto cómo puede suceder esto, como cuando hay un funcionario que organiza y dirige las filas de taxis, o cuando hay un administrador que en las oficinas postales administra los arreglos sobre las colas. La existencia de un segundo nivel conduce a, o viene acompañado por, una progresiva articulación explícita del primer nivel de la práctica. Hay reglas explícitas, no meras convenciones. La posición que ostenta el funcionario o administrador constituye, casi con toda seguridad, un trabajo

expresamente creado, tal vez con una descripción formal del oficio configurado dentro de una organización dotada de una estructura de roles y oficios bastante elaborada, con funcionarios o empleados designados para llevarlos a cabo. En un contexto como éste, existe claramente lo que podríamos llamar un «orden normativo institucional», no solamente un «orden normativo informal» con instituciones informales.

Hay una característica de las instituciones formalizadas que por sus consecuencias vale la pena mencionar. En los casos en los que la formación de una fila o de una cola no es simplemente una respuesta de personas particulares en su mayor parte espontánea a un problema de coordinación, sino que es organizada en el contexto de los taxis de aeropuerto o de la oficina postal o en las taquillas donde se expenden pasajes de tren o en las cajas de supermercado, se vuelve mucho más difícil, si no imposible, saltarse la cola. Pues quienes están a cargo del servicio probablemente se negarán a prestar el servicio a quien no ha esperado su turno de acuerdo a las reglas establecidas. Imaginemos el caso de una persona que concibe que su estatus (a pesar de no ser esto reconocido por el proveedor del servicio) es tan elevado que la gente ordinaria debiera dejarlo pasar. Incluso ella, que se niega a reconocer la legitimidad o la justicia o incluso la existencia de la regla en relación con ella misma, debe enfrentarse con un hecho desagradable. Ella no obtendrá el servicio que busca si no actúa de acuerdo a esa regla. Esto es, no podrá hacerlo a menos que esté dispuesta a tomar un curso de acción violento que llegue al extremo de romper la paz, o aun robar o asaltar o, en el extremo, asesinar. Muchos de los que sin escrúpulos se saltan colas fijan el límite antes de llegar a estos ilícitos relativamente graves, por lo que se ven constreñidos por reglas que de otro modo despreciarían. Los hechos institucionales se vuelven, por esta vía, realidades duras, hechos que nos constriñen, no solamente normas que guían nuestro juicio autónomo.

8. INSTITUCIONES DE DERECHO POSITIVO: OBSERVACIONES PRELIMINARES

El carácter constrictor de las colas, en tanto instituciones sociales organizadas, se ve replicado, de modo aún más claro, en el caso más formalizado de las instituciones que se insertan en la estructura del derecho positivo nacional, el derecho estatal. En el caso de los mesones para la venta de pasajes de tren, la cola administrada por quien está a cargo del local es, por supuesto, una cola para pasajes de tren. Detrás de esto subyace el derecho de un determinado Estado. Comprar un pasaje de tren implica celebrar un contrato de transporte, gobernado no sólo por el derecho general de contratos sino que por un considerable volumen de detalladas regulaciones especiales

sobre el transporte de personas por tren. Lo mismo puede decirse con respecto al transporte aéreo o marítimo, y asimismo sobre el seguro de viajes contratado por una persona prudente antes de embarcarse en un viaje en el que están presentes riesgos mayores o diferentes a los que afectan a la vida cotidiana del día a día.

En tanto esto está bajo la normatividad del derecho estatal, todo cae dentro del reino del «deber ser». Se debe obtener un billete para adquirir el derecho a un asiento en el tren o el avión. Si se es el titular legítimo de un billete, la empresa de trenes o la aerolínea tiene el deber de transportarlo cumpliendo todas las condiciones de transporte que se han acordado en virtud del contrato celebrado al comprar el pasaje. La empresa debe, además, de acuerdo con el derecho estatal, cumplir con todas las obligaciones regulatorias que son aplicables al modo de transporte de que se trate. Si se prueba la infracción a tales regulaciones pueden imponerse sanciones.

Por otra parte, resulta del todo imposible cualquier intento o propósito de entrar en un servicio regular de vuelo de una aerolínea comercial a menos que se tenga un pasaje, se haya facturado, y se haya cumplido con todo ese ritual tan familiar al viajero contemporáneo. La diferencia con los viajes en tren es sólo una cuestión de grado. De hecho, los viajes en tren son ahora controlados, en muchas líneas de trenes y en muchos países, a través de torniquetes que permiten el paso sólo si se inserta un billete válido. Es físicamente imposible (o al menos difícil) obtener acceso al servicio sin cumplir con las reglas de la institución. Las formas normativas resultan ser constreñimientos prácticos impenetrables, excepto para el violento pirata o para el astuto y desesperado polizón.

Asimismo, la propiedad depende profundamente de normas. Es más, se trata de reglas formalmente articuladas de modo muy detallado y que tienen una complejidad, en apariencia, laberíntica. Tener un derecho de propiedad sobre algún objeto físico, o sobre alguna (normativamente delimitada) porción de tierra, implica estar protegido por reglas que exigen a los demás no turbar la posesión ni el uso de la cosa o terreno (discutido en detalle más abajo en el capítulo VIII). Presupone que se ha adquirido el derecho en modos normativamente regulados: por donación, compra, ocupación o prescripción. Todo esto generalmente queda oculto tras el hecho social patente del control físico sobre, y del acceso a, la cosa o terreno, por el estado psicológico de seguridad y de cómoda familiaridad, por la irreflexiva aceptación de los demás, y porque de cualquier manera los otros también tienen cosas que pueden llamar propias, que esto es suyo y que es él quien decide qué sucede aquí, de qué manera y por quién se usará este auto o ese ordenador.

Percibimos el espacio que nos rodea como parcelado en terrenos con casas o tiendas o industrias o campos y montes de pastoreo, entre los que hay

interpuestos parques públicos, carreteras públicas y así sucesivamente. En la tierra hay cosas que pertenecen a las personas. Las personas acomodadas son propietarias de acciones y bonos y de otros valores intangibles, que presuponen por cierto todo un tejido normativo de leyes que regulan las deudas del Estado y una estructura de, y reglas sobre, acciones de participación en el capital de sociedades privadas. Normalmente, sin embargo, estas entidades abstractas (representadas generalmente a través de papeles impresos especiales) son vistas simplemente como otras más de entre las «cosas» que pueden ser objeto de propiedad. La cosecha de avena del próximo año, todavía sin sembrar, puede «cambiar de manos» del mismo modo que un saco de harina de avena del año pasado que ya ha sido cosechada. Los derechos sobre cosas futuras en tanto «cosas institucionales», son tan reales como lo son los sacos de avena en tanto cosas físicas —los derechos de propiedad sobre los sacos de harina no son en términos jurídicos más tangibles ni menos institucionales que los derechos sobre frutos futuros, o sobre opciones de compra de acciones, o cualquiera de las otras extrañas entidades imaginarias como éstas que hacen ganar o perder fortunas—. La fortuna que se gana o se pierde está constituida por dinero. Y el dinero es un medio de cambio que existe sólo gracias a la fe que los seres humanos tienen en las normas, que por lo demás son en su mayor parte reglas jurídicas explícitas de derecho estatal, que regulan los procesos de intercambio y el carácter de medio legal de pago, así como el derecho para acuñar monedas o para imprimir y emitir papel moneda. Recientemente, con el surgimiento de la moneda de curso en toda Europa, el euro, puede verse un relevante sector del derecho que es de naturaleza supraestatal.

9. AGENCIAS INSTITUCIONALES

Se debe decir algo acerca de las agencias institucionales* y su rol en la institucionalización de un orden antes de concluir este capítulo. Se ha visto la posibilidad de que una práctica tenga dos o más niveles, por ejemplo, en relación con el caso de las colas. De una manera que no sorprende para nada a los abogados, se descubre que existen dos elementos distinguibles: el elemento de la formulación de las reglas y el elemento de la administración de las reglas. El primero es suficientemente obvio y claro. El segundo es a su vez divisible en dos o tres elementos más. Uno tiene relación con

* N. del T.: En el texto se distingue entre «*executive and administrative function*» y «*law-enforcement function*» que en español suelen englobarse conjuntamente bajo la noción de «poder ejecutivo» o «función ejecutiva» —a veces, también, «función de gobierno y administración»—. Aquí para mantener la distinción hecha en el texto, se traducirá la primera expresión como «función ejecutiva» y la segunda como «función de imposición del derecho».

la decisión de cómo aplicar las reglas y el otro con la existencia de los medios adecuados, tales como los torniquetes o los tickets numerados. Puede también incluir la preocupación por la imposición de las decisiones y, de modo más general, la actuación destinada a asegurar la conformidad con la práctica correcta. No hay ninguna razón, desde luego, para suponer que estas responsabilidades respecto de estos diversos elementos deben ser atribuidas o asumidas por personas diferentes. Es posible, no obstante, dividir las funciones entre diferentes personas o equipos de personas, de modo tal que haya creadores de normas, aplicadores de normas, administradores de medios y agencias de ejecución.

Bajo el derecho de los Estados constitucionales modernos, no hay prácticamente necesidad de decir que las funciones de legislación, adjudicación, ejecución y administración e imposición del derecho están parceladas y distribuidas entre agencias sustancialmente diferentes, si bien no siempre sin que haya una cierta superposición entre ellas. El principio de separación de poderes, que correctamente muchos consideran esencial para la subsistencia de una sociedad libre que no está sometida a un poder despótico, exige la evitación de superposiciones indebidas. Por cierto, debe añadirse que no todos los casos de órdenes normativos institucionales, de derecho, han respetado o siquiera reconocido el principio de separación de poderes. Los imperios y las ciudades Estado de la antigüedad, las monarquías feudales medievales y los despotismos ilustrados modernos, tanto como (más discutiblemente) los Estados socialistas y los regímenes de partido único, han tenido un derecho de tipo propio sin separación de poderes, al menos en las formas que ésta asume ahora en los Estados constitucionales contemporáneos.

El presente trabajo se centra en el derecho tal como se manifiesta en un *Rechtsstaat* o «Estado de derecho» al cual me he referido hasta ahora como el «Estado constitucional moderno»¹¹. El punto es tomar nota de que existen instituciones públicas distintas —que denominaremos «instituciones-agencias»— encargadas de las funciones de legislación, de adjudicación, de ejecución-administración y de imposición. Para la unidad y la coherencia del Estado al que estas instituciones pertenecen, es crucial que éstas en la realización de sus funciones, interactúen efectivamente de modo coordinado y equilibrado. Esta coordinación y equilibrio constituye una característica del orden institucional del Estado y el área del derecho en la que nos internamos al tratar de entender este elemento de nivel superior de los órdenes normativos institucionales es, evidentemente, la del derecho constitucional. Esto se considerará en el próximo capítulo.

¹¹ Véase sobre el concepto de Estado de derecho o Estado constitucional, MACCORMICK, 1999: cap. 2; la cuestión es discutida con más detalle en el capítulo III, *infra*.

Por ahora se debe destacar, simplemente, que en el discurso de los abogados las «instituciones» son notablemente diversas en cuanto a su clase. Los parlamentos, los tribunales, los ministerios y los departamentos de gobierno, las fuerzas policiales y otras agencias de imposición del derecho son un tipo de institución —las podemos llamar instituciones-agencias, porque su sentido y función es actuar de varias maneras características. Las sociedades, corporaciones y fundaciones que están dotadas de personalidad jurídica por haber sido constituidas cumpliendo las condiciones legales son también agencias institucionales. Los contratos, los *trusts*, la propiedad, el matrimonio y la familia y otras instituciones de este tipo, no son en sí agencias sino que son figuras que resultan de los actos de personas y/o agencias institucionales. Aquí, cuando haya algún riesgo de ambigüedad, se les denominará «figuras institucionales»¹². Además existen «cosas institucionales», en las variadas formas de «cosas incorporeales», esto es, los objetos invisibles e intangibles que existen en virtud de disposiciones legales, tales como las acciones en sociedades, los derechos de autor, las patentes y otros «derechos de propiedad intelectual», sobre los que se hablará más en capítulos posteriores.

Puede discernirse una estructura especial en las reglas que gobiernan estos tres tipos de instituciones, esto es, las agencias institucionales, las figuras institucionales y las cosas institucionales. El primer conjunto, que llamaremos aquí «reglas institutivas», determina la clase de actos y procedimientos por medio de los que puede establecerse una agencia (reglas para establecer un nuevo cuerpo legislativo o sobre la constitución de una sociedad, por ejemplo), o una figura (las reglas sobre formación de contratos, por ejemplo) o una cosa (las reglas para la obtención de una patente, por ejemplo). Un segundo conjunto determina las consecuencias normativas de su existencia —un parlamento puede aprobar leyes y realizar otras cosas jurídicamente significativas, un contrato regula lo que las partes deben hacer para cumplirlo, y una patente funda pretensiones de exclusividad respecto de los procesos que especifica—. El tercer conjunto tiene relación con la terminación o disolución de la agencia, figura o cosa. Esta presentación triádica de reglas «institutivas, consecuenciales y terminativas»¹³ corresponde a una estrategia expositiva usada comúnmente en las obras dogmáticas y que se refleja hasta cierto punto en el lenguaje de abogados y tribunales. En cada caso es necesario tener alguna noción del sentido de la institución en cuestión. Las legislaturas existen para la creación y reforma de las leyes. Los

¹² MACCORMICK, 1988a.

¹³ Esta manera de representar las instituciones fue expuesta por primera vez en mi conferencia inaugural («Law as Institutional Fact») presentada en la Universidad de Edimburgo en 1973, véase MACCORMICK, 1974; también MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: cap. 2.

contratos son un modo para hacer obligatorios los acuerdos entre personas. Los *trusts* son modos para dedicar propiedades a determinados usos o para el beneficio de determinada persona o bien público. Las patentes son una manera de asegurar derechos de exclusividad en la explotación de invenciones con la intención de promover la innovación y facilitar la cobertura de los costes de investigación y desarrollo, y así sucesivamente. Podría decirse que la explicación de cualquier institución requiere dar cuenta de las reglas relevantes a luz de su sentido. Esta idea de que las cosas tienen un sentido puede compararse con la idea aristotélica de que muchos tipos de entidades han de ser explicadas en términos de su «causa final»¹⁴. Que de una semilla se desarrolla una planta que, en su momento, produce más semillas si es fertilizada es importante para la comprensión de las semillas (vegetales). Esto es tanto más cierto en el caso de las instituciones, en la medida que sólo pueden ser explicadas cuando se sabe la finalidad para la que se supone que funcionan. Los contratos existen para obligarse, los clubes de fútbol para organizar equipos y partidos de fútbol y así. Esto no significa que no puedan ser usadas —en muchos casos de modo bastante legítimo— para toda la variedad de fines humanos para los que tales figuras puedan ser adaptadas. Pero en ese caso se trata de que una institución que funciona con una finalidad —su «causa final»— es adaptada para esos otros fines. Este punto es tratado con mayor detalle en el capítulo xvi de este libro. Basta con observar aquí que la distinción de John SEARLE entre reglas «constitutivas» y «regulativas» de las instituciones, incluso en la forma más elaborada que le ha dado Dick RUITER, me parece menos satisfactoria que la presentación triádica aquí propuesta, en la medida que sea complementada con la referencia a la causa final o sentido primario de la institución¹⁵.

¹⁴ Compárese con ARISTÓTELES, 1912: 1252b-1253a: «cada ser en su estado más perfecto, que ciertamente es la naturaleza de tal ser, sea un hombre, un caballo, o una casa: adicionalmente, lo que sea que produzca la causa final y el fin que nosotros deseamos, debe ser el mejor; pero un gobierno completo en sí es tal causa final y lo que es mejor».

¹⁵ El argumento completo tras esta concepción es desarrollado en MACCORMICK, 1988b: 36-44. SEARLE, 1969: 34-51 sostiene que existen «reglas constitutivas» que pueden ser reconstruidas con la forma «*x* cuenta como *y* en las circunstancias *c*». Esto parece que resulta ser demasiado amplio, pues casi cualquier cosa puede contar como cualquier otra en circunstancias apropiadas. Una botella puede contar como un arma en una riña dentro de un pub, sin que ninguno de estos conceptos pueda ser considerado como institución social, legal o cultural. Por otra parte, es cierto que una vasija de vidrio con cuello estrecho que se utiliza para contener líquidos cuenta como una botella. Esto puede muy bien decirnos algo acerca del sustantivo «botella» o aun sobre el concepto «botella» en el lenguaje español. Si algo de todo esto tiene que ver con algo que deba reconocerse como un elemento institucional, se relacionará con el sentido en que sustantivos o conceptos puedan caracterizarse como instituciones en el lenguaje; esto no nos da, sin embargo, ninguna pista útil sobre las instituciones en el sentido práctico de las que se ocupa la teoría institucional del derecho. Para una elaborada defensa de la concepción contraria véase RUITER, 2001: cap. 4.