

Reglas constitutivas, instituciones y los asuntos más importantes del Derecho

El fútbol no es una cuestión de vida o muerte: es mucho más importante que eso.

BILL SHANKLY

Este libro pretende ser una contribución a la literatura sobre la teoría del derecho y del razonamiento jurídico. En particular, busca examinar las relaciones existentes entre el derecho y una teoría del derecho y el razonamiento jurídico, y una teoría del razonamiento jurídico. A este respecto, dos características del derecho y el razonamiento jurídico serán de particular importancia: el derecho es *institucional* y el razonamiento jurídico es *formal*. Estas dos características están tan íntimamente conectadas que resulta razonable creer que, de hecho, son simplemente dos formas de referirse a lo mismo. Espero que ello se vaya volviendo más claro al tiempo que el foco de este libro se traslada desde la naturaleza institucional del derecho, el tema del que se ocupa este capítulo, a las consecuencias que esto tiene para el razonamiento jurídico, lo que nos ocupará en los capítulos siguientes.

La palabra “institución” abarca un amplio rango de ideas que, a lo más, tienen un tenue parecido de familia entre ellas. Como una forma de literatura jurídica, tiene una larga y venerable tradición, que se remonta a las *Institutas*, o breves exposiciones del derecho, comunes desde la época Romana. En la literatura sobre los actos de habla, el análisis de los así denominados “conceptos institucionales” como las promesas y otros similares, juega un papel crucial. Un uso legal relacionado es aquel en que un “trust” es una “institución” peculiar al *common law*.

Creo que la idea de hechos “institucionales”, aquellos cuya existencia, consecuencias y término dependen de la existencia y aplicación de reglas, junto con la

verificación de algunos hechos brutos, puede resultar sumamente exitosa para lidiar con algunas de las ideas ofrecidas por la literatura del razonamiento jurídico. Sin embargo, para usar esta idea a fin de comprender el derecho y el razonamiento legal, no resulta suficiente una distinción entre hechos “brutos” e “institucionales”. Puede que todos los hechos institucionales sean iguales, pero algunos de ellos son ciertamente más iguales que otros.

DOS CONCEPTOS DE REGLAS

En su artículo seminal “Dos Conceptos de Reglas”, John Rawls formuló una distinción entre lo que él denominaba la concepción de las reglas como “resúmenes” y la concepción de éstas como “práctica”. Para Rawls, la concepción de las reglas como “resúmenes” trata a las reglas como resúmenes de decisiones previas. Cada una de estas decisiones es hecha en atención al balance de todas las consideraciones relevantes, y algunos tipos de casos ocurrirán con frecuencia: “por tanto, lo que va a suceder es que en casos de cierto tipo se tomará la misma decisión, ya sea por la misma persona en diferentes momentos o por diferentes personas al mismo tiempo” (Rawls, 1955, 34). En este contexto, una regla se formula para abarcar casos de ese tipo, a fin que la próxima vez, el agente no se vea en la necesidad de ponderar todas las consideraciones morales aplicables, pudiendo, en cambio, “simplemente” aplicar la regla. Vemos como según esta concepción las reglas son, de hecho, “resúmenes” de decisiones previas: “las reglas son consideradas como informes de que, en base a otras razones, casos de un cierto tipo se han tenido como resueltos adecuadamente de una determinada manera” (Rawls, 1955, 34).

Rawls contrapone la concepción de las reglas como “resúmenes” a la que él llama la concepción de las reglas como “práctica”, en la que las reglas se ven como:

definiendo una práctica. Las prácticas se establecen por varias razones, pero una de ellas es que en muchas áreas de la conducta, que cada persona decida qué hacer, caso a caso, por razones utilitarias lleva a la confusión, y que el intento de coordinar el comportamiento tratando de prever cómo actuarán los demás está condenado al fracaso. Como una alternativa uno se da cuenta de que lo que se requiere es el establecimiento de una práctica, la especificación de una nueva forma de actividad; y de esto se ve que una práctica implica necesariamente la abdicación de la plena libertad de actuar por razones utilitarias y prudenciales. Es el rasgo característico de una práctica que el ser educado sobre cómo participar en ella implica ser instruido en las reglas que la definen, y que se apela a esas reglas para corregir el comportamiento de quienes son participantes de ella (Rawls, 1955, 36).

En este capítulo serán discutidos los conceptos relacionados de “práctica”, “institución” y “reglas”. En esa discusión, abordaré los juegos y el derecho como las instancias típicas de

una práctica. De hecho, los juegos constituirán un caso paradigmático. Ello no se debe a que los juegos sean las prácticas más importantes: de hecho no lo son. No obstante, estos presentan las características de los hechos institucionales de una forma particularmente pura y definida. Ellos pueden ser aislados de su entorno y estudiados de una forma en que los demás hechos institucionales no pueden serlo. Este punto es importante en sí mismo, y veremos más tarde que una explicación de este aspecto de los juegos es necesaria. Por el momento, sólo pretendo enfatizar que mi elección de los juegos como una instancia paradigmática de las prácticas tiene un sentido puramente analítico. Los juegos no son lo realmente importante, si no que una especie de lujo que ponemos por sobre lo realmente importante. De todos modos, esto no necesita molestarnos. Atribuir a los juegos un estatus paradigmático a este respecto es simplemente hacer explícito lo que autores como John Searle, John Rawls y otros hicieron cuando descansaron fuertemente y de manera tan interesante en la estructura de los juegos a fin de clarificar sus ideas relativas a los hechos institucionales.

No es necesario ir más allá de la lectura del artículo de Rawls para notar que él efectivamente estaba utilizando a los juegos como (a lo menos una) instancia paradigmática de una práctica. Por otro lado, sin embargo, él cree que la concepción “práctica” es especialmente relevante en la comprensión de los “argumentos jurídicos propiamente tales y aquellos argumentos similares a los jurídicos” (Rawls, 1955, 43n27). Por lo tanto, podemos comenzar tratando de determinar qué tan naturalmente la concepción de Rawls de una práctica se corresponde por un lado con el derecho y por otro con los juegos.

“Las prácticas se establecen por varias razones, pero una de ellas es que en muchas áreas de la conducta, que cada persona decida qué hacer, caso a caso, por razones utilitarias lleva a la confusión”. *Esta* razón en particular para la creación de una práctica parece claramente aplicable al derecho. En lugar de tener a gente decidiendo autónomamente la suma de impuesto a la renta a pagar, parece más conveniente la fijación autoritativa de una tasa. Típicamente, los juegos son creados por otras razones. En el caso de los juegos, la práctica es creada *ex novo* por el afán de contar con una actividad más en la cual participar.¹

¹ Bert Roermund me advirtió sobre la necesidad de ser más cauteloso en este punto: por supuesto, tenemos razones adicionales para inventar estas nuevas actividades. Por ejemplo, los juegos son usualmente

Así, tenemos aquí dos razones (puede que haya más: “varias razones” parece sugerir más de dos) para la creación de las prácticas. Hasta el momento, todo bien.

Puesto que “las prácticas son creadas por varias razones”, las razones mencionadas por Rawls no caracterizan la noción de práctica. Es probablemente el hecho de ser creadas lo característico de las instituciones. Por el momento, voy a evitar este asunto, al que volveré pronto. Una consecuencia de la creación de una práctica es la “especificación de una nueva forma de actividad; y de esto se ve que una práctica implica necesariamente la abdicación de la plena libertad de actuar por razones utilitarias y prudenciales”. Esto parece directamente aplicable a los juegos y al derecho (aunque luego aparecerá una complicación). En ambos casos, no se espera del agente que actúe en base a un juicio fundado en todas las consideraciones relevantes, sino que siga las reglas. Esto debe entenderse de forma tal que, desde el punto de vista de la práctica, se define que es lo que debe hacerse en situaciones particulares. Tanto los ciudadanos como los jugadores pueden encontrarse en situaciones en que razones externas a la práctica podrían imponerles la necesidad de quebrantar las reglas de la práctica. Normalmente, sin embargo, y salvo que la práctica por sí misma reconozca una excepción para dichos casos, la presencia de dichas razones no constituirán una excusa desde el punto de vista de la práctica. Esto es obviamente cierto en los juegos: considérese a un jugador de fútbol pidiéndole al árbitro que valide un tanto realizado con la mano porque le prometió a su hijo moribundo que anotaría un gol (véase Detmold, 1984, 49). En orden a explicar la idea de la “abdicación de la plena libertad de actuar por razones utilitarias y prudenciales” en las prácticas, Rawls utiliza el siguiente ejemplo:

En un juego de béisbol si un bateador preguntara, “¿Puedo tener cuatro strikes?” se asumiría que está preguntando cuál es la regla; y si, al indicársele cual es la regla, dijera que lo que quería decir es que en esta ocasión pensó que sería mejor en su conjunto que el tenga cuatro strikes en lugar de tres, lo más benévolo sería tomarlo como una broma. Podría sostenerse que el béisbol sería un juego mejor si se permitieran cuatro strikes en lugar de tres.; pero uno no puede imaginarse las reglas como guías de lo que es mejor en su conjunto en casos particulares, y cuestionar su aplicabilidad a casos particulares en tanto casos particulares” (Rawls, 1955,

certámenes, típicamente involucran algún tipo de competencia entre los jugadores. Pese a ello, no son razones para un juego en particular, sino que lo son para un juego de determinadas características. Existe una sutil distinción que hacer: aquí “el valor u objetivo del ajedrez (es decir, ganar) es, ciertamente, artificial; el ajedrez construye por sus reglas la forma de ganar que le es única. Pero el valor de ganar en general es una parte inseparable del juego (competencia) y no más artificial que lo que el juego mismo es” (Detmold, 1984, 160-161).

38).

¿Comparte el derecho está características de los juegos? Creo que no. “Sería mejor si se me permitieran cuatro strikes, ergo se me permiten cuatro strikes” muestra, sin lugar a dudas, que el hablante no domina el béisbol o bien que está bromeando. En el contexto de un juego de béisbol, esa afirmación simplemente no tiene sentido. Este es de hecho un caso en que “si uno quiere hacer una acción especificada por una determinada práctica entonces no hay manera de hacerlo, salvo siguiendo las reglas que la definen” (Rawls, 1955, 38). No obstante, “sería mejor que un legatario no tuviera derecho al legado si ha sido condenado por el homicidio del testador, ergo, no tiene dicho derecho” es radicalmente diferente. Que ello sea o no un buen argumento dependerá, por supuesto, de las peculiaridades de la práctica legal en cuestión, pero no se puede decir que, en general, el mero hecho de sostenerlo muestre ignorancia o falta de seriedad sobre el derecho.

En este punto debemos recordar el contexto del artículo de Rawls. En éste, la distinción entre los dos conceptos de reglas fue diseñada para defender al utilitarismo “contra esas objeciones que tradicionalmente han sido formuladas en su contra en relación con la pena y la obligación de cumplir las promesas” (Rawls, 1955, 21). La estrategia de Rawls consistía en argumentar que existían ciertas esferas de la vida social que se encontraban, por decirlo de algún modo, aisladas de la aplicación *directa* de consideraciones morales. Sin embargo, al enfocarse en aquellas instancias paradigmáticas (juegos), enfatizó en exceso esa característica de las prácticas sociales, tendiendo a considerar al aislamiento completo como definitorio de la noción de práctica. Cuando las reglas son “reglas de prácticas”, “un jugador en un juego no puede apelar correctamente a consideraciones (morales) como razones para realizar una jugada en lugar de otra” (Rawls, 1955, 31). De hecho, “es *esencial a la noción de una práctica* que las reglas sean conocidas y comprendidas públicamente como definitivas”, puesto que “aquellos participantes de una práctica reconocen que las reglas la definen” (Rawls, 1955, 36, énfasis agregado).

Por tanto, el esquema que obtenemos es el siguiente: primero, la noción de práctica se define de tal forma que obviamente incluye, si es que incluye algo, sistemas jurídicos desarrollados: “Uso la palabra “práctica” a lo largo (de este artículo) como una especie de término técnico que significa cualquier forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define cargos, roles, jugadas, sanciones, defensas, etc., y que otorga a la

actividad su estructura” (Rawls, 1955, 20n1). En segundo lugar, se desarrolla la noción de práctica de forma de mostrar que ella implica *esencialmente* el aislamiento de alguna esfera de actividad de la aplicación de consideraciones morales (en este caso, dado que el artículo es una defensa del utilitarismo, se refiere al principio de utilidad); en tercer lugar, y precisamente por el perfecto aislamiento que los caracteriza, los juegos son ubicados al centro del análisis, como instancias “paradigmáticas”; y en cuarto lugar, las conclusiones que se obtienen se dicen corresponder a la *noción* de práctica, con la consecuencia de que ellas se aplican claramente al derecho, ya que el derecho obviamente constituye una instancia de una práctica en el sentido definido al principio. Empero, el problema es que el perfecto aislamiento que caracteriza a los juegos se debe al *tipo particular de práctica* que son, y, por tanto, *ese* aspecto de los juegos no es esencial a la noción de práctica. Ciertamente no es compartido por el derecho.

Permítaseme explicar este último punto, a fin de clarificar que no estoy haciendo una petición de principio (volveré a este punto, por lo que todo lo que necesito por el momento es hacer de este argumento lo suficientemente plausible para que el lector suspenda su escepticismo y continúe). Un aislamiento del tipo predicado acerca de los juegos implicaría una aproximación altamente formalista al derecho. No quiero sostener, por supuesto, que dicha aproximación es necesariamente errada (de hecho, veremos que podremos encontrar instancias de esa aproximación formalista y que ello apoya mi argumento general). Sin embargo, en los juegos dicha aproximación formalista es algo *acerca* de la práctica que cualquier potencial participante tiene que entender *antes* de efectivamente participar en ella, mientras que en el derecho, la corrección de dicha aproximación es una posición sustantiva que debe ser argumentada y defendida dentro de la práctica, como una posición legal de primer orden ordinaria cualquiera. Controvertir el completo aislamiento que caracteriza a los juegos equivale a mostrar una falta de comprensión sobre su práctica; pero controvertir esa misma aproximación en la interpretación y aplicación de normas jurídicas no equivale a mostrar ignorancia con respecto a lo fundamental de la práctica jurídica, sino que defender una posición legal sustantiva y, en un caso particular, presentar argumentos morales para sustentar una interpretación del derecho no es una muestra de ignorancia o falta de seriedad sobre esa práctica.

En otras palabras, se podría decir que falta una categoría en la distinción de Rawls. Rawls afirma que su distinción “no pretende ser exhaustiva” (Rawls, 1955, 44). Nótese, si es correcto, que implica y que no implica el argumento hasta el momento. El intento de Rawls de desarrollar una distinción entre la concepción de las reglas como “resúmenes” y como “práctica” es defectuosa en la medida en que se supone a la noción de práctica como especialmente “relevante para entender argumentos jurídicos propiamente tales y argumentos similares a los jurídicos” (Rawls, 1955, 43n27). No obstante, como una defensa del utilitarismo, puede (o puede no) ser el caso que ambos tipos de prácticas (i.e. los juegos y el derecho) estén lo suficientemente aislados de consideraciones morales para permitir la distinción entre “justificar una práctica y justificar una acción particular bajo la práctica” (Rawls, 1955, 20), que es el principal objetivo de Rawls. Sin embargo, si hemos de seguir el consejo de Rawls y aplicamos dicha distinción a la comprensión del derecho y la argumentación cuasi – jurídica, necesitaremos una distinción mucho más sofisticada, una que (idealmente) sea capaz de explicar la diferencia en el aislamiento exhibido por diferentes prácticas. Esto es lo que trataré de desarrollar en este capítulo.

Sin embargo, antes que eso, será útil referirse a otro aspecto del argumento de Rawls. ¿Cuál es la correcta comprensión de las reglas, la concepción de ellas como “resúmenes” o como “prácticas”? De acuerdo a Rawls, esa es la pregunta equivocada. El punto no es que la concepción de “resumen” o la de “práctica” tiene que ser cierta respecto de todas las reglas: “algunas reglas se corresponderán con una concepción, algunas reglas con la otra; y por tanto hay reglas de prácticas (reglas en sentido estricto) y máximas y “reglas generales de la experiencia” (Rawls, 1955, 40).

Con todo, el problema consiste en cómo saber si una regla en particular ha de ser interpretada de acuerdo a la concepción de “resumen” o la de “práctica”. Rawls tiene la convicción que probablemente existan casos en que “será difícil, si no imposible, decidir qué concepción de reglas es aplicable. Uno espera casos dudosos con cualquier concepto, y éstos son especialmente probables en relación con conceptos como los de práctica, institución, juego, regla, etc. ” (Rawls, 1955, 40). Sin embargo, ¿podemos hacer sentido de la idea que es a veces *imposible* decidir cuál es la concepción aplicable? Las reglas como “resúmenes” y las reglas como “práctica” son aplicadas de modos radicalmente diferentes; lo que los participantes deben conocer y dominar antes de ser capaces de involucrarse en

cada tipo de práctica es significativamente diferente. En la concepción de las reglas como “resúmenes”, una regla es una regla general de la experiencia: no tiene fuerza normativa por sí misma (en este sentido, una regla es *quae rem quae est breuiter enarrat* (Digesto 51.17.1), algo que brevemente *describe* como algo es: véase más abajo en 151ff). Según esta concepción un agente puede razonablemente aplicar una regla sólo si tiene razones para creer que la aplicación apropiada de los estándares respecto de los cuales la regla constituye un resumen llevan a la misma solución ofrecida por la regla.² En la concepción de las reglas como “práctica” no se espera del agente que actúe en base a su propia evaluación de la situación más allá de la evaluación necesaria para establecer que la regla es aplicable. Se sigue de ello que ningún agente puede realmente participar en una práctica a menos que sea capaz de decidir si una regla es una regla como “resumen” o como “práctica”. Por otro lado, a un observador que trate de entender lo que está haciendo el agente, le puede resultar imposible determinar si el agente trata a la regla como “resumen” o como “práctica”. De hecho, nos encontramos en tal posición al menos con respecto a aspectos significativos del derecho romano (para el argumento completo y ejemplos, véase más abajo en 141ff). Difícilmente podría enfatizar en exceso la importancia de este punto para una teoría del razonamiento jurídico.

LA ANALOGÍA CON LOS JUEGOS

na idea que subyace a la noción general de “práctica” de Rawls es, como lo hemos visto, que tanto los juegos como el derecho son correctamente considerados prácticas en el sentido que él atribuye a dicho término. Ahora bien, para Rawls este punto puede no ser problemático, puesto que no estaba interesado en proveer un análisis del derecho, pero esa idea es también recurrente en la teoría del derecho contemporánea. Entre muchos otros autores, como veremos, H.L.A. Hart parece haber compartido esta visión y, en *El Concepto*

² Nótese que ello no se debe necesariamente a que el agente ha efectivamente aplicado dichos estándares al caso y ha decidido que dicha solución es la solución correspondiente a la regla. Puede ser perfectamente el caso que, por ejemplo, el agente no tenga tiempo para considerar cómo se aplican dichos estándares, por lo que confía en las decisiones previas resumidas por la regla. Aun así, la regla adquiere su fuerza por su condición de ser un buen resumen (“el derecho puede no derivar de una regla, pero una regla debe surgir del derecho tal como es” dice el Digesto 51.17.1), y un agente riguroso siempre tratará de verificar la exactitud de ese resumen, en la medida que lo permitan las circunstancias (obviamente, en muchos casos la circunstancias no lo permitirán).

de Derecho, se apoyó fuertemente en las similitudes entre los juegos y el derechos. De hecho, se apoyó *tan* fuertemente en dicha analogía que no resulta muy exagerado decir, con Judith Shklar, que los juegos eran “la obsesión de Hart” (Shklar, 1986, 105), o que “H.L.A. Hart describía al derecho como un juego complejo” (Morawetz, 1992, 16).³

Una de las funciones más importante de la analogía con los juegos en *El Concepto de Derecho* era ayudar a Hart a señalar las virtudes y defectos del formalismo y el escepticismo ante las reglas. Uno de los argumentos de los escépticos, nos dice Hart, está basado en el hecho que

(a) El tribunal supremo tiene la última palabra para decir que dispone el derecho y, cuando lo ha dicho, la afirmación de que el tribunal estaba "equivocado" no tiene consecuencias dentro del sistema: los derechos o deberes de nadie se alteran como consecuencia ... La consideración de estos hechos hace parecer pedante distinguir, en el caso de las decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto nos conduce a otra forma de la negación de que los tribunales al decidir están sujetos a reglas. "La ley (o la constitución) es lo que el tribunal dice que es" (Hart, 1994, 141).

Para responder a este argumento, Hart consideró como sería un juego si hubiese que ver a los juegos del modo que los escépticos ven el derecho. Según él, éste no sería similar a ningún juego ordinario, sino que a uno bastante extraño que Hart denominó “discreción del tanteador”. En él, las “reglas” son meras predicciones de lo que el árbitro hará, ya que éstas son lo que el tanteador diga que son. Hart sostuvo que concebir al derecho al igual que la “discreción del tanteador” es, sin embargo, un error, por la misma razón que un juego normal de fútbol o de cricket *no es* un juego de “discreción del tanteador”. A pesar que es estrictamente posible que cualquier juego puede ser convertido en uno de “discreción del tanteador”, dicha posibilidad no implica que todos los juegos sean, efectivamente, “discreción del tanteador”: “el hecho de que aberraciones oficiales aisladas o excepcionales se toleren no significa que el juego de cricket o béisbol no se esté jugando” (Hart, 1994, 144-5).

No quiero discutir el argumento completo de Hart contra el escéptico (el que puede ser correcto, sin perjuicio de los defectos en el argumento del juego “discreción del tanteador”), si no que sólo llamar la atención sobre el hecho que este argumento en particular no es muy convincente. El escéptico podría responder sosteniendo que en los

³ Sobre la “obsesión” de Hart, además de Hart, 1994, 30 (entrada de índice para “Juegos”), ver Hart (Hart, 1983: *passim*).

juegos las personas no están en desacuerdo acerca de cuáles son las reglas ni tampoco sobre cómo deben ser aplicadas. Podrían discutir si es que Maradona usó o no la mano para anotar su famoso gol contra Inglaterra (a pesar que nadie actualmente querría negar eso), y no si cuenta como falta que un jugador en particular toque el balón con sus manos: ¿no resulta un dato sorprendente que, sin importar lo apasionados que puedan ser los participantes y espectadores (como muy bien se sabe actualmente en Europa, particularmente en Inglaterra), no exista un desacuerdo serio respecto a cuáles son las reglas y que es lo que exigen?

Pareciera ser, sin embargo, que Hart no estaría de acuerdo con esto. Él creía que las reglas de los juegos eran de tanta textura abierta como cualquier otra regla. En los juegos, la regla de anotación, “tiene un núcleo de significado establecido, aún cuando, *al igual que otras reglas*, tiene un área de textura abierta en la que el tanteador tiene que ejercer una elección” (Hart, 1994, 144, énfasis propio).

Es al menos discutible que esta asimilación entre las reglas de los juegos y las reglas del derecho, en la que Hart descansaba tan fuertemente en su discusión sobre el formalismo y el escepticismo ante las reglas en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*, distorsiona la manera en la que se aplican las reglas de los juegos: ellas no son controversiales (excepto en casos especiales, como la regla de la “jugada peligrosa”, tal como veremos más adelante). Si esto es correcto, no existe ninguna razón por la que el escéptico deba estar comprometido con negar de la diferencia entre el fútbol y la “discreción del tanteador”, y el argumento de Hart (al menos su analogía con los juegos) devendría en inofensivo. Si, como Paul Valery ha sostenido, “no hay escepticismo posible en lo referente a las reglas de los juegos” (citado en Huizinga, 1970, 30), la analogía no puede ser utilizada en contra del escepticismo sobre las reglas *jurídicas*, donde el escepticismo es (por decir lo menos), posible.

En otras palabras, Hart pensaba que todo lo que fuese cierto con respecto a las reglas de los juegos lo era también sobre las reglas jurídicas debido a que, tanto en los juegos como en el derecho, las “reglas” son un elemento importante. No hay ninguna razón obvia en virtud de la cual el escéptico deba seguir esta premisa implícita y Hart, por su parte, no ofreció ninguna que no fuese obvia.

Como se señaló al comienzo de esta sección, Hart no estaba solo en creer que la

analogía con los juegos era útil para el análisis de los conceptos legales. El caso de Ronald Dworkin es interesante por dos razones: por un lado, utiliza la analogía con los juegos en dos momentos cruciales: primero, al introducir (su ahora famosa) distinción entre reglas y principios, y luego, para presentar su (también famosa) tesis acerca de lo que denominaba “la actitud interpretativa”. Por otro lado, mientras que en el primer caso estaba interesado en las *similitudes* entre los juegos y el derecho, en el segundo su objetivo era *distinguir* a uno del otro. Y en ambos casos, la característica de los juegos en la que se basaba era la misma, i.e. la certeza de sus reglas.

En *Los Derechos En Serio*, sostuvo que existe una distinción lógica entre reglas y principios, puesto que sólo las primeras eran aplicables de un modo todo-o-nada. A pesar que este aspecto todo-o-nada de las reglas jurídicas podría no ser obvio, “se ve más claramente si nos fijamos en la forma en que las reglas operan, no en el derecho, si no en algunas de las iniciativas dominadas por ellas - por ejemplo, en un juego” (Dworkin, 1977a, 24).

Lo interesante, me parece, es que la razón por la que “esta característica de todo-o-nada se ve con mayor claridad” en el caso de los juegos es *exactamente la misma razón* por la que “discreción del tanteador” es tan diferente del cricket o del fútbol: por la certeza en la aplicación de las reglas de los juegos. La analogía con los juegos tenía como objetivo esclarecer algo importante *sobre el derecho*, pero fue (en ambos casos) basada en una característica de los juegos que el derecho *no comparte* (a saber, su completo aislamiento de consideraciones morales). Aquí nuevamente, la suposición implícita es que las “reglas jurídicas” son, por decirlo de algún modo, el mismo tipo de entidades que las reglas de los juegos. Sin embargo, el mismo Dworkin más tarde *distinguió el derecho* de los juegos cuando quiso explicar que significaba tener una “actitud interpretativa”. Dworkin sostuvo que los dos componentes⁴ de la actitud interpretativa eran independientes uno del otro, por lo que los participantes podían aceptar uno sin necesariamente tener que aceptar el otro: “Lo hacemos en el caso de los juegos y certámenes. Apelamos al objetivo de estas prácticas al discutir sobre cómo se deben cambiar sus reglas, pero no (excepto en casos muy

⁴ Los dos componentes son "el supuesto de que la práctica ... tiene algún objetivo", y que "los requerimientos de la práctica) son sensibles a su objetivo" (Dworkin, 1986, 47).

limitados) respecto a cuáles son sus reglas ahora, eso ese encuentra fijado por la historia y convenciones” (1988, 48).⁵

De acuerdo a este pasaje, Dworkin probablemente diría que, precisamente debido a que los jugadores y espectadores de, por ejemplo, el fútbol, no adoptan la actitud interpretativa, la interpretación y aplicación de las reglas del futbol puede tener el alto nivel de certeza que en los hechos tiene. Esto, sin embargo, general el problema de establecer en qué sentido lo que llamamos “reglas” en los juegos son el mismo tipo de cosas que llamamos “reglas” en el derecho. Dworkin sostenía que las “reglas jurídicas” eran estándares todo-o-nada, y que ello se apreciaba “más claramente” si es que observáramos no las reglas jurídicas, sino que las reglas de los juegos. Existía, para Dworkin en 1967, una característica común entre las reglas en los juegos y las reglas en el derecho: ambas era *reglas*, i.e. estándares que eran “aplicables de un modo todo-o-nada”.

Veinte años más tarde, no obstante, se nos dijo que existía, después de todo, una diferencia fundamental entre el derecho y los juegos: sólo el primero es un “concepto interpretativo”. Por lo que podemos legítimamente preguntarnos, ¿afecta esta diferencia fundamental al carácter “todo-o-nada” de las reglas jurídicas? Quizás las reglas de los juegos no sean estándares todo-o-nada en razón de una característica que les corresponda en tanto reglas, si no debido a que jugadores y espectadores no han desarrollado una actitud interpretativa respecto al fútbol. Si esto es cierto, la conclusión sería que, según la definición de Dworkin no hay tal cosa como una regla jurídica (más sobre esto en 98).

El hecho es que, se nos señala tanto por Hart como por Dworkin, algunas (muy importantes) características de las reglas son más fáciles de apreciar si observamos los juegos, pero más difícil si estamos mirando el derecho. Esto, sin embargo, no significa necesariamente que esas características puedan encontrarse igualmente en el segundo con sólo un esfuerzo adicional del observador; quizás puedan observarse fácilmente en los primeros solamente porque en los segundos sencillamente no existen.

⁵ Los “casos muy limitados” que Dworkin tuvo en mente en este pasaje son probablemente casos como el discutido en *Los Derechos En Serio*. Estos casos no son contra-ejemplos para mi argumento, tal como trataré de demostrar más abajo (para el argumento, véase más abajo, en ___; para el caso muy especial de Dworkin, véase más abajo, en Cap. 2, n. 19).

AISLAMIENTO

Considérese el caso de la (ya no tan) reciente modificación de la regla del fuera de juego en el fútbol. Como se sabe, “un jugador está en posición de fuera de juego si se encuentra más cerca de la línea de meta contraria que el balón y el penúltimo adversario”: “un jugador no estará en posición de fuera de juego si...está a la misma altura que el penúltimo adversario o que los dos últimos adversarios”. Un jugador en cualquiera de estas dos últimas situaciones hubiese estado en posición de fuera de juego bajo la regla antigua del fuera de juego. Se nos dice que, luego de la Copa del Mundo de 1990 jugada en Italia, donde la mayoría de los equipos adoptó estrategias altamente conservadoras y defensivas (por tanto, disminuyendo la calidad del partido de fútbol como espectáculo), la FIFA modificó la regla en un esfuerzo por hacer el juego más agresivo y atractivo para el público y así.

Me parece que lo siguiente es más bien obvio: en el periodo comprendido entre (algún momento antes del término) de la Copa del Mundo de 1990 y la dictación de la nueva regla del fuera de juego, todas las razones para contar con la nueva regla existían, pero eran irrelevantes al momento de aplicar la regla antigua. Son igualmente irrelevantes *después* de la decisión de la FIFA: un arbitro no podía, luego que la nueva regla había sido introducida, decidir que debía aplicarla a la luz de su finalidad y que, por tanto, sería (por decir) “menos estricto” en su aplicación en aquellos casos en los que la jugada involucrada era probablemente parte de una estrategia agresiva, incluso si estuviéramos en condiciones de imaginar que por medio de ello el arbitro seguramente incrementaría el efecto deseado por la nueva regulación. Después que la decisión fue tomada, las razones para ella son tan irrelevantes en el contexto de adjudicación como lo eran antes. La sola sugerencia que el árbitro pudiese aplicar la regla de la forma antes ilustrada parece ser un sinsentido⁶ (de hecho, no resulta claro que puede querer decir “menos estricto” en este contexto).⁷ Por

⁶ En este contexto, decir de un argumento que es un sinsentido es decir que el hecho de un hablante ofreciendo seriamente ese argumento sería tomado por otros como una broma o como una prueba que el hablante no está realmente jugando, o bien que no entiende el juego, etc. Este era el punto de Rawls discutido más arriba (en ____).

⁷ Estoy ignorando deliberadamente algunas de las complejidades de la regla del fuera de juego, como el llamado fuera de juego “pasivo”. Ellas no constituyen una objeción a la tesis aquí presentada, tal como

ende, la regla se encuentra completamente aislada de las razones para ella.

En cambio, en la adjudicación jurídica la situación es distinta. Esto se discutirá con considerablemente mayor detalle más abajo, pero baste por el momento con decir que los abogados sí se refieren a las interpretaciones como más o menos estrictas, y la idea que una ley deba interpretarse a la luz de sus propósitos es bastante común. Huelga decir que este no es el *único* tipo de argumento que se puede utilizar para interpretar una ley (algunos dirán que ni siquiera es un buen argumento), pero por el momento, sólo necesito sostener que esto *tiene sentido*, en una forma que el argumento sobre el fuera de juego no lo tiene. La idea que la interpretación tiene que ser orientada por los propósitos de la regla no es necesariamente controversial en la medida que sea limitada: nadie negaría que las reglas jurídicas deben, *algunas veces*, ser interpretadas a la luz de los fines que se supone promueven. Lo que sí es controversial es si este resulta ser o no *siempre* el caso. De todos modos, no necesitamos adoptar esta posición Fulleriana fuerte para notar que un árbitro de fútbol no debe, excepto cuando las reglas le confieren explícitamente ese poder, considerar el propósito de las reglas al momento de aplicarlas. Esta característica general de la adjudicación en los juegos está ausente en el derecho: incluso de acuerdo a una teoría positivista del derecho existirán casos en que “suposiciones respecto de los propósitos que la regla pretende promover tendrán un rol prominente –quizás incluso preeminente- en la resolución de algunas dificultades particulares que se encuentren” (Marmor, 1994, 154).

El punto es que en los juegos la aplicación de una regla es siempre sencilla, mientras que en el derecho, al menos en algunas ocasiones, la aplicación de una norma en lo demás válida y clara puede ser controvertida. Nótese que esta afirmación no equivale a sostener (no *ahora*, al menos) que no hay casos en los que la aplicación de reglas jurídicas no sea tan clara como la aplicación de las reglas de los juegos. Mi posición consiste simplemente en la, más bien obvia, observación que, mientras no sorprendería a un abogado notar que la aplicación de un regla general clara a un caso particular puede resultar algunas veces problemática, encontrarse con que árbitros y jugadores están en desacuerdo sobre qué es un penal, un gol o una “mano”, sí sorprendería a cualquier fanático del fútbol.

tampoco lo son las reglas que conceden discreción como la de jugada peligrosa o las reglas de la ventaja (véase más abajo, en ___).

En otras palabras, en el fútbol (como en todos los juegos) el hecho que una regla no haga relevante a un aspecto x de un caso concreto, quiere decir que x es irrelevante para la aplicación de esa regla.⁸ Parte de lo que se necesita saber cuando se estudia el fútbol es que, por ejemplo, durante el curso del juego el balón sólo puede ser tomado con la mano por el arquero dentro de su propia área penal y que, bajo ninguna otra circunstancia otro jugador o el mismo arquero fuera de la zona penal, puede intencionalmente usar sus manos para mover el balón. Ciertamente puede existir desacuerdo sobre si en una situación particular en la que se toca el balón con la mano hubo o no intencionalidad, pero un jugador que ofreciese razones morales para justificar el haber tomado el balón con la mano exhibiría, como sostuvo Rawls, que no entiende o que está bromeando.

Este último ejemplo se eligió conscientemente en razón de la discreción que la regla concede al árbitro para determinar si en cierto caso particular tocar el balón con la mano fue o no “intencional”. Una regla en contra de “tocar” o “manejar” el balón con la mano puede ser vaga en el sentido que no deja claro si tocar sin intención el balón con la mano cuenta como falta (¿se refiere a que el jugador toque el balón con la mano o que el balón toque la mano del jugador?). Puesto que no es claro si el significado semántico de la regla requiere la intencionalidad, existirán casos en que las personas no estarán de acuerdo sobre si un jugador tocando el balón con la mano cuenta o no como falta.⁹ En la medida que las

⁸ Considérese el siguiente caso: el sábado 13 de febrero de 1999, el Arsenal enfrentó al Sheffield United en Highbury. La cuenta estaba igualada 1 a 1 cuando restaban apenas más de 10 minutos para que concluyera el partido. Lee Morris, un jugador del Sheffield United, cayó después de ser cargado por un atacante del Arsenal. Puesto que el árbitro no detuvo el partido, un jugador del Sheffield United envió el balón fuera del campo de juego. Morris se recuperó y el partido se reanudó. Ray Parlour, del Arsenal, intentó lanzar el balón al arquero del United, Alan Kelly, para entregar a los visitantes la posesión pacífica del balón. En esto, su compañero de equipo, Nwankwo Kanu, interceptó el balón y le dio un pase cruzado a Marc Overmars, también del Arsenal, quien anotó. El Sheffield United no logró empatar y el partido terminó 2 – 1 en favor del Arsenal. Lo importante es que el gol anotado es válido, no obstante haber contravenido uno de los más claros e incontrovertidos requerimientos del *fair play*. El hecho que el gol del Arsenal haya sido manifiestamente injusto es irrelevante para su validez, puesto que la regla de anotación en el fútbol no hace ninguna referencia a la justicia de la anotación. Posteriormente se ordenó que el partido se volviese a jugar, lo que es otra manera de enfatizar lo mismo: la posibilidad de simplemente “invalidar” la anotación en razón de la injusticia del Arsenal no se discutió (Agradezco a Kevin Walton por llamarme la atención sobre este caso).

⁹ Recuérdese el penal que llevó a Italia a empatar contra Chile en su partido por la Copa del Mundo de 1998 (probablemente solo nosotros, los chilenos, lo recordemos, por lo que así fue: siete minutos antes del término del partido, un defensor chileno – Ronald Fuentes – tocó el balón con la mano dentro de la zona penal chilena (o fue el balón que tocó su mano) y el árbitro cobró penal en favor de Italia. La decisión fue controversial

reglas de un juego descansan sobre el uso normal de las palabras, siempre existirá espacio para este tipo de vaguedad. Por tanto, *este* tipo de vaguedad es común tanto a los juegos como al derecho.

¿No estoy acaso concediendo el punto de Hart con esto? No realmente. Sólo necesitamos observar la forma en que las reglas de los juegos se aplican en *partidos reales* para apreciar cuan restringida es realmente la vaguedad justificada por este argumento. La postura de que las reglas de los juegos y las del derecho son *igualmente* vagas es tan descriptivamente inexacta que provoca preguntarse si merece recibir consideración seria alguna. Los problemas que aparecen al aplicar reglas *jurídicas* a casos concretos van mucho más allá que problemas de incertidumbre en el límite (semántico), y esto es casi tan antiguo como el derecho mismo. Ofreceré sólo tres casos tomados de periodos diferentes en un lapso de dos mil años:

(1) Los juristas romanos bien sabían que no considerar la actitud del bateador de Rawls a lo menos ciertas veces resultaba ser jurídicamente equivocado. En otras palabras, no tomar en cuenta consideraciones más allá de las necesarias para determinar si se cumplían o no los hechos operativos de la regla, hubiese demostrado una falta de dominio del derecho, i.e. exactamente lo opuesto al bateador de Rawls. Considérese sólo un ejemplo, un fragmento escrito por Pablo, quien vivió en el siglo III DC:

D.1.3.29 (Pablo, libri singulari ad legem Cinciam). Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraude muero, qui saluis derbis legis sententiam eius circumuenit (Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido).

En otras palabras, no es posible saber si al seguir una regla se está siguiendo al derecho a menos que se pueda determinar la *ratio* (sentido) *legis*. La identificación de la *ratio legis* supone la habilidad de evaluar la manera en que ciertas consideraciones morales influyen en la materia. Marc Overmars no infringió las reglas del fútbol cuando anotó su gol en contra del Sheffield United, dado que la regla en el fútbol no se pronunciaba con respecto al *fair play* (ver más arriba en n. 8); pero es al menos discutible que la corte estaría dándole

toda vez que la intencionalidad de Fuentes estaba en disputa. Italia anotó y el partido concluyó 2 – 2). Para tener en cuenta: la regla oficial de la FIFA *sí* requiere intencionalidad (regla 12).

una aplicación equivocada al derecho si concede el legado al legatario asesino sobre la base que la norma relativa a los testamentos no se pronuncia acerca del asesinato del testador por obra del legatario (ver más abajo, ___).

(2) El segundo ejemplo data de 1688. Discutiendo acerca de la interpretación de la ley, Samuel Pufendorf comenta un caso acontecido en Bolonia:

existía una ley en Bolonia que disponía que, quienquiera que vertiera sangre de otra persona en un lugar público sufriría las sanciones más severas. Un barbero fue denunciado en base a esta ley, quien había hecho una sangría a un hombre en la plaza. Y el hombre no estaba bajo poco peligro porque en la ley se agregó que sus palabras debían ser tomadas exactamente y sin interpretación.

Este ejemplo es ofrecido por Pufendorf para ilustrar el siguiente de sus argumentos:

Si las palabras, al ser tomados en su sentido simple y claro, producirán un absurdo o quedarán privadas de efecto, se debe hacer alguna excepción a su sentido generalmente aceptado, a fin de evitar devengan en irrelevantes o lleven al absurdo (Pufendorf, 1934, Book V, Ch. 12, §8, pp. 802-3 [547]).

Acá se puede ver a Pufendorf enfrentándose a un problema jurídico y haciendo como cuestión de rutina lo que para jugadores y árbitros, al enfrentar un problema similar en el fútbol, es siempre incorrecto: i.e. sostener que, puesto que existe un valor *más allá* de la regla para el cual ésta es un instrumento, (¿cómo se podría saber que un resultado determinado es “absurdo” si no por referencia a un valor externo como el mencionado?) la pregunta de cómo ha de aplicarse una regla a casos particulares debe ser respondida tomando la existencia de dicho valor en consideración. Y para tomar eso en consideración es necesario hacer referencia a (algunas) consideraciones morales. En este caso Pufendorf se comporta, de hecho, como el bateador de Rawls; sostiene que, dado que sería mejor en su conjunto que la regla tuviese una excepción referida a los barberos, la regla sí tiene tal excepción. Y uno podría pensar que Pufendorf está equivocado, pero si es así, está equivocado en lo que respecta al derecho de Bolonia: no podemos concluir que él no entendía el derecho o que estaba bromeando.¹⁰

¹⁰ Esta última oración no debe interpretarse como si se estuviera descansando en la calidad de Pufendorf como autoridad en lo concerniente al derecho. El argumento no es: “miren, Pufendorf era tan inteligente que él no podría haber estado bromeando o haber comprendido erróneamente el derecho”. Es, en cambio, que Pufendorf hacía algo que ningún abogado estimaría como prohibido.

Lo mismo puede decirse acerca de varios de los casos imaginados por Lon Fuller en la segunda mitad del siglo XX. Sólo me referiré a uno de ellos aquí. Se nos invita a considerar la existencia de la siguiente regla: “Será considerada falta, penada con multa de cinco dólares, dormir en cualquier estación de trenes”, y a imaginar que

Trajeron ante mi (i.e. el juez) a dos hombres por infringir esta regla. El primero era un hombre que, a las tres de la madrugada, esperaba un tren con retraso. Cuando fue detenido estaba sentado verticalmente en una posición ordenada, pero fue escuchado roncar suavemente por el oficial que lo arrestó. El segundo era un hombre que había traído una sábana y una almohada a la estación y que obviamente iba a pasar ahí la noche. Fue arrestado, sin embargo, antes de tener oportunidad de quedarse dormido.

Nótese que tanto en este caso como en el de Pufendorf no hay duda acerca del significado de las palabras utilizadas por la regla. Cualquiera que dijese que no se debe castigar al barbero o que no se debe multar al hombre de negocios ya que el primero no vertió “realmente” sangre en un espacio público o el segundo no estaba “realmente” durmiendo en la estación, estaría demostrando un defectuoso dominio del idioma castellano. De hecho, el problema se produce, en lugar de ser resuelto, por el hecho que el caso es justamente inequívocamente cubierto por el significado semántico de las reglas.

Esto resulta importante porque ha habido una fuerte tendencia en la teoría del derecho contemporánea a considerar la derrotabilidad de las reglas jurídicas como un asunto que debe ser abordado en términos de derrotabilidad general de los conceptos.¹¹ Sin embargo, cualquier explicación sensata del razonamiento jurídico encontrará una forma de derrotabilidad no reducible a derrotabilidad semántica. Los casos tratados por Pufendorf y Fuller, y el peligro del que nos advirtió Pablo no son casos de lo que podríamos denominar derrotabilidad “semántica”. En el caso de la mano de Ronald Fuentes podemos estar en desacuerdo puesto que no convenimos en si el caso se encuentra cubierto por una regla en contra de tocar el balón con la mano “intencionalmente”, y además podemos no estar seguros sobre la intencionalidad de Fuentes. Pero en los casos discutidos por Pufendorf y Fuller, ésta no es la razón por la que podríamos no estar seguros respecto de la aplicación de la regla. La verdad es que no estamos seguros en razón del hecho que se puede demostrar

¹¹ Esto es justamente lo que el mismo Hart, creo que sólo algunas veces, pensó: *ver* Hart, 1994, 141124ss; el asunto es discutido más abajo (en ___).

fácilmente que los casos se encuentran cubiertos por el significado semántico de las reglas relevantes. Este es un sentido distinto en el que una regla puede ser derrotada. Mi argumento es que *esta* forma de derrotabilidad, característica del razonamiento jurídico, no puede encontrarse en los juegos. En lo que sigue, al usar esta palabra sin más explicación, me estaré refiriendo a dicha forma de derrotabilidad.

Es claro que la pregunta sobre que casos jurídicos provocarían problemas de este tipo depende de las peculiaridades de la práctica jurídica involucrada (ver Atiyah y Summers, 1987, tal como se discute abajo, en ___). Lo que bajo mi punto de vista no se puede negar es, sin embargo, que el derecho tal como lo entendemos en una especie de práctica en el contexto de la cual esto es un problema (más o menos) común. Incluso se podría decir que el dominio del derecho (lo que los estudiantes de derecho deben aprender antes de convertirse en abogados) *es* (o al menos incluye) la habilidad de reconocer estos casos, mientras que el dominio del fútbol es (o al menos incluye) comprender que la aplicación de una regla clara no se puede discutir durante un partido.

Si hasta el momento esto es correcto, se seguiría naturalmente que una explicación del razonamiento jurídico, o una crítica (como la de Hart) al escepticismo ante las reglas no se pueden basar en una analogía entre los juegos y el derecho. Un buen punto de partida para una explicación sobre el desacuerdo jurídico es, por tanto, dar una mirada más cercana a las similitudes y diferencias entre estos dos.

*UNA TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS INSTITUCIONALES*¹²

Tanto los juegos como el derecho figuran profusamente en la literatura acerca de las instituciones. Tanto los juegos como el derecho son (o permiten) instancias paradigmáticas de “hechos institucionales”. Creo que existe una verdad importante en este punto, pero esa verdad se oscurece cuando algunas diferencias cruciales (hemos visto una; veremos más un poco más abajo) entre ambas no son tomadas en cuenta. El argumento ofrecido en la última sección fue diseñado para brindarle plausibilidad inicial a este punto: en un sentido

¹² Esta sección se benefició de los detallados comentarios y críticas del profesor John Searle, por lo que me encuentro muy agradecido (en ciertos pasajes del texto me refiero a lo que Searle dijo o no dijo “en la conferencia de Buffalo”. Con ello aludo a la Conferencia Marvin Faber sobre Ontología Jurídica Aplicada desarrollada en Buffalo, NY en Mayo de 1998).

importante, las reglas, por decirlo de algún modo, parecen comportarse mejor en los juegos que en el derecho. Si esta característica de las reglas en los juegos no es tomada en consideración, la analogía con los juegos puede fácilmente fracasar: después de todo, puede ser el caso que *precisamente* porque las reglas de los juegos son ciertas en su aplicación mientras que las reglas en el derecho no lo son, que el escepticismo ante las reglas contra el que Hart argumentaba es correcto, o que *precisamente* en razón de esta certeza en la aplicación de las reglas de los juegos, las reglas *jurídicas* no son todo-o-nada como sostenía Dworkin.¹³

Quiero sostener que los juegos y el derecho son instituciones de distinto *tipo*. Una forma conveniente de desarrollar el argumento sería, por lo tanto, comenzar por lo que podríamos llamar una teoría “unitaria” de los hechos institucionales, como los goles, contratos, ‘manos’ y otros similares. Esto es ahora posible puesto que John Searle ha ofrecido recientemente lo que ha denominado “una teoría general de los hechos institucionales” (1995). Intentaré mostrar que una teoría que no reconoce la existencia de dos *tipos* de instituciones no puede sino fracasar en dar cuenta de algunas particularidades del tipo dejado de lado.

Reglas Regulativas y Constitutivas

En un pasaje frecuentemente citado, Searle introduce su ahora famosa distinción:

Quiero aclarar una distinción entre dos diferentes tipos de reglas, las que llamaré reglas *regulativas* y *constitutivas* ... Para comenzar, podríamos decir que las reglas regulativas regulan formas de comportamiento que son anteriores a o independientes de la existencia de dichas reglas; por ejemplo, muchas reglas de etiqueta regulan relaciones interpersonales que existen independientemente de las reglas. Pero las reglas *constitutivas* no solamente regulan, ellas crean o definen nuevas formas de comportamiento. Las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no solamente regulan el juego del fútbol o del ajedrez, sino que crean la posibilidad misma de jugar dichos juegos (Searle, 1969, 33).

Searle cree que esto refleja una “distinción intuitivamente obvia” entre dos tipos distintos de reglas. Él mismo reconoció que estaba “bastante seguro de la distinción, pero que no

¹³ No deseo desarrollar estos argumentos aquí, dado que no son importantes para el punto discutido en el texto principal. Podría ser el caso que, al final, Hart esté en lo cierto con respecto a su oposición al escéptico ante las reglas o que Dworkin acierte en su argumento sobre la diferencia lógica entre principios *jurídicos* y reglas. En ambos casos, sin embargo, una vez considerada la naturaleza no controversial de la aplicación de las reglas de los juegos, la analogía con los juegos deja de ser una razón en apoyo (i.e. de la forma como fue usada en apoyo de los argumentos de Hart o Dworkin) y provee al lector con una (no necesariamente concluyente) razón para creer exactamente lo contrario.

me (le) resulta fácil explicarla” (Searle, 1969, 33). Sin embargo, por más obvia que dicha distinción le haya parecido a Searle, resultó ser controversial. Entre otros, Anthony Giddens¹⁴ ha sostenido que “hay algo sospechoso en esta distinción, que refiere a dos tipos de reglas, sugerido por la torpeza etimológica del término “reglas regulativas”. Después de todo, la palabra “regulativa” ya implica “regla”: su definición de diccionario es “controlado por reglas” (Giddens, 1984, 20). En otras palabras, de todas las reglas se puede decir, de una forma y otra, que son regulativas. Esto no es, naturalmente, una objeción a la distinción de Searle, toda vez que él no sostiene que las reglas constitutivas *no* regulan (nótese, en la cita a continuación, su calificación de reglas “*puramente* regulativas” y también su aserción, en la cita anterior, sobre que “las reglas constitutivas *no solamente* regulan”) Las “reglas constitutivas” – este es Searle hablando en la conferencia de Buffalo - “por supuesto que regulan el comportamiento, pero hacen algo más, crean la posibilidad de formas de comportamiento que no existirían sin estas reglas”.

Esto debe concederse fácilmente. Pero si todas las reglas constitutivas regulan el comportamiento, luego no puede ser el caso que *todas* las reglas sean también constitutivas, puesto que en ese caso no habría ninguna distinción. ¿Son, entonces, todas las reglas constitutivas? Searle responde:

Hay un sentido trivial en que la creación de cualquier regla crea la posibilidad de nuevas formas de comportamiento, a saber, comportamiento conforme a la regla. Ese no es el sentido al que se refiere mi afirmación. A lo que me refiero puede ser quizás mejor dicho en un modo formal. Donde la regla es puramente regulativa, el comportamiento que está conforme a la regla puede ser descrito o definido... sea o no que la regla exista, siempre y cuando la descripción o especificación dada no haga referencia explícita a la regla. Pero donde la regla (o sistema de reglas) es constitutivo, el comportamiento conforme a la regla puede ser especificado o descrito de formas que no podría serlo si la regla o reglas no existiesen (Searle, 1969, 35).

Algunos críticos de Searle no han sido convencidos con este argumento, y han insistido en el punto que las reglas son, realmente, *tanto* constitutivas *como* regulativas. Uno de ellos es Joseph Raz, quien nos invita a comparar los siguientes dos pares de descripciones de actos:

- 1(a) “Entregarle 50 libras al Sr. Jones” (b) “Pagar impuesto a la renta”
2(a) “Decir ‘Yo Prometo’” (b) “Prometer”.

Para Raz,

¹⁴ Comienzo con la crítica de Giddens toda vez que él es el único crítico sobre el que se hace referencia en *La Construcción de la Realidad Social* (Searle, 1995, 230n10).

las descripciones 1 (a) y 2 (a) especifican actos que son conforme a las reglas en una forma que podría darse con independencia de la existencia de tal regla. Por lo tanto, las reglas son regulativas. Descripciones 1 (b) y 2 (b) describen acciones conforme a reglas en una forma que no podría darse si no existieran tales reglas. Por lo tanto, las reglas son también constitutivas. Dado que para cada regla se puede formular un par similar de descripciones de actos, todas las reglas son tanto constitutivas como regulativas.

Sin embargo, aquí hay un claro *non sequitur*. Del hecho que tanto en 1 como en 2 “uno puede formular un par similar de descripciones” no se sigue que ello sea el caso “para toda regla”. Esto resulta aun más obvio cuando notamos que Searle probablemente no formularía ninguna objeción a la aserción de Raz sobre que tanto los impuestos como las promesas son hechos institucionales. Searle (correctamente) sostendría que se podría pensar en (otras) reglas para las que el ítem (b) del par esté ausente. En otras palabras, no es el caso que todas las acciones conforme a reglas, por ese mismo hecho, admitan esta descripción dual. Ello *es el caso* en lo que respecta al derecho tributario y a la promesa, pero no en lo relativo a, por ejemplo, Los Diez Mandamientos. El siguiente no es un par completo de descripciones de acto:

3(a) Honrar a nuestros padre y madre (b) (vacío).

puesto que, no obstante que en las circunstancias relevantes, “darle 50 libras al Sr. Jones” y “decir `Yo Prometo`” cuenta como pagar impuestos y prometer, “honrar a nuestros padre y madre” no cuenta como nada. Por ende, no *todas* las reglas son constitutivas.

Qué sucede con

4(a) Ser amable con nuestros padres (b) Honrar a nuestros padres?

En este caso, la descripción contenida en 4(b) es una forma de *evaluación* más que una especificación (Searle, 1969, 36; *ver* también Cherry, 1973, 302). Si en lugar de ellos se nos presentara algo como

5(a) No honrar a nuestros padres (b) Ser culpable de un pecado

Luego, la regla en cuestión (el Cuarto Mandamiento, Exod. 20:12) sería, a mi parecer, constitutiva. Empero, ello dependería de la (contingente, i.e. no necesariamente implicada por el Cuarto Mandamiento) existencia del concepto institucional de *pecado*.

Nótese que el concepto de pecado no es conceptualmente (en oposición a teológicamente, que puede o no ser el caso) necesario ya sea para aplicar o para entender los Diez Mandamientos: ellos pueden ser entendidos simplemente como estableciendo que es correcto e incorrecto hacer. El concepto institucional de pecado nace, por decirlo de alguna forma, cuando alguien ofrece una interpretación de una (hasta ese momento no

institucional) práctica en términos de hechos institucionales (ver más abajo en ___). Nótese además que, si se introduce el concepto institucional de pecado, no sólo el cuarto, si no que *todos* los Diez Mandamientos pasan a ser constitutivos: cada uno de los actos descritos por cada mandamiento (usar el nombre de Dios en vano, asesinar, cometer adulterio, robar, etc.) pasan a transformarse en un término X al cual el término institucional Y “pecado” se encuentra ligado.

Quizás esto sea lo esencial de la crítica de Raz. Puede que él deba ser entendido como diciendo que, en lo concerniente a las reglas jurídicas en los sistemas jurídicos desarrollados, siempre habrá una descripción disponible para el ítem (b). Esto me parece cierto, pero de ello no se sigue que todas las reglas son tanto regulativas como constitutivas. Lo que sí se sigue es que una regla adquiere su carácter (regulativa o constitutiva) del sistema normativo al que pertenece.

Ahora se puede avanzar un paso más allá. Dado que todas las reglas son regulativas, pero algunas son también constitutivas, se sigue que algunas reglas son puramente regulativas. Pero esto, creo, presenta una pregunta interesante: ¿pueden las reglas “puramente regulativas” existir en el contexto de sistemas institucionales (siendo las “instituciones”, siguiendo a Searle por un momento, “sistemas de reglas constitutivas”)? Existen (por ejemplo) reglas jurídicas, puramente regulativas?

Tony Honoré, por ejemplo, ha sostenido que una teoría satisfactoria de la individuación de normas jurídicas, debe admitir los siguientes tipos de normas jurídicas:

1. Las *Normas Jurídicas de Existencia* crean, destruyen o contemplan la existencia o no existencia de entidades.
2. Las *Reglas de Inferencia* contemplan la forma en la que los hechos pueden o deben o deberían preferiblemente ser probados y qué inferencias pueden o deben o deberían preferiblemente ser obtenidas a partir de la evidencia.
3. Las *Reglas Categorizadoras* explican cómo traducir acciones, eventos y otros hechos a las categorías apropiadas.
4. Las *Reglas de Ambito* fijan el ámbito de otras reglas.
5. Las *Reglas de Especificación de Posiciones* determinan la posición jurídica de personas o cosas en términos de derechos, obligaciones, estatus y otros similares.
6. Reglas *Directamente Normativas* (que son pocas, pero importantes) guían la conducta de ciudadanos en tanto tales (Honoré, 1977, 112; sobre la importancia de una teoría de la individuación del derecho, que provee el trasfondo al argumento de Honoré, véase Raz, 1980, Ch. 4).

Espero que resulte claro que los ítems 1 a 5 no pueden ser puramente regulativos. Las reglas del tercer tipo, por ejemplo “Un joven es cualquier persona mayor de 14 años y menor de 17 años (Honoré, 1977, 102) son casos evidentes de reglas constitutivas, i.e. reglas de la

forma “X cuenta como Y en C” (Searle, 1995, 43ss). Lo mismo se puede decir sobre los ítems 1, 4 y 5. Considero que las Reglas de Inferencia también son típicamente constitutivas: especifican que cuenta como evidencia para la existencia de un hecho institucional, como un contrato o un testamento.

Esto deja sólo a 6, “reglas directamente normativas”. ¿Acaso no son puramente regulativas? Ciertamente no *constituyen* aquello que regulan: si lo hicieran, caerían en otra categoría. El problema es que estas reglas no pueden ser puramente regulativas, puesto que están expresadas en términos institucionales. Ellas son casi tautológicas (Searle parece creer que son, de hecho, tautologías: 1969, 33).¹⁵ Tal como Honoré sostuvo,

el hecho de que la legislación criminal por lo general define lo que constituye un delito y no prohíbe directamente la conducta indeseable ... revela ... que las reglas directamente normativas de un sistema moderno son generalidades triviales en su mayoría.

“No cometa un delito. “Absténgase de incurrir en hechos constitutivos de responsabilidad extracontractual”. “Ejecute el contrato”. “Pague las deudas”. ”Discharge liabilities”), “Cumpla sus obligaciones”. ... Estas normas básicas no están atadas a actos-situaciones específicos, y esto confirma, si fuera necesario confirmarlo, qué tan insatisfactorio sería cualquier programa general individualizador de normas jurídicas sobre la base de actos-situaciones. Pero por supuesto las normas presuponen para su aplicación en el discurso jurídico que el sistema contiene reglas que sí especifican actos-situaciones que corresponden a las categorías generales de “delito”, “delito o cuasi delito civil/responsabilidad extracontractual(¿?)”, “contrato”, “deuda”, (“liability”), “obligación” (Honoré, 1977, 118).

Dado que los actos-situaciones que estas reglas regulan están constituidos por otras reglas, i.e. aquellas que definen “tort”, “contrato” y otras similares, estas reglas no pueden ser puramente regulativas. Una regla del tipo “ejecutar un contrato”, por ejemplo, parece ser regulativa, pero impone a una parte del contrato un “poder negativo” (que se corresponde,

¹⁵ Aun cuando no continuaré con el tratamiento de este asunto, es interesante notar que es dudoso si es que pueden realmente ser tautologías. Barry Smith sostiene, siguiendo a Adolf Reinach, que en (lo que Searle llama) “sistemas de reglas constitutivas” se debe “eventualmente llegar a conceptos institucionales básicos (CIBs), que equivale a decir: conceptos institucionales que no son susceptible de ser definidos aún más en el nivel institucional (Smith, 1993, 318). Ellos no son susceptibles de ser definidos de forma no circular, en términos de conceptos no institucionales, ya que, entonces “todos los conceptos institucionales resultarían ser definibles de esa forma”. Esto refuerza mi conclusión de que no hay espacio para reglas puramente regulativas en “sistemas de reglas constitutivas”. Véase Sergot *et al*, 1986, para un intento de traducir una pieza de legislación existente, la “Ley de Nacionalidad Británica”, a un conjunto de definiciones (i.e. reglas con la forma “X cuenta como Y en el contexto de C”). Se podría entonces tomar el concepto de “ciudadanía” como un concepto institucional básico (o como susceptible de ser definido en términos de CIBs, o como susceptible de ser definido en base a conceptos que son, por su parte, definibles en base a CIBs, etc.) La naturaleza de estos CIBs genera problemas en los que no necesito profundizar: Smith continúa diciendo que la única explicación disponible para Searle sería aceptar que las verdades sobre CIBs “expresan necesidades material irreducibles del tipo Reinachiano, esto es, expresan relaciones necesarias entre ciertas categorías *sui generis no-inventables*” (Smith, 1993, 318-9; la referencia de Smith es a Reinach, 1983)

naturalmente, con el “poder positivo” de la otra parte de exigir su cumplimiento). Este poder negativo (y su positivo correspondiente) es necesariamente parte de cualquier especificación del término Y, en cualquier regla de la forma “X cuenta como Y en el contexto C” cuando “Y” representa “contrato”. Por ende, no es sólo (parte de) una regla constitutiva, es una regla sin la cual nada de lo que reconoceríamos como contrato existiría. Esto destaca una importante característica de la distinción de Searle: la distinción no es entre reglas, sino entre *sistemas de reglas*.¹⁶

Searle no está de acuerdo con esto. El cree que es perfectamente posible, *tanto* que las reglas constitutivas existan sin pertenecer a ningún sistema de reglas (una especie de regla constitutiva “autónoma”) *como* que puedan existir reglas puramente regulativas en el contexto de instituciones (veremos cómo estos puntos son, en realidad, el mismo). Sin embargo, no alcanzo a ver cómo puede permitir estas posibilidades sin renunciar por completo a la distinción. En la conferencia de Buffalo, Searle expuso los siguientes ejemplos:

(1) *Reglas constitutivas autónomas*. “Considérese una tribu que tiene un procedimiento para seleccionar un líder: aquel que levante la piedra más grande, como los Vikingos. El que pueda tirar la piedra más lejos, será el Jefe. Ahí se tiene una regla constitutiva. Y no hay un sistema completo. Es solo que la tribu lo reconoce como el jefe”.

El problema radica en que “ser el jefe” podría recibir una interpretación no institucional. “Ser el jefe” puede ser un hecho bruto si quiere decir que yo reconozco a alguien como el jefe porque ha mostrado ser él o la más fuerte, y por ello mejor para mi hacer lo que ordene hasta que me vuelva tan fuerte como ella o él (aquí “jefe” funciona como una mera etiqueta para “él o la más fuerte”). Esto no supone hecho institucional alguno (*véase los comentarios de Searle acerca de las etiquetas, citados más abajo*), y por lo tanto, “él o ella es el jefe” no hace referencia a ninguna regla constitutiva.

La situación es distinta sin embargo, si por “él o ella es el jefe” quiero significar o implicar que en algún sentido tengo el *deber* de actuar como ordena. *Ahora sí* estamos

¹⁶ Por cierto, él reconoce que el hecho que, usualmente, “las reglas constitutivas forman parte de sistemas” (Searle, 1969, 33; *véase también* 35). Sin embargo, las reglas constitutivas tienen este carácter *porque* pertenecen a instituciones, no cuando se encuentran flotando en una especie de vacío normativo (*véase* Cherry, 1973).

hablando en términos institucionales. Al ser elegida(o) como jefe, ha adquirido un nuevo estatus que le permite exigir obediencia del resto de nosotros: X cuenta como Y en el contexto C. Este lenguaje normativo se hace posible gracias a reglas constitutivas. ¿Cómo podemos distinguir ambas situaciones? Pues bien, debemos observar qué significa exactamente “ser el jefe”. Si “jefe” es un hecho institucional, esperaríamos no sólo encontrar una regla sobre cómo se elige al jefe, sino también reglas que especifiquen las consecuencias de ser el jefe: reglas que confieran poderes al jefe y obligaciones a los subordinados, por decir lo menos. Si solamente se cuenta con una regla que especifica cómo podemos identificar a aquella persona cuyos deseos más nos vale satisfacer, no logro ver cómo se puede decir que “ser aquella persona cuyos deseos más nos vale satisfacer” sea un hecho institucional. Ciertamente, parece ser un buen ejemplo de una de las “reglas como resúmenes” de Rawls. Por el contrario, si Searle pretende conceder que “ser aquella persona cuyos deseos más nos vale satisfacer” es un hecho institucional, parecer ser que con algo de ingenio seremos capaces de transformar cualquier regla regulativa en una constitutiva y la distinción colapsaría.

Me parece que Searle advirtió este problema (el problema de todas las reglas tornándose trivialmente constitutivas de esta forma) en *La Construcción de la Realidad Social*, donde sostuvo que

Del modo como estoy usando la fórmula (i.e. la fórmula “X cuenta como Y en el contexto C”), no sería una proposición de una regla constitutiva decir “objetos que están diseñados y son usados para que una persona se siente cuentan como sillas”, porque la satisfacción del término X es suficiente para satisfacer el término Ys solo por la definición de la palabra “silla”. *La “regla” no añade nada excepto por una etiqueta* por lo que no es una regla constitutiva (Searle, 1995, énfasis añadido).

En la situación imaginada por Searle, en la que sólo se cuenta con una regla que especifica que aquella persona que pueda levantar la roca más grande se convierte en jefe, no existe una regla constitutiva, si no que una mera etiqueta (“jefe” como una mera etiqueta para “él o la más fuerte”), a menos que se pueda ubicar otras reglas que especifiquen el estatus que vaya con el término Y. Se sigue de lo anterior que, precisamente en cuanto las reglas constitutivas son “autónomas”, dejan de ser reglas constitutivas.

Ello no es tan sólo un detalle curioso acerca de los hechos institucionales. La diferencia clave entre una etiqueta y un estatus es que sólo este último está caracterizado por un conjunto de poderes o funciones ligados a él; por tanto, es *necesariamente el caso* que, en cuanto exista sólo una regla que establezca que “él o la que pueda arrojar la roca

más lejos es el jefe”, sin ninguna función o estatus ligado a la calidad de jefe de una persona, y *precisamente porque existe sólo una de esas reglas*, “ser el o la jefe” no contaría como una instancia de un hecho institucional. De hecho, Searle aparentemente concede este punto cuando se refiere al dinero:

 Pero describir estos pedazos de papel con el término Y “dinero”, hace más que proveer un abreviatura de las características del término X; describe un nuevo estatus, y ese estatus, a saber, Dinero, tiene un conjunto de funciones ligadas a él, e.g. medio de intercambio, depósito de valor, etc. (Searle, 1995, 46).

(2) *Reglas institucionales puramente regulativas*. En la conferencia de Buffalo, Searle presentó la regla 48 del béisbol como un ejemplo de esto: “ningún jugador, entrenador o dirigente podrá disputar la decisión de un árbitro”. Sin embargo, esta regla no es puramente regulativa, toda vez que contribuye a definir las posiciones de los jugadores, árbitros y entrenadores en el juego del béisbol. El hecho que una persona tenga el estatus de árbitro en el béisbol es un hecho institucional definido (entre otras cosas) por el hecho que ningún jugador o entrenador pueden disputar sus decisiones relativas al modo de aplicar las reglas. Si la regla 48 no es constitutiva de lo que un árbitro (jugador o entrenador) es, luego es difícil notar cómo ciertos poderes pueden ser adscritos a estatus institucionales.

Vemos como los puntos (1) y (2) están conectados: una regla constitutiva de la forma “X cuenta como Y en el contexto C” debe indicar no sólo cómo algo o alguien pasa a ocupar la posición Y (i.e. no sólo el modo de elegir al jefe, por ello la regla vikinga o no era constitutiva o no era autónoma), sino también “debe asignar un nuevo *estatus* que el objeto no tenga ya por el mero hecho de satisfacer el término X” (Searle, 1995: 44). Este estatus es asignado mediante ulteriores reglas, que especifican cuáles son los poderes del detentador de ese estatus. Entre estas reglas, en el caso del béisbol, encontraremos la regla 48. La regla 48 no puede ser una regla puramente regulativa.

Antes de profundizar en este punto, volvamos al comienzo y consideremos los criterios ofrecidos por Searle para distinguir reglas constitutivas de reglas regulativas. En *Los Actos de Habla*, Searle ofreció dos criterios diferentes: uno en la página 33 y otro en la 35 (los llamare “33” y “35” respectivamente. Ambos fueron citados arriba, en ___). ¿Cuál es la relación entre ambos criterios? Creo que puede demostrarse que no coinciden necesariamente, pues responden a preguntas diferentes. Tal como Geoffrey Warncock sostuvo:

 Esta supuesta distinción entre “dos tipos” de reglas es en realidad, creo, una manera confusa

de aproximarse a tantas a otras dos distinciones. Hay, primero, una distinción entre dos maneras de decir lo que la gente hace -una de las cuales es, por ejemplo, caminar, o golpear balones, o agitar banderas, que no involucran ninguna referencia a reglas, y otra que, como jugar tenis, o señalar, o legar una propiedad, hace por esencia referencia a reglas, o las supone. Luego, en segundo lugar, hay una amplia y relativamente vaga distinción entre dos diferentes “objetos” de reglas, o entre razones para tenerlas. No es el *objeto*, presumiblemente, del derecho penal “crear la posibilidad” de cometer crímenes, aunque indirectamente lo hace; el objeto es “regular” algunos aspectos de la conducta de los miembros de la sociedad. Por el contrario, mientras las reglas de, digamos, el fútbol sí “regulan” la manera en que los balones son pateados en las canchas, es en este caso el objeto de (algunas) reglas “constituir” cierto ejercicio de habilidad física e ingenio, “crear” un juego particular para que la gente lo juegue. (Warnock, 1971, 38).

Ahora, con la idea de Warnock en mente, consideremos los dos criterios de la distinción de Searle. Como se debe recordar, el primer criterio (33) consistía en que, mientras las reglas regulativas regulan “formas de conducta existentes con anterioridad a o independencia de las reglas”, las reglas constitutivas crean o definen *nuevas* formas de comportamiento, tales como jugar al ajedrez o al fútbol.

En rigor, tal como Searle observó, lo que *crea* la posibilidad de jugar ajedrez o fútbol no es *una* regla, si no que un *sistema de reglas* (“las reglas del ajedrez...”). Ya hemos visto que ninguna regla por sí sola puede crear un hecho institucional. Por ende, este no es un criterio para distinguir entre reglas constitutivas y regulativas, sino que entre *sistemas de reglas*. Algunos sistemas de reglas existen, como Warnock sostuvo, para “regular algunos aspectos de la conducta de los miembros de la sociedad” i.e. para regular un comportamiento existente con anterioridad a o independencia de las reglas. El objeto de otros sistemas de reglas es, por otra parte, “crear” actividades particulares (tanto Warnock, como hemos visto, como Searle (Searle, 1995, 50) están de acuerdo en que, mientras el ajedrez es un ejemplo de esta última, el derecho penal es un ejemplo de la primera).

El segundo criterio (35) se centraba en la descripción del comportamiento realizado conforme a la regla. Cuando la regla es constitutiva, la acción en conformidad a ella puede ser descrita de un modo que no estaría disponible de no existir la regla; en lo referente a las reglas regulativas, este no es el caso.

Ahora bien, este criterio cuenta una historia más bien diferente: el derecho penal, por ejemplo, es típicamente regulativo en el primer sentido, un punto que, como hemos visto, no resulta controversial. El derecho penal no existe *con el objetivo* de crear la posibilidad de cometer crímenes, sino para regular formas de comportamiento existentes con anterioridad. Sin embargo, en sistemas jurídicos (no necesariamente demasiado)

desarrollados, las reglas del derecho penal son necesarias para describir, por ejemplo, que Jones “es culpable” de “homicidio en el primer grado”, pero que, no obstante, se ve “excusado” por “circunstancias atenuantes” etc. Por lo tanto, de acuerdo al segundo criterio, las reglas del derecho penal son constitutivas (*véase* MacCormick, 1998, 335, donde sostiene que “el límite entre regulativo y constitutivo no es claro en el esquema de Searle; *véase* también MacCormick y Weinberger, 1986, 23 donde sostienen que “la distinción Searleana entre reglas constitutivas y regulativas es particularmente insatisfactoria).

La nueva teoría general de los hechos institucionales de Searle se encuentra todavía expuesta a este problema. Esta vez, la distinción hace su aparición en el libro con la ayuda del siguiente par de ejemplos: “conduzca por el lado derecho de la calle” (regulativa) y “las reglas del ajedrez” (constitutiva). Aquí se puede ver a Searle utilizando el primer criterio. Se sostiene que la regla de “conducir por la derecha” es regulativa pues regula la conducción y la conducción es una forma de comportamiento anteriormente existente (Searle, 1995: 27), mientras que las reglas del ajedrez son constitutivas pues “crean la posibilidad misma” de jugar al ajedrez (nótese nuevamente la forma singular del primero y el plural del último).

Ahora, considérese por un momento el nuevo ejemplo paradigmático de regla regulativa de Searle: “conducir por el lado derecho de la calle”. Si la formulación literal de la regla es (algo así como) “conduzca por el lado derecho, o será forzado a pagar 5 libras” la regla no genera “nuevas posibilidades de comportamiento” y es, por lo tanto, (puramente) regulativa. Pero si la formulación de la regla fuere “Constituirá una falta la no conducción por el lado derecho de la calle” (como es, de hecho, probable que sea), estaría efectivamente creando una nueva posibilidad de esa naturaleza (esto es, cometer una falta), y sería constitutiva.

No creo que Searle aceptaría que la misma regla pueda ser regulativa o constitutiva dependiendo de su formulación literal. Empero, la única forma en la que ello puede ser evitado es centrándose no en la regla, si no que en el sistema de reglas al que pertenece: si es una regla jurídica en un sistema jurídico desarrollado (“desarrollado” en este sentido excluye a “sistema de reglas primarias” en el sentido de Hart, 1994, 91), entonces será constitutiva, puesto que identificará una forma de comportamiento como el término X que

ha de vincularse a un término institucional Y, tal como “ser culpable de una falta”, con un conjunto particular de poderes negativos y positivos. Si es sólo una regla de etiqueta (como la regla de “pararse a la derecha” que se aplica en las escaleras del Metro de Londres), sería en ese caso puramente regulativa (pero podría ser incluso una regla de un extraño juego: (“conducir por la derecha cuenta como una anotación de un punto”).

Como se mencionó anteriormente, Searle no está de acuerdo con mi tratamiento de los dos criterios. Sostuvo (en la Conferencia de Buffalo) que 33 es una definición (en lugar de un criterio), y 35 es simplemente un “recurso pedagógico”, otra forma de abordar el asunto, pero ello no parece ser más que un desacuerdo verbal. Searle sí está de acuerdo con que una consecuencia de la existencia de hechos institucionales es que se puede utilizar algo que se podría querer denominar “lenguaje institucional”. Yo también quisiera distinguir 35 de 33. Quisiera señalar que 33 es la idea importante, y que el poder o no utilizar lenguaje institucional para describir hechos institucionales (i.e. si 35 se cumple o no) depende, en una medida importante, de detalles técnicos sobre las formulaciones canónicas de las reglas involucradas. Sin embargo, el hecho que un sistema de reglas sea o no institucional en el sentido de 33 no es algo que 33 haga dependiente de las formulaciones canónicas de las reglas involucradas. Como se ha visto, 33 no es una definición que identifique una regla constitutiva, si no que *un sistema de reglas*. La distinción es, por lo tanto, entre sistemas de reglas que tienen como objetivo principal la creación de una nueva actividad y aquellos que tienen por objetivo regular una práctica pre-existente. Los sistemas del primer tipo, no obstante, efectivamente regulan formas pre-existentes de comportamiento (v.gr. las reglas del fútbol regulan la forma en la que los jugadores pueden mover el balón), y los sistemas del segundo tipo constituyen en realidad nuevas formas de comportamiento (v.gr. ser culpable de una falta). La distinción contenida en 33 no está basada en el hecho de que algunos sistemas constituyan y otros regulen, sino en el hecho de que algunos sistemas regulan formas pre-existentes de comportamiento, con el objeto de crear una nueva actividad, mientras que otros crean la posibilidad de nuevas formas de comportamiento con el objetivo de regular ciertas formas pre-existentes de comportamiento.

Esta no es una objeción particularmente fuerte a los argumentos originales de Searle: para algunos propósitos puede resultar útil centrarse sólo en reglas particulares. Por

cierto, desde que ambos sistemas constituyen (solo que en distintas direcciones: unos constituyen con el fin de regular y otros regulan con el fin de constituir), si lo único que queremos sostener es que el lenguaje institucional introduce una ontología especial, puede ser suficiente simplemente hablar acerca de “sistemas que permiten hechos institucionales” y en este sentido podríamos legítimamente referirnos tanto a los juegos como al derecho, a instituciones que regulan para constituir y a aquéllas que constituyen para regular. El argumento contenido en este capítulo no está diseñado para mostrar que la distinción original de Searle era errónea. Es, en cambio, que las posibilidades que se abren para el análisis de la “ontología institucional” son pasadas por alto si uno se detiene simplemente en el punto desde donde uno puede echar un vistazo a los hechos institucionales. Mi punto, hablando metafóricamente, es que se puede utilizar lentes más sofisticados, lentes que permitan ver las diferencias entre los habitantes de este mundo institucional. Dejando atrás la metáfora, el punto es que concentrarse en sistemas de reglas, en lugar de reglas, provee de una mucho mayor comprensión acerca del modo en que las reglas funcionan.

En la siguiente sección, intentaré entregar algunos ejemplos de este último argumento. Intentaré demostrar que, dado que utiliza una distinción que está diseñada sólo para mostrar si los hechos institucionales son posibles, cuando llega el momento de explicar las características de esa ontología institucional, Searle tiende a adscribir a todos los hechos institucionales características que en realidad pertenecen sólo a algunos de ellos, no por su carácter de institucional, sino por la clase particular de institución que efectivamente son. Por tanto, se ve obligado a distorsionar un tipo de institución al introducirle forzosamente las características de otra.

Una Crítica a la Teoría General de Searle

La Evolución de las Instituciones

El primer problema que me gustaría discutir se relaciona con el asunto de la evolución de las instituciones. ¿Puede una institución evolucionar sin que los participantes adviertan que están haciéndola evolucionar?

La respuesta de Searle es que efectivamente pueden hacerlo. Considérese el ejemplo del dinero. Las personas pueden dedicarse a comprar, vender e intercambiar, sin pensar que los bienes particulares que utilizan como medio de intercambio sean “dinero”:

La evolución puede ser tal que los participantes piensen, v.gr. “puedo cambiar esto por oro”, “esto tiene valor”, o simplemente “esto es dinero”. Ellos no necesitan pensar que “estamos imponiendo colectivamente un valor a algo que no consideramos valioso puramente en razón de sus cualidades físicas”, aun cuando eso es precisamente lo que están haciendo. ... Mientras compran, venden y permutan conscientemente, etc., ellos pueden simplemente evolucionar hechos institucionales (Searle, 1995, 47).

Ahora bien, ¿Por qué las personas pueden hacer evolucionar hechos institucionales sin advertirlo? La respuesta es que ellos pueden continuar haciendo lo que han venido haciendo todo el tiempo y la institución se generará, por decirlo de algún modo, apoyada en la práctica. Como Zenon Bankowski ha sostenido, en relación con las promesas:

la institución se genera porque gradualmente surge una práctica en la que, por ejemplo, hacemos algo que decimos que haremos, no meramente por las razones sustantivas que tuvimos para decir que lo haríamos, sino que además por la sola razón de que dijimos que lo haríamos. Al principio ésta última es una entre todas las razones pero gradualmente excluye las otras, y así podríamos sostener que la convención de prometer surge. Lo hacemos porque lo prometimos y las otras razones resultan excluidas. Por lo que la institución surge apoyada en las razones sustantivas dado que la razón de que algo es una promesa puede ser visto como la universalización de las razones sustantivas (Bankowski, 1993, 13; véase, para un punto similar, Atiyah, 1981, 120).

Antes de seguir, nótese que Bankowski *no* está tratando de ofrecer un análisis reduccionista del prometer, en términos de cualesquiera sean las razones sustantivas que las partes puedan pensar que tienen para prometer. No es necesario enfatizar que cualquier explicación reduccionista de ese tipo no puede ser un análisis completo del prometer. Creo que el punto de Bankowski debe ser comprendido en el sentido de apuntar al mismo objetivo que la aserción de Searle (Searle, 1995, 50s), que “en muchos casos el término X es escogido precisamente porque se supone tiene las características necesarias para ejecutar la función especificada por el término Y”. El argumento de Bankowski, desde este punto de vista, es que el término Y “surge apoyado” en las razones sustantivas *normalmente* detrás el término X, y que le agrega *cierto grado* aislamiento de la presencia efectiva o ausencia de esas razones sustantivas en una instancia particular del término X. Bajo circunstancias normales, tenemos buenas razones sustantivas para otorgar a un acuerdo (el término X) la fuerza obligatoria de una promesa (el término Y). Por lo tanto, tratamos los acuerdos como promesas obligatorias sin la necesidad de revisar, en cada instancia, si aquellas razones sustantivas están efectivamente presentes.

Esta generación del término Y apoyado en el término X es, sin embargo, algo que sólo puede suceder en lo relativo a instituciones que “constituyen para regular”, esto es, instituciones que crean la posibilidad de hechos institucionales por los efectos regulativos

mejorados que esta *técnica* permite. Puesto que las instituciones del derecho penal no son necesarias para sostener la práctica de castigar a personas por no comportarse de acuerdo a lo que Hart denominó reglas “primarias” (de forma muy similar a como observamos que el concepto de pecado no es conceptualmente necesario, tanto para entender, como para aplicar los Diez Mandamientos), aquellos que administran el castigo no necesitan pensar en las reglas del derecho penal en términos constitutivos (en un sistema “no desarrollado” bastaría con tener una lista de “puedes hacer” y “no hagas”; o, más bien, una lista de “no hagas-o si no...”). Ellos pueden simplemente continuar con la práctica de castigar, y en algún momento un escritor (lo que en Escocia, por ejemplo, se denomina escritor *institucional*)¹⁷ podrá ofrecer una interpretación de la práctica de castigar personas en términos de hechos institucionales (véase MacCormick, 1973, 62s; 1998, 333; MacCormick y Weinberger, 1986, 12).¹⁸ Pero cuando la institución es de aquellas que “regulan para constituir” (una que especifica el modo en el que deben hacerse ciertas cosas en pos de crear una nueva actividad v.gr. como se debe patear un balón en el campo para crear el juego del fútbol) ésta no puede evolucionar apoyada en la práctica puesto que, sin la institución, simplemente no hay práctica. No puede existir una práctica pre – institucional de fútbol, en el sentido que sí es posible que exista una práctica jurídica pre – institucional; un “régimen Hartiano de reglas primarias” de fútbol es, a mi parecer, una imposibilidad conceptual (véase Amselek, 1988, 209: “es imposible imaginar que uno puede jugar un juego sin implicar que uno está siguiendo el conjunto de reglas correspondiente”). El primer grupo de personas que concibió el fútbol, por ejemplo, tiene

¹⁷ Véase Cairns, 1994, 90: “En Francia y en España, las obras institucionales fueron obviamente vinculadas a intentos de crear y promover un derecho nacional unificado. Esto no puede ser así para Escocia, ya que la legislación escocesa era unificada. Sin embargo, vale la pena considerar que la legislación escocesa si requirió unificación en un sentido diferente, en que las partes separadas que constituían del derecho-consuetudinaria, Canónica, Romana, y estatutaria- tenían que ser elaboradas para formar un todo convincente; y en general se considera que esta unificación del derecho en un derecho escocés general fue llevada a cabo por los escritores escoceses institucionales, especialmente Stair. Los elementos dispares del derecho escocés se conectan con las distintas jurisdicciones-reales, hereditarias y eclesiásticas - y debe ser de importancia a este respecto que, en los siglos XVII y XVIII las diversas jurisdicciones tendieron a estar unidas en un sistema de justicia centralmente organizado”.

¹⁸ No estoy diciendo que la escritora *crea* hechos institucionales allí donde no los había; ella hace explícito lo que hasta ese momento era implícito en la práctica: este es el punto de Searle. Lo que se tiene es un proceso continuo desde hechos brutos puros a hechos institucionales implícitos a hechos institucionales explícitos (para una ilustración de este proceso en la historia del derecho, véase Cairns, 1994; Stein, 1983).

que haber estado conscientes del hecho que estaban imponiendo un significado particular a tres postes de madera que no tenían dicho significado en virtud de sus características físicas.¹⁹

(Cuando era niño, acostumbábamos a jugar fútbol en un parque. Ya que, por supuesto, no había arcos en el parque, teníamos que utilizar nuestros chalecos y mochilas como arcos. La primera vez que mis amigos comenzaron a arrojar sus mochilas y chalecos alrededor, no lograba comprender que era lo que estaban haciendo, hasta que uno de ellos dijo: “este es su arco y ese es el nuestro”: todo estuvo claro desde entonces. No podríamos haber jugado fútbol en el parque sin haber advertido que, al ubicar esas mochilas y chalecos en el lugar que lo hicimos nos encontrábamos colectivamente asignándoles un significado, un significado que no se agotaba en las propiedades físicas de las mochilas y los chalecos. Pero los prisioneros de guerra que, en los campos de concentración alemanes, como cuenta usualmente la historia, comenzaron a dar y a aceptar paquetes de cigarrillos a cambio de otros bienes, no necesitaban estar al tanto del hecho que, por su entrega y recepción de paquetes de cigarrillos en esas circunstancias se encontraban asignándole a los cigarrillos un significado que no se agotaba en sus propiedades físicas).²⁰

Relaciones sistemáticas entre hechos institucionales

Una característica de los hechos institucionales, de acuerdo a Searle, es que ellos “no pueden existir aisladamente, sino que únicamente en un conjunto de relaciones sistemáticas con otros hechos” (Searle, 1995, 35). Para que exista el dinero, debe existir con anterioridad un sistema de intercambio, y para la existencia de un sistema de intercambio, es necesario previamente un sistema de propiedad y de dominio sobre ella. “Similarmente, para que las sociedades puedan tener matrimonios, deben contar con alguna forma de relaciones contractuales. Pero para que tengan relaciones contractuales, deben tener tales cosas como

¹⁹ De todas formas, ¿acaso ellos no podrían haber pensado que los postes tuvieren ciertas propiedades mágicas, de modo que el fútbol haya sido algo que debía jugarse en esos términos en razón de consideraciones más amplias (tal como el objetivo de no insultar a los dioses, etc)? Esta respuesta no está disponible para Searle, quien no estaría dispuesto a llamar a este “juego” un juego. (Searle, 1995, 36n): “en la medida que los deportes profesionales tienen esas consecuencias [más amplias], dejan de ser simplemente juegos y pasan a ser otra cosa, v.gr. asuntos importantes”.

²⁰ Véase Wonnacott y Wonnacott, 1990, 38-41 para la versión de libro de texto de esta historia. Wonnacott y Wonnacott siguen a Radford, 1945.

promesas y obligaciones” (Searle, 1995, 35).

En términos generales, la existencia de sistemas que “constituyen para regular” presupone la existencia de la práctica para cuya regulación se crea el sistema. Esto es así, obviamente, porque el punto de desarrollar el sistema es justamente su impacto regulatorio en la práctica. Sin embargo, ello muestra que esto (i.e. el hecho que ciertas instituciones presupongan otros hechos institucionales y no institucionales) no es el caso en virtud de alguna característica misteriosa de los hechos institucionales, si no que por el tipo particular de hechos institucionales bajo consideración. En lo que respecta a los juegos, nuevamente, el punto es menos sencillo.

Searle, sin embargo, cree que los juegos no son contraejemplos a su argumento, aun cuando “puede parecer ” que lo sean, “porque, ciertamente, los juegos son diseñados para ser formas de actividad que no se conectan con el resto de nuestras vidas en la forma que los hechos institucionales característicamente lo hacen”. Cuando este punto se observa con cuidado, Searle sostiene,

incluso en el caso de los juegos hay dependencia sistemática en otras formas de hechos institucionales. La posición del lanzador, el receptor y el bateador, por ejemplo, involucran derechos y responsabilidades; y sus posiciones y acciones u omisiones son ininteligibles sin una comprensión de estos derechos y responsabilidades; pero estas nociones son a su vez ininteligibles sin las nociones generales de derechos y responsabilidades (Searle, 1995, 36).

No es claro si Searle piensa que el *béisbol* es ininteligible sin nociones tales como derechos y responsabilidades o si, como más tarde sostiene, que este hecho (el hecho que el *béisbol* dependa de esta forma de dichas nociones) es una consecuencia de la circunstancia que los juegos generalmente “emplean un aparato –de derechos, obligaciones, responsabilidad, etc.- que es inteligible solo en virtud de muchos tipos de otros hechos sociales” (Searle, 1995, 56). De todos modos, este no parece ser el caso. Se puede entender, hacer sentido e incluso *jugar* al ajedrez sin saber lo más mínimo acerca del “aparato” utilizado en India durante o antes del siglo VI (o donde y cuando sea que haya sido inventado: que no necesitemos estar seguros de sus orígenes para jugar es otra forma de hacer el punto). El *béisbol* y el *fútbol* se juegan alrededor de todo el mundo, y ello no constituye una prueba de que las nociones de “derechos, obligaciones y responsabilidades” sean comunes a toda la humanidad, a menos que uno quisiese aferrarse al argumento de Searle y sostener que el hecho que podamos entender los juegos es prueba de un “aparato” compartido por los seres humanos en todo tiempo y lugar (¿no sería acaso un argumento extraño para una doctrina

de derecho natural?).

Se puede conceder que hoy en día usaríamos alguna idea de responsabilidad para entender las diferentes funciones de, digamos, un arquero, un defensa, etc. en un equipo de fútbol, pero sin aquellas nociones, seríamos capaces de todas formas de jugar al fútbol. Aquellas nociones me parecen más cercanas a la idea de una estrategia exitosa que a la noción misma de lo que es el fútbol.

Encontrar esta característica en los juegos, la que obviamente está presente en los conceptos legales (dinero, matrimonio y sus similares) obliga a Searle a debilitar su exigencia. En la Conferencia de Buffalo, la explicación de Searle acerca de nuestra capacidad de entender el ajedrez en vista de nuestra ignorancia sobre la India del siglo VI era que “sí tenemos que saber que hablaban un idioma, y que ellos entendían cosas tales como que la reina tiene más poder que el peón...La forma institucional básica es el lenguaje; la movida institucional básica es el acto de habla, y eso es universal”.

Por supuesto, esto es algo que no pretendo negar. No obstante, nótese cuan débil en contenido resulta esta exigencia al ser comparada a la pesadamente cargada exigencia de “para...tener dinero, esa sociedad debe tener un sistema de intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, para tener un sistema de intercambio, la sociedad debe tener un sistema de propiedad y de dominio sobre ella” (Searle, 1995, 35). No estamos aquí hablando de lenguaje, estamos hablando de estructuras sociales, relaciones de producción y otras similares: a fin de contar con instituciones, algunas estructuras sociales deben estar constituidas. Cuando se trata de los juegos, lo único que se nos dice es que la sociedad debe contar con un lenguaje. Esto es común, según Searle, a todos los hechos institucionales, y no quiero negarlo. Usando el lenguaje de Barry Smith (Smith, 1993), se puede decir que todas las instituciones se sitúan en una relación de necesidad ontológica con el lenguaje; pero algunas de ellas (como aquellas a las que se refirió Searle en el primer párrafo de la sección 4 en la página 35 de *La Construcción de la Realidad Social*) también se sitúan en ese tipo de relación con prácticas mucho más concretas y contingentes (tales como la propiedad privada y otras del estilo). Esto es algo relevante para la ontología de distintitos tipos de hechos institucionales, algo que es pasado por alto por el aparato conceptual demasiado tosco de Searle.

Volvamos entonces a la afirmación de Searle en *La Construcción de la Realidad Social*, donde sostiene que “Podría parecer que los juegos son contraejemplos a este principio general, dado que, ciertamente, los juegos son diseñados para ser formas de actividad que no se conectan con el resto de nuestras vidas en la forma que los hechos institucionales característicamente lo hacen” (Searle, 1995, 36). Hasta donde se, no se refiere explícitamente a esta característica de los hechos institucionales en ninguna otra parte del libro, y no es claro que es lo que tiene en mente. Un modo característico en que las instituciones (i.e. sistemas de reglas constitutivas) se conectan con nuestras vidas es que nos permiten hacer cosas que de otro modo no podríamos hacer: podemos prometer, podemos jugar fútbol, etc. Pero en este sentido, los juegos *sí* se conectan con nuestras vidas del mismo modo, por ende, este no es el sentido en el que Searle hace su afirmación en la página 36 (donde sostuvo que los juegos *no* se conectan de la forma los hechos institucionales característicamente lo hacen). La oración que inmediatamente sigue a la que se discute aquí parece implicar que la forma característica en que los hechos institucionales se conectan con nuestras vidas es que los primeros tienen *consecuencias* para la segunda: “El juego de softball de hoy del departamento de filosofía no necesita tener consecuencias para mañana, en una forma que las guerras de hoy...tienen por objeto precisamente tener consecuencias para mañana”.

Por lo tanto, la circunstancia que los hechos institucionales tengan “consecuencias para mañana” es característico de ellos. Por ello es que la advertencia de más arriba relativa al *estatus* paradigmático de los juegos en tanto hechos institucionales es importante: hemos visto que, en lo relativo a dos características importantes de los hechos institucionales, los juegos no son como las instituciones que son realmente importantes. Efectivamente, no pretendo objetar la tesis que *algunas* instituciones se erigen en relaciones sistemáticas con otros hechos institucionales y no institucionales. De hecho, ello es una característica extraordinariamente importante de instituciones como el derecho. Sin embargo, esto no es una característica de las instituciones en tanto instituciones (dado que existen instituciones que no tienen relaciones sistemáticas con otros hechos), si no que sólo de las instituciones que “constituyen para regular”, precisamente *porque* hacen eso. La razón para esto es simple: puesto que el aparato institucional (i.e. constitutivo) es utilizado para regular una práctica que existe con independencia, el aparato debe necesariamente tener “relaciones

sistemáticas” con los hechos institucionales y no institucionales que forman parte de la práctica a regular.

Interpreto la afirmación de Searle sobre que las instituciones “tienen consecuencias para mañana” como su forma de distinguir lo que he estado llamando instituciones que “constituyen para regular” de aquellas que “regulan para constituir”. Mi último argumento puede, por lo tanto, expresarse en los términos de Searle diciendo que las instituciones tienen “relaciones sistemáticas con otros hechos” *porque* tienen “consecuencias más amplias”: los juegos no tienen consecuencias, por lo que no necesitan tener dichas relaciones. Efectivamente, en la medida que los juegos desarrollan dichas relaciones, el mismo Searle cree que “dejan de ser sólo juegos” (*cf.* Searle, 1995, 36).

Instituciones Constitutivas y Regulativas

Estoy de acuerdo con Searle cuando sostiene que el criterio importante para caracterizar instituciones es el primero (i.e. 33). De acuerdo a éste, el derecho es una institución “regulativa”, dado que su objetivo es regular formas de comportamiento existentes con anterioridad (y para hacer eso de una forma mejor y más eficiente crea la posibilidad de nuevas formas de comportamiento). Los juegos, por otro lado, son instituciones “constitutivas”, es decir, sistemas de reglas cuyo objetivo es crear nuevas formas de comportamiento en lugar de regular formas existentes con anterioridad (no obstante que, sin duda, efectivamente regulan algunas formas pre – existentes de comportamiento para satisfacer este objetivo). Una distinción de este tipo obviamente se encuentra tras el argumento de Dworkin que

El ajedrez es, en este sentido, una institución autónoma; me refiero a que es entendida, entre sus participantes, que nadie puede reclamar un derecho institucional apelando directamente a la moralidad en general... Pero la legislación solo es parcialmente autónoma en este sentido (Dworkin, 1977b, 101).

Luego, se desprende que la distinción importante no está basada en si las *reglas* son constitutivas de hechos institucionales o regulativas de formas pre – existentes de comportamiento, puesto que se puede encontrar reglas de ambos tipos en cualquiera de los sistemas. Así, “no deberás manejar por la izquierda” sería regulativa (puesto que no se necesita para describir la acción), pero “será una falta manejar por la izquierda” cuenta como constitutiva (puesto que *es* requerida para describir la acción de cometer una falta).

Dado que las instituciones “regulativas” (regulatorias) se justifican por sus efectos

regulatorios (i.e. por sus “consecuencias más amplias”) dichos efectos tienen un impacto en la aplicación de las reglas. En las instituciones regulativas (regulatorias) las reglas solamente disponen cual es “presuntivamente” el caso, y el hecho que esa presunción pueda ser derrotada en casos concretos permite que se presenten problemas como los discutidos por Pablo, Fuller y Pufendorf. En instituciones “constitutivas” (autónomas), puesto que la institución no se justifica por sus efectos regulatorios, consideraciones acerca de esos efectos no necesitan afectar la aplicación de las reglas, las que pueden (pero no requieren) ser inderrotables: aquí volvemos a la observación inicial: i.e. el hecho que el desacuerdo sobre lo que dispone el derecho es un fenómeno frecuente, mientras que es muy *infrecuente* en lo que respecta a los juegos. La derrotabilidad del razonamiento *jurídico* es, entonces, una consecuencia del *tipo* de institución que se entiende que el derecho es (pronto veremos que de algunas formas de derecho antiguo se puede decir que fueron “autónomas”: véase *infra* __). Empero, para notar esto, para entender el razonamiento jurídico, necesitamos una teoría de los hechos institucionales que pueda dar cuenta de esta distinción.²¹

Una precisión sobre la palabra “institución”. Como ya debiese ser evidente, estoy utilizando esta palabra en un sentido laxo. O, mejor, la estoy usando del modo que la definió Searle, como un “sistema de reglas constitutivas” (1969: 51). Entiendo “reglas constitutivas” en esta definición como significando “reglas que permiten la existencia de hechos institucionales”. Por consiguiente, tanto las instituciones “constitutivas” (autónomas) como “regulativas” (regulatorias) son, en este sentido, institucionales: ambas permiten la existencia de hechos institucionales (un ejemplo de un sistema de reglas no institucional es el “régimen de reglas primarias” de Hart en Hart, 1994, 91ss). Mi razón

²¹ Después del siguiente párrafo, dejaré de hablar de instituciones “constitutivas” y “regulativas”. Considero que el argumento presentado en esta sección puede ser apreciado de mejor manera como una forma de llevar a Searle más allá de Searle, es decir, construir sobre la “teoría de los hechos institucionales” de Searle. Pero incluso si mi argumento falla como una crítica a las posturas de Searle, aun creo que tiene un valor intrínseco. Por esta razón, en lo sucesivo denominaré “autónomas” a aquellas instituciones que “regulan para constituir”, como los juegos (i.e. aquellos sistemas de reglas que, si mi argumento es correcto, corresponden a las “reglas constitutivas” de Searle). El otro tipo (i.e. aquellos que “constituyen para regular”) los denominaré instituciones “regulativas”; ellas corresponderían a las reglas regulativas de Searle. Al elegir estas denominaciones, he intentado atribuirles un tono Searleano, al mismo tiempo que sugiero que representan una versión diferente (i.e. ojalá mejorada) de los dos tipos de reglas de Searle. Más allá de eso, no hay ninguna otra lectura que hacer de las denominaciones. Podrían ser remplazadas por instituciones “A” y “B” (de hecho, denominaciones de este último tipo fueron usadas en un borrador previo de este capítulo, y agradezco al profesor David Garland quien me sugirió las denominaciones que utilizo actualmente).

para utilizar la palabra “institución” en este sentido es enfatizar el hecho que para mi la verdadera distinción entre regulativo y constitutivo no es el hecho de que sólo lo primero regule y sólo lo último permite hechos institucionales. Ambos tipos de instituciones hacen ambas cosas, pero en distintas direcciones, por así decirlo: uno regula para constituir, el otro constituye para regular.²²

De todos modos, aun persisten algunas objeciones que se podrían presentar en contra de la tesis de que hay una diferencia de *tipo* entre dos modelos de instituciones. Estas objeciones toman la forma de explicaciones alternativas para las diferencias entre la adjudicación jurídica y la propia de los juegos, explicaciones que no se comprometerían con el argumento de que son cualitativamente distintas. A ellas nos volcaremos ahora.

EL JUEGO DEL DERECHO

En esta sección quiero hacer frente a algunas objeciones a la tesis presentada más arriba, objeciones que equivalen a la afirmación que la diferencia entre instituciones como los juegos e instituciones como el derecho no es una de tipo, sino que una (a lo sumo) de grado. Huelga decir que, puesto que el argumento hasta ahora ha sostenido efectivamente lo contrario, tengo que mostrar porqué todas estas objeciones fallan.

Para comenzar, sin embargo, se podría decir (i) que he sobrevalorado la certeza de las normas de los juegos. ¿No es acaso cierto que algunas normas de los juegos, después de todo, son indeterminadas en un sentido Hartiano? Cualquier fanático de futbol sabe que algunas acciones son instancias *claras* de, digamos, “*juego peligroso*” pero también que el árbitro tendrá que ejercer discreción para decidir si algunas acciones-que se puede decir son instancias de penumbra de “juego peligroso”- deben ser castigadas (mi estipulación

²² Nuevamente, esto es, básicamente, una definición estipulativa, y por esa razón es importante observar sus implicaciones. Sigue la estipulación de Searle, pero no sería aceptada por, v.gr. Neil MacCormick, quien afirma que una definición de institución en términos de reglas constitutivas “simplemente involucraría una confusión obvia entre el derecho de los contratos y la institución jurídica “contrato” en si misma, la que es regulada por esa rama del derecho” (MacCormick, 1973, 51). También obligaría a decir que un contrato en Alemania es una institución distinta de un contrato en Francia, cuando a lo menos podría afirmarse que la (misma) institución del contrato existe tanto en el derecho alemán como en el francés, aunque sujeta a distintas reglas. Creo que MacCormick está en lo correcto al hacer la distinción entre sistemas de reglas y las instituciones que existen bajo ellos, pero para facilitar la exposición usaré una sola palabra para referirme a ambos, esperando que el contexto aclare su significado preciso.

relativa a la palabra “derrotabilidad” arriba en la página 14 responde en parte a esta objeción). Además (ii) el hecho de que estas aplicaciones controversiales no generen la misma controversia que los casos difíciles en derecho podría ser debido a la existencia de una regla secundaria de adjudicación en el fútbol de acuerdo con la cual las decisiones deben ser producidas en el momento y sin más consideraciones (de hecho, es muy difícil imaginar un juego como el fútbol sin esa regla).

En mi opinión, sin embargo, ambos hechos se explican, no por la razón de que los lenguajes naturales tienen necesariamente texturas abiertas, sino que por la existencia de reglas en tal sentido. Con respecto a (i), el uso de estándares vagos como “juego peligroso”²³ es, como el mismo nos dice, una “técnica” legislativa particular (Hart, 1994, 132) que es razonable usar cuando “es imposible identificar una clase de acciones específicas a ser uniformemente realizadas u omitidas y para hacerlas el objeto de una regla simple” (Hart, 1994, 132). Esto debe distinguirse de la afirmación filosófica sobre el lenguaje según la cual “Cualquier mecanismo... se utiliza para comunicar estándares de comportamiento, estos... *resultarán* indeterminados” (Hart, 1994, 128, énfasis agregado), ya que, aunque esta afirmación fuera falsa, esa “técnica legislativa” podría ser aún útil en muchos casos (así, vamos a ver que la tesis hartiana de textura abierta puede recibir dos interpretaciones radicalmente diferentes). Con respecto a (ii) es evidente que no puede ser el caso que no tengamos ningún desacuerdo sobre cuáles son las reglas del fútbol para casos concretos *porque* el árbitro tiene la última palabra sobre el asunto, ya que si ese fuera el caso, no se estaría jugando (o mirando o hablando sobre) fútbol sino que alguna forma de “discreción del tanteador”.

Pero tal vez una versión más sofisticada de este argumento podría ser presentado a lo largo de las líneas sugeridas por Neil MacCormick. Él primero notó y luego trató de ofrecer una explicación a lo que él llamó la “fuerza práctica variable” de las reglas (MacCormick, 1998, 316-317). El argumenta que las reglas son de *aplicación absoluta* si los “H[echos] O[perativos] deben ser atendidos indefectiblemente por C[onsecuencias] N[ormativas], y CN no puede ser puesto en practica excepto cuando cualquiera HO obtiene

²³ “Un tiro libre indirecto a favor del equipo adversario si un jugador, en opinión del árbitro... juega de forma peligrosa ” (Ley 12).

o cualquier otra regla que prevé de forma independiente *CN es* satisfecha por virtud de la presencia comprobada de sus hechos operativos”; de *aplicación estricta* si “a la persona encargada de la aplicación y la gestión de la actividad dentro de la que la regla tiene aplicación se le da cierto grado de discreción guiada para hacer excepciones, o para anular la reglas, en casos especiales o muy especiales”, y de *aplicación discrecional* “si se espera del que toma las decisiones que considere cada caso a la luz de todos los factores que parecen relevantes”.

Ahora, ¿qué, según MacCormick, determina el tipo de regla al que una regla pertenece? “La respuesta es obvia- no dependen del contenido de las reglas de primer orden sobre una práctica, sino que de las normas de segundo orden que establecen los términos de la autorización o habilitación de quien toma las decisiones” (MacCormick, 1998, 317).

La fuerza práctica variable de las reglas es una característica importante de ellas (y, como veremos, fatal para cualquier consideración de las reglas como razones excluyentes), pero si mi argumento es correcto, la explicación de MacCormick no puede ser suficiente. Las reglas de “segundo orden” aparecen cuando una persona es designada para supervisar la aplicación de las reglas de la práctica (MacCormick, 1998, 312). Pero el propio ejemplo de MacCormick de reglas de aplicación absoluta (reglas de ajedrez) muestra que la fuerza práctica de las reglas se encuentra determinada incluso en ausencia de reglas de segundo orden.

En efecto, Hart (1994) notó que “muchos juegos competitivos se juegan sin un anotador oficial: a pesar de sus intereses en competencia, los jugadores logran aplicar tolerablemente bien la regla de puntuación a casos particulares; ellos usualmente están de acuerdo en sus juicios y los conflictos no resueltos pueden ser pocos” (en 142). Es la naturaleza de la institución, lo que determina la fuerza práctica de sus reglas (huelga decir, reglas de segundo orden, cuando ellas existen) aquello que puede afectar la fuerza práctica de las reglas. Pero incluso cuando pretenden hacerlo, la naturaleza de la institución les establece un límite importante, ya que también le pertenecen al mismo, *véase* más adelante en __.24

²⁴ La distinción entre reglas de primer- y segundo-orden, sin embargo, puede ser útil en un sentido diferente. Cada vez que he tratado de explicar a otros el argumento contenido en este capítulo, ellos se han sentido

Así que busquemos en otra parte una explicación. Se podría argumentar, para apoyar la tesis de que la diferencia entre juegos y el derecho no es una del *tipo*, sino más bien una cuestión de *grado*, que esta diferencia de grado se explica por la diferencia en la *complejidad* que involucran la regulación de los juegos y del derecho: los juegos restringen la realidad que abordan, y entonces crean un mundo artificialmente sencillo (Huizinga, 1970, 28). El derecho, por otra parte, al menos potencialmente regula cualquier situación. En un mundo más restringido, es posible predecir y anticipar cualquier problema que la aplicación de una regla presentará en el futuro, mientras que esto es imposible en el derecho. El derecho tiene lo que, siguiendo a Emiliós Christodoulidis, podríamos llamar un “déficit de complejidad” (Christodoulidis, 1999).

Esta postura parece prometedora a primera vista, pero es incorrecta, y para ver por qué, compárese los dos siguientes casos:

Caso de Edson. Durante un partido de fútbol, cada equipo tiene derecho sólo a reemplazar a un número determinado de jugadores (tres en la última Copa del Mundo). Si un equipo ya ha realizado los reemplazos, no puede hacer ninguno más bajo ninguna

desafiados a intentar todo lo posible para producir contraejemplos (provocando memorables discusiones sobre el fútbol). Es un punto interesante que los contraejemplos más convincentes son reglas que tienen como su objetivo obvio asegurar la continuidad del partido. Bert Roermund ofreció el mejor ejemplo: un árbitro constantemente tiene que equilibrar el cobrar faltas en conformidad a las normas con su responsabilidad de mantener el partido atractivo. Al decidir si conceder o no un tiro libre tras una falta muy leve, el árbitro podría encontrar un problema de aplicación. Mi respuesta al ejemplo de Roermund sería que uno puede distinguir reglas de primer orden *de* fútbol (como la regla contra la mano en la pelota) de reglas de segundo orden *sobre* fútbol, reglas que pretenden facilitar el desarrollo del juego. El sentido obvio en que tal distinción podría ser hecha sería decir que las reglas de primer orden definen lo que el fútbol es, mientras que las reglas de segundo orden son reglas que asumen el fútbol como algo ya existente y tratan de singularizar algunas formas de jugarlo como preferibles. Esta explicación encajaría perfectamente bien con el argumento que estoy desarrollando aquí, porque tomaría las reglas *de* fútbol como constitutivas de esa nueva (i.e. no existente antes de las reglas) actividad, fútbol, y las reglas *sobre* fútbol como regulando algo que ya existe, i.e. algo no creado por ellas. La razón por la que he confinado esta discusión a una cita al pie de página, no obstante, es que esta explicación me comprometería a decir que lo que yo solía jugar con mis amigos en el parque no era “fútbol” ya que que no consideramos la regla de fuera de juego (claramente una regla *de* fútbol en lugar de una regla *sobre* fútbol) y esta conclusión me parece más bien pedante. No iré más allá en este problema: la distinción puede ser difícil de determinar con completa precisión, pero me parece una distinción natural que hacer. En rigor, un contraejemplo apropiado a mi argumento sería una regla *de* fútbol (o *de* cualquier otro juego) que fuera susceptible de ser desafiada por referencia a consideraciones substantivas en ausencia de una regla del juego que otorgue discrecionalidad al aplicador de reglas (o, como la regla de Pufendorf, en la presencia de una regla que instruya al aplicador aplicar las otras reglas de manera estricta). Supongo que si FIFA aprueba una regla que instruye a los árbitros a no equilibrar el cobrar faltas con su responsabilidad de mantener el partido atractivo, luego los árbitros no tendrían ningún equilibrio que hacer. Aún no he escuchado tal contraejemplo.

circunstancia. Ahora, supóngase que este es el caso, y que uno de los jugadores del equipo A (llámelo Edson) es un jugador extraordinariamente bueno: el rendimiento de A mejora enormemente cuando Edson está jugando. Ahora, el director técnico de B sabe esto, entonces decide ordenar a Harald, uno de sus jugadores, lesionar gravemente a Edson. El director técnico sabe que si Harald tiene éxito es probable que sea expulsado, pero también sabe que si la lesión que sufre Edson es bastante grave, Edson no será capaz de continuar jugando y, ya que A no puede hacer otros reemplazos, ambos equipos continuarán el juego con diez jugadores (con una ventaja significativa para B, ya que Edson no estará jugando por A). Así Harald rompe la pierna de Edson con una brutal barrida.

Caso de Elmer. Ahora imagina que Elmer desea el dinero de su abuelo. Él sabe que su abuelo ha hecho un testamento a su favor, pero él necesita el dinero ahora (y su abuelo es, por desgracia, muy saludable), entonces lo mata. Adicionalmente imagínese que ninguna de las disposiciones de la ley de testamentos dice nada acerca de que el legatario mate al testador, y que todos los requisitos que sí contiene para la validez de un testamento se han cumplido por Elmer (y por el abuelo de Elmer). Después de haber sido condenado por homicidio, Elmer reclama la herencia (*Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188 [1889]).

El caso de Elmer es discutido por la literatura de teoría del derecho como un ejemplo estándar de un caso difícil. Por otro lado, sostengo que el caso de Edson no puede sino ser un caso claro, y que cualquier fanático del fútbol estará de acuerdo conmigo si digo que, no obstante lo razonable que podría ser desde un punto de vista moral, el árbitro *no puede* (sin violar las reglas del fútbol) permitir que A realice un cuarto reemplazo. Quiero afirmar que *no hay diferencias en la complejidad* que puedan dar cuenta de este hecho (i.e. el hecho de que el primero es, o al menos puede ser un caso difícil, mientras que el último es definitivamente un caso claro). En el caso de Edson, la regla no deja ningún margen para que el árbitro decida... ¿qué? ¿permitir al equipo de Edson un cuarto reemplazo? ¿declarar ganador al equipo de Edson?²⁵ ¿concederle un gol extra? ¿una tarjeta

²⁵ Bert Roermund me aconsejó pensar sobre esta posibilidad más seriamente de lo que lo había hecho. El árbitro podría parar el juego, en su opinión, y declarar ganador al equipo de Edson. Pero esto es porque las reglas del juego permiten al árbitro “parar, suspender o terminar el partido, a su discreción, por cualquier infracción a las leyes” (Ley 5), si él piensa que la infracción es suficientemente seria. Pero, por supuesto, no

amarilla extra para cada jugador en el equipo B? ¿expulsar a un jugador adicional del equipo de Harald, elegido al azar?. En el caso de Elmer, sin embargo, aunque la regla no parece dejar al juez ningún espacio, lo hace: la posibilidad de discutir la aplicación de la regla contenida en la ley de herencia está presente, cualquier abogado razonable vería los posibles argumentos que cada parte podría usar en la corte (no importa, por el momento, si estos argumentos son o no lo suficientemente buenos para ser exitosos, sino sólo que que no deben ser tomados como evidencia de que el hablante no entienden realmente lo que los abogados deben hacer).

Para ser útil en este contexto, el recurso a la diferencia de niveles de complejidad entre un juego como fútbol y el derecho debe estar relacionada a la (supuesta) incapacidad del legislador de predecir casos futuros en un sistema normativo complejo tal como se dice que el derecho es. Esta era la idea detrás de la posición de Hart sobre la conveniencia de la incertidumbre dada por nuestra “relativa ignorancia de los hechos” y “relativa ignorancia de propósitos” (Hart, 1994, 141). La solución entonces sería: en un sistema normativo “simple” (v.gr. fútbol) el legislador (i.e. FIFA) puede predecir todas las posibles combinaciones de hechos relevantes en el futuro, para que cualquier participante pueda asumir con toda seguridad que la solución provista por la regla es efectivamente la solución deseada por la autoridad. Por tanto, como todos los participantes reconocen la autoridad de FIFA, la regla puede ser aplicada a cualquier caso concebible sin controversia. En un sistema normativo “complejo” (v.gr. derecho), por otro lado, los participantes no pueden asumir este conocimiento de parte de la autoridad, porque, como la realidad con la que el derecho trata es tan compleja, es empíricamente imposible para cualquier legislador predecir efectivamente todas las combinaciones posibles de propiedades fácticas relevantes en el futuro. Entonces la complejidad del sistema (en rigor, el número enorme de combinaciones posibles de propiedades fácticas relevantes que el sistema pretende tomar en cuenta) da lugar para el siguiente argumento: “esta regla no debería ser aplicada a este caso porque no fue *diseñada para* ello”. Esa sería la razón, en esta interpretación, por la

es parte de mi argumento negar que al árbitro puede concedérsele discreción explícitamente, como en este caso. De paso, Harald puede, por supuesto, ser demandado por Edson (o sancionado por la FIFA) después del partido, eso es algo para el derecho, pero es algo que, por supuesto, no necesito negar.

que la interpretación finalista es tan útil en los casos difíciles.

El problema con este enfoque es simplemente que *no hay ninguna razón en absoluto* para asumir que un caso como el de Edson se predijo realmente por la FIFA (de hecho, pensaría que el caso de Elmer es más fácilmente predecible que el caso de Edson). El árbitro tiene que hacer lo que tiene que hacer en el caso de Edson *no* porque él cree que la FIFA así lo decidió (cuando, en el momento de la promulgación de la regla de los reemplazos, se representó a sí misma un caso como el de Edson), sino porque él no tiene (dada la naturaleza de los juegos) ninguna otra alternativa. En otras palabras, la solución correcta es correcta, no porque la FIFA haya deseado esta solución para este caso particular cuando adoptó la regla de reemplazo, sino porque, dada una hasta ahora misteriosa peculiaridad de los juegos como instituciones, lo que (los miembros de la comisión competente de) FIFA tuvieron en mente cuando la regla fue aprobada es completamente irrelevante. Esto se vuelve obvio si notamos que incluso si el árbitro supiera que FIFA no pensó en este caso, su situación sería la misma.

Nótese como explicar la diferencia entre los casos Edson y Elmer sobre la base de un déficit de complejidad constituye necesariamente una petición de principio. En ambos casos hay un déficit de complejidad en el sentido de que por cada uno de ellos podemos sentir que hay algunas características del caso que deberían ser relevantes para su correcta solución, a pesar de que no se recogen como hechos operativos por la regla aplicable. En ambos casos nosotros podemos sentir que sería mejor si la regla fuera redactada a fin de incluir una excepción expresa para el caso que nos ocupa. En el caso de Edson, sin embargo, el hecho de que la regla no contenga tal referencia explícita es el fin de la cuestión, mientras que esto no es necesariamente así en el caso de Elmer.

En breve, el hecho de que la realidad sea infinitamente variable no tiene en sí mismo nada que ver con el asunto discutido aquí, porque las reglas han de ser aplicadas solamente para aquellos casos que coincidan con los hechos operativos de la regla: “el legislador no emite reglas para cada caso individual... su función consiste en la creación de normas generales, por medio de las cuales resuelve casos generales” (Alchourrón y Bulygin, 1971, 30).

En sentido estricto, por lo tanto, tanto el caso de Elmer como el caso de Edson, son igualmente resueltos por las reglas aplicables. La diferencia, por lo tanto, no es que el

derecho tenga un déficit de complejidad que el futbol no tiene: ambos pueden tenerlo. La cuestión es más bien por qué el déficit de complejidad es relevante en la adjudicación jurídica mientras que no lo es en la adjudicación del futbol. Pero este es *el* problema para el que estamos buscando una explicación.

El argumento es una petición de principio aún más claramente si dijéramos que el caso de Elmer es más complejo porque el derecho no restringe (como los juegos sí lo hacen) las consideraciones a las que se puede hacer referencia en la adjudicación a aquellas explícitamente contenidas en las reglas. Esto es verdad, pero por correcto que sea, no es una buena respuesta para nuestro problema aquí: conforme a esta explicación, la diferencia sería de hecho una de complejidad, pero luego otra vez, la cuestión sería ¿por qué el derecho no puede excluir dichas consideraciones? O más bien ¿por qué el hecho de que una regla de futbol no mencione alguna propiedad X cuenta como la exclusión de esa propiedad por parte de la regla, mientras que en el derecho (al menos algunas veces) el mismo hecho no necesariamente implica esa consecuencia? Así, resulta que el déficit de complejidad no es realmente una explicación, pero una manera diferente de describir el mismo problema: *¿por qué el déficit importa en el derecho y no en los juegos?*

En breve, la situación *no* es que debido a que las normas de derecho no son suficientemente matizadas no podemos tomarlas como definitivas. Es precisamente a la inversa: porque esperamos del derecho soluciones razonablemente apropiadas, permitimos cierta “flexibilidad” en la aplicación de las reglas legales. Así, Gottlieb pone el carro delante de los bueyes cuando argumenta que:

¿qué hay de un modelo que eliminase el juicio moral de cualquier tipo del rol judicial? Es difícil imaginar cómo los estándares legales podrían alcanzar un grado concebible de especificidad tal en todos los ámbitos que eliminase toda dimensión moral de juicio (Gottlieb, 1994, 16).

No es porque los estándares legales sean imperfectos que necesitamos la moralidad para intervenir como un correctivo, es porque esperamos que el juicio legal despliegue una calidad moral dada que leemos los estándares legales como permitiendo un margen de “flexibilidad”. Dado que no entendemos las reglas de los juegos de la misma manera (por su naturaleza diferente como prácticas sociales), no tenemos las mismas expectativas con respecto a ellas. Esto no tiene nada que ver con la calidad intrínseca de las reglas (“su grado de especificidad”), sino que con nuestro entendimiento acerca de las prácticas relevantes.

Podría ser útil aquí considerar otra posible explicación, una que parece respaldada por el sentido común. De acuerdo con ella, la diferencia entre juegos y el derecho es que los juegos no son serios o importantes, entonces no nos preocupa realmente alcanzar el resultado correcto en los juegos. Dado que no nos preocupa realmente, es que contamos con una especie de aplicación tan formalista.

Parece haber algo de importante verdad en esta explicación, pero no podemos tomarla por su valor aparente. La realidad es que muchas personas pensarían que lo que está en juego en (por decir) algunos partidos de futbol es (para ellos) más importante que muchas cosas que son o podrían disputarse en una corte (obsérvese a Bill Shankly).²⁶ Retornaré, sin embargo, a este punto más abajo (*infra*, __) porque hay un sentido en el que una explicación de este tipo puede ser útil.

Podría ofrecerse una explicación adicional sobre la base de la *arbitrariedad* de algunas normas: algunas normas son arbitrarias en el sentido de que las razones para cada una de ellas no son razones para su contenido, sino sólo para su existencia. Ellas tienen lo que Atiyah y Summers 1987, 13 llamaron *formalidad de contenido*. Por otro lado, la mayoría de (pero de ninguna manera todas) las normas jurídicas tienen una baja formalidad de contenido: las razones para tener una norma respecto al asesinato son razones para el contenido de dicha norma también (esto es, para castigar el asesinato). Algunas normas legales son como las reglas de los juegos en ese sentido (v.gr. algunas leyes de tráfico) y algunas reglas de juegos son como normas legales (v.gr. la regla del *juego peligroso*). Y se podría afirmar que las normas que tienen un alto grado de formalidad de contenido no pueden sino ser aplicadas formalísticamente.

Esta explicación explicaría precisamente el punto postulado al principio, i.e. que algunas normas de los juegos parecieran ser de texturas-abierta de la misma manera que las normas de derecho. Pero, a la inversa, pareciera implicar que la aplicación de (algunas) normas

²⁶ “El derecho es más serio que los juegos (punto de vista fuerte). ¿Qué se puede decir al respecto? ¿que se sobreestima al derecho? ¿O qué subestima los juegos?. Ambas respuestas son necesarias” (Detmold, 1984, 160). Incluso se ha afirmado que el “juego” es uno dentro de un número reducido de bienes humanos básicos (Finnis, 1980, 87).

jurídicas (i.e. aquellas que tienen alto grado de formalidad de contenido) no es susceptible de una disputa plausible en el mismo sentido que la aplicación de las reglas de los juegos no lo son, y esta es la razón por la que fracasa: la característica interesante de las reglas de los juegos que necesita explicación es que ellas son (al menos *pueden ser*) inderrotables, mientras que las normas jurídicas son siempre derrotables (aunque por supuesto no derrotadas en numerosas ocasiones). Incluso una norma jurídica con la más alta formalidad de contenido, como “conduzca-por-la-izquierda” es una norma derrotable.²⁷

Después de Fuller, 1958 es difícil creer que hay un tipo de reglas jurídicas situadas más allá de la derrotabilidad. Fuller nos enseñó que con respecto a todas las reglas (jurídicas), puede imaginarse casos en lo que legítimamente se sientan dudas respecto a la aplicación de dicha regla. Y esta es la razón por la que la explicación que estamos considerando fracasa: explica la derrotabilidad de las reglas jurídicas sobre la base de las características peculiares de reglas particulares (i.e. su nivel de formalidad de contenido), implicando entonces que algunas otras reglas (i.e. aquellas que tienen alto grado de formalidad de contenido) son inderrotables.

Intentemos una última explicación alternativa. La diferencia entre los juegos y el derecho no es una de tipo, sino una de grado: en un extremo del espectro, uno tendría juegos altamente abstractos y formales (e.g. ajedrez), luego juegos menos abstractos como el fútbol, luego un sistema jurídico altamente formalista (como veremos era el derecho Romano antiguo, luego uno menos formalista, y así.

Esto es incorrecto. Una razón intuitiva por la que en este aspecto el ajedrez puede ser un mejor ejemplo que el fútbol se debe al hecho que el fútbol es un juego de contacto físico, mientras que el ajedrez no. ¿Qué relevancia tiene este hecho para una teoría de los hechos institucionales? Considérese lo siguiente: una mano se produce cuando un jugador (que no sea el arquero en el área penal) toca la pelota con sus manos. ¿Qué es “mano”? En las reglas del fútbol no hay definición de lo que es una mano, entonces si un jugador mutante toca la pelota con su quinta extremidad puede haber un problema de aplicación

²⁷ Considérese el problema que enfrenta un conductor de ambulancia cuando llega a un atasco de tráfico y se da cuenta que el carril opuesto está libre y nadie viene por esa dirección (o más bien el problema del juez que tiene que decidir si el conductor de ambulancia merece una sanción por haber utilizado ese carril).

después de todo. Pero un alfil en ajedrez no tiene nada que ver con un alfil real, ni un caballo con un caballo real, etcétera. Las reglas del ajedrez definen completamente lo que un alfil es en el ajedrez. No puede haber un alfil mutante. Luego deberíamos esperar encontrar más casos de derrotabilidad lingüística en el fútbol que en el ajedrez.

En este punto puede valer la pena poner atención a la crítica de Samuel Pufendorf a Hugo Grotius. Aquí Pufendorf y Grotius estaban discutiendo la razón que explicaría el hecho de que el conocimiento matemático es cierto en un sentido en el que el conocimiento moral no lo es. Grotius pensó que la explicación para esta diferencia significativa entre matemática y moralidad se debía al hecho de que los conceptos matemáticos están tan definidos que siempre hay una línea nítida y brillante que se puede establecer entre ellos, mientras que “en cuestiones morales, al contrario, incluso circunstancias insignificantes alteran la sustancia, y las formas, que son objeto de investigación, suelen tener algo más cerca a este, a ese extremo ahora” (Grotius, 1646, Libro II, Ch. 23 § I, p. 557 [393]).

Para Pufendorf, sin embargo, el dictamen de Grotius que “en cuestiones morales, incluso circunstancias insignificantes alteran la sustancia” era ambiguo. En un sentido (que Pufendorf denominó “cualitativo”) esto es verdad, pero también es cierto en matemáticas, “pues es también cierto que una línea que varía en lo más mínimo respecto de la rectitud, tiende a la curvatura”, y así este hecho no puede explicar la diferencia entre la certeza del conocimiento matemático y la incertidumbre del conocimiento moral. Si el dictamen de Grotius ha de entenderse en un sentido diferente, “cuantitativo”, es decir, si

lo dicho quiere decir que la más mínima circunstancias aumenta o disminuye la cantidad de una acción, respondemos que esto no siempre es cierto, al menos en una corte civil, donde el juez a menudo no tiene en cuenta nimiedades. E incluso concediendo esto, el hecho no disminuye la certeza de los asuntos morales, ya que incluso en las matemáticas la más mínima adición o sustracción genera un cambio en la cantidad (Pufendorf, 1934, Book 1, Ch 2§10, p. 34[23-4]).

Pero a partir de esto Pufendorf no concluyó que no había diferencia entre conocimiento matemático y moral. En efecto, él creía que “las cantidades morales cuentan con cierta latitud”, pero su explicación para esto era diferente que la de Grotius. Pufendorf notó que las “cantidades físicas pueden ser comparadas exactamente unas con otras, y medidas y divididas en distintas partes, porque ellas son en un sentido material objeto de nuestros sentidos, por tanto podemos “determinar exactamente que relación o proporción tienen el uno al otro”.

Pero las cualidades morales surgen de la imposición, y el juicio de los agentes inteligentes y

libres, cuyo juicio y placer no es de ninguna manera susceptible de medición física entonces no puede hacer referencia a la cantidad que ellos conciben y determinan por su imposición como una medida, sino que conserva la libertad y la laxitud de su origen (Pufendorf, 1934, Book I, Ch. 2 § 10, p. 35 [24] énfasis agregado).

Veremos en breve que la ley puede alcanzar el alto nivel de certeza que tienen los juegos si se le considera como formando parte del mundo “físico”. En la medida en que la ley es vista como algo que “surge de la imposición”, como algo *regulatorio* en carácter, hay espacio para cuestionar la aplicación de estas reglas a cualquier caso particular, y esto introduce “una cierta latitud”. Diferencias adicionales en el vocabulario no debieran molestarnos en esta etapa. El punto es, cuando dejamos la convención creadora de fútbol y comenzamos a jugar fútbol, las reglas del juego son vistas por los jugadores como pertenecientes a la estructura del mundo de la misma manera en que las “reglas” de la construcción de puentes pertenecen al mundo para los ingenieros: si quiere construir un puente, haz tal y tal; si quiere marcar un gol, haz tal-y-tal. Pero, considérese si quiere escribir un testamento, haz tal-y-tal (pero, en realidad, si no lo hace, aún podría darse el caso de que tenga éxito en escribir un testamento, si lo hace, podría ser el caso de que fracase, etc.).

Así que una forma en que podemos expresar la distinción que he estado tratando de trazar entre dos tipos de institución es decir que un tipo debe ser visto por los participantes como “derivado de la imposición”, mientras que el otro debe ser visto “como las cosas son simplemente”. Hay diferentes maneras en que las cosas pueden ser, y así no debemos sorprendernos encontrar que la permeabilidad de un juego al problema de derrotabilidad estrictamente lingüística es mayor que la de otro (puede haber jugadores mutantes en el fútbol, pero no puede haber alfiles mutantes en ajedrez). Pero hay una diferencia de tipo que debe hacerse: veremos (en la última sección de este capítulo) cuales son las consecuencias para el razonamiento jurídico que se siguen del hecho de que el derecho *no* sea visto como “derivado de la imposición”.

He argumentado que no trazar una distinción de este tipo afecta (aunque, claro, no tiene porque invalidar) la teoría general de hechos institucionales de John Searle, aún cuando (tal vez precisamente *porque*) Searle no trató el tema de la derrotabilidad. Ya es hora, por lo tanto, de considerar si (y cómo) la derrotabilidad de las reglas jurídicas es una fuente de dificultades similares para una “teoría institucional *del derecho*”.

DERECHO COMO HECHO INSTITUCIONAL

En su conferencia inaugural hace algo así como veinticinco años, Neil MacCormick presentó la tesis que “si es que el derecho existe, existe no en el nivel de creación bruta...sino más bien...en el plano de los hechos institucionales”. Lo que hace verdaderas o falsas a las proposiciones de derecho, él nos dice, no es “simplemente la ocurrencia de hechos o acontecimientos en el mundo, sino también la aplicación de las normas a tales actos o eventos” (MacCormick, 1973, 51). Los contratos, por ejemplo, son instituciones de derecho. Pero las instituciones jurídicas no son idénticas a las reglas, ya que el derecho contractual chileno es una cosa, el contrato que tengo con la Universidad de Talca es otra (este punto fue mencionado anteriormente en n. __). El punto de MacCormick es que las instituciones son “conceptos”, conceptos que están regulados por reglas en el sentido que las instancias de ellos pueden ser generadas, tienen consecuencias y pueden ser terminadas de acuerdo a aquellas reglas:

El término “institución de derecho”, como voy a usarlo, por tanto ha de entenderse como significando aquellos conceptos jurídicos que son regulados por un conjunto de reglas institutivas, consecuenciales y terminativas, con el efecto de que se puede decir propiamente de las instancias de ellos que existen durante un período de tiempo, desde la ocurrencia de un acto o evento institutivo hasta la ocurrencia de un acto o evento terminativo (MacCormick, 1973, 53).

De acuerdo a MacCormick, *reglas institutivas* son aquellas que “establecen que la ocurrencia de un determinado (quizás complejo) acto o evento genera la existencia de una instancia específica de la institución en cuestión” (MacCormick, 1973, 52); *consecuenciales* son aquellas reglas que contemplan las consecuencias que se siguen de la existencia de una instancia de una institución determinada. La existencia de una instancia de la institución en cuestión es parte de los hechos operativos de estas reglas. Por último, las reglas son *terminativas* cuando ellas contemplan la terminación de la instancia particular de la institución bajo consideración (MacCormick, 1973 en 53).

Contrario a lo que el título de su artículo podría hacernos creer, MacCormick afirma que por el hecho de que los conceptos jurídicos (o al menos algunos de ellos) son “instituciones” (y que por tanto la existencia, efectos y terminación de las instancias de ellos son determinados conforme a reglas) no se sigue que el *derecho en sí mismo* sea una institución: “hay una tentación casi abrumadora...por tratar el concepto “derecho” tal como el concepto “contrato” como denotando una institución que es definida y regulada por el

conjunto relevante de reglas institutivas, consecuenciales y regulativas” (MacCormick, 1973, 57). Esta tentación debe ser resistida, porque algunas reglas jurídicas eluden esta caracterización en términos de reglas constitutivas, consecuenciales y terminativas. Sería, por lo tanto, incorrecto asumir que todas las normas legales son “como estatutos en el sentido que ellas pueden ser concebidas como existiendo “válidamente” en virtud de reglas institutivas claramente expresables”:

Es por lo menos discutible si existen criterios claros para la existencia de las normas del *common law*. Algunos de hecho han sostenido que se trata de una falacia del positivismo suponer que el *common law* puede ser representado como un sistema o reglas (MacCormick, 1973, 57).

MacCormick cree que pueden existir normas jurídicas que “no pueden ser entendidas como siendo establecidas en virtud de criterios necesarios o suficientes de validez”. Esto constituye una objeción a la afirmación de que el derecho es una institución, al menos si aceptamos su definición de institución como “conceptos regulados por algún conjunto de reglas institutivas, consecuenciales y terminativas”.

Pero puede que las consecuencias de este reconocimiento sean más importantes de lo que MacCormick piensa. Considérese: si hay normas legales que pueden existir válidamente sin haber sido producidas de acuerdo a alguna regla institutiva entonces la existencia, las consecuencias y la terminación de aquellas normas jurídicas no están controladas *exclusivamente* por reglas institutivas, consecuenciales y terminativas (esta es la concesión de MacCormick). Porque (asumiendo que) las reglas institutivas, consecuenciales y terminativas relativas al *common law* como fuente de derecho no entregan criterios necesarios y suficientes de validez, entonces el *common law* no puede ser una institución. Pero si este es el caso, entonces *todos* los conceptos jurídicos que MacCormick *está* dispuesto a llamar “instituciones” y cuyas reglas institutivas, consecuenciales y terminativas se encuentran (al menos en parte) en las reglas del *common law*, no pueden ser instituciones en virtud de la misma razón, i.e. porque aquellas reglas no regularían completamente el concepto (su creación, consecuencias y terminación de sus instancias). Algunas veces las normas jurídicas existen válidamente aun cuando en su creación no se haya observado ninguna regla institutiva. Pero exactamente lo mismo sucede no sólo en relación con las normas jurídicas, sino que también respecto a las instancias de lo que MacCormick sí quiere llamar “instituciones de derecho”: un contrato, por ejemplo, puede existir incluso si la regla institutiva no ha sido seguida (*véase* el ejemplo discutido

por MacCormick, 1973, 68), y puede no llegar a existir aun cuando las reglas institutivas han sido seguidas (para un ejemplo, véase MacCormick y Weinberger, 1986, 12). En consecuencia, parece que o el derecho es una institución junto con las demás o ninguna de ellas lo es.

Más tarde en su conferencia, MacCormick regresa a este asunto. Acepta (como lo hizo Hart, 1951) que las reglas institutivas, consecuenciales y terminativas son derrotables, con la consecuencia de que ellas no pueden especificar las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de una instancia de una institución de derecho. Los principios jurídicos justifican una lista “indefinida” de excepciones y esto es “fatal” para cualquier intento de representar las reglas institutivas como si establecieran las condiciones necesarias y suficientes para “una adjudicación válida por parte de los tribunales o lo que fuese”. Incluso si escribiésemos una lista de todas las excepciones impuestas por los tribunales en casos de un cierto tipo, “no podríamos estar confiados en que hemos tenido éxito en el listado de las condiciones suficientes de validez de una resolución o de un acto de legislación delegada o de lo que sea” (MacCormick, 1973, 70).

Y lo que él dice aquí sobre las reglas institutivas puede igualmente ser dicho “en relación a los otros tipos de reglas que he mencionado, y, en efecto, de las “reglas de derecho” en general” (MacCormick, 1973, 73). Lo que las reglas de derecho establecen son sólo condiciones “presuntivamente suficientes”: si el derecho impone ciertos requisitos para la validez jurídica de un acto, entonces la circunstancia de que un acto de tal especie cumpla con aquellos requisitos implica que el acto en cuestión “debe presumirse válido a menos que sea impugnado” (MacCormick, 1973, 72), pero puede ser que sea impugnado, con la consecuencia de que lo que parecía ser una clara instancia de un acto válido realizado en observancia con reglas institutivas claras y válidas puede resultar ser inválido (MacCormick, 1973, 70 en 72).

Entonces la circunstancia de que reglas institutivas, consecuenciales y terminativas puedan ser derrotadas en casos concretos, no implica por sí misma que los conceptos que ellas regulan no sean instituciones, porque podemos considerar a aquellas reglas como estableciendo condiciones “presuntivamente suficientes”. Pero si este argumento puede hacer el truco para los conceptos jurídicos, no veo por qué no podría hacerlo para el derecho en sí mismo. En ambos casos tendríamos reglas institutivas, consecuenciales y regulativas

que especifiquen qué es presuntivamente el caso; y en ambos casos esto no impediría que instancias de la “institución” (i.e. un contrato particular o una norma jurídica particular) existan válidamente, incluso si ninguna regla institutiva haya sido observada para producirla.

MacCormick no sería persuadido tan fácilmente: “no tenemos un criterio para la validez de los principios jurídicos, tampoco, por tanto, una distinción entre los principios válidos e inválidos de derecho” (MacCormick, 1973, 73). Aunque, es posible dar cuenta de qué es lo que hace verdadera la afirmación “el principio “nadie puede aprovecharse de su propio dolo” es un principio del derecho inglés”, cómo aquellas condiciones en realidad funcionan es algo que no puede ser entendido sin considerar los valores y propósitos del derecho. Y considerar los valores y propósitos del derecho es considerar los valores y propósitos que los participantes de la práctica jurídica le atribuyen: “las reglas no tienen propósitos en sí mismas, excepto en el sentido de que las personas pueden atribuirles propósitos a ellas” (MacCormick, 1973, 74).

El filósofo del derecho, de acuerdo a MacCormick, debe reconocer en este punto que la explicación que se requiere no es filosófica sino que sociológica: “el filósofo todavía puede plantear preguntas, pero tendrá que o bien convertirse en sociólogo para responder algunas de ellas o, alternativamente, tendrá que esperar que sus colegas sociólogos le den las respuestas” (MacCormick, 1973, 74).

Mi objeción a la solución de MacCormick (tratar a los conceptos jurídicos pero no al derecho como institución) es esta: la falta de criterios de validez de los principios jurídicos implica, en la misma medida, la falta de criterios de validez para instancias de conceptos jurídicos como “contrato” y similares. Por esa falta de criterios podríamos sorprendernos de encontrar que un principio dado era parte del derecho aunque no lo sabíamos. Pero (al menos algunas veces) las consecuencias normativas de este “inesperado” (por así decirlo) principio será la negación de la validez de algunas instancias de la institución en cuestión (v.gr. un contrato) que ha sido producida de acuerdo a reglas institutivas relevantes (o, inversamente, el otorgamiento de validez a una instancia que no ha sido producida de tal modo); por consiguiente, en la medida en que no dispongamos de criterios de validez de los principios jurídicos, careceremos de criterios de la validez de instancias de “instituciones de derecho”; en la medida en que la falta de aquellos criterios

es una razón para que algo *no sea* una institución, entonces ni el derecho ni los contratos son instituciones.

Si, por otro lado, seguimos el consejo de MacCormick y nos enfocamos en el hecho de que *tenemos* condiciones presuntivamente suficientes para la validez de instancias de instituciones de derecho, entonces ¿no podríamos decir que también conocemos cuales son las condiciones presuntivamente suficientes para la existencia de los principios jurídicos?

Nótese de nuevo cómo todas estas complicaciones no afectarían en lo más mínimo a una teoría del “fútbol como hecho institucional”: la regla que especifica lo que es un “gol” no especifica condiciones “presuntivamente suficientes” para que algo sea un gol, sino que condiciones necesarias y suficientes para que algo lo sea.

Y aquí podemos ver cómo el filósofo de MacCormick puede dar un paso más allá: en vez de tomarlo como un hecho bruto, podría tratar de explicar qué es lo que hace al derecho, a este respecto, tan distinto de otros sistemas normativos. Veremos que tal explicación es en parte empírica y en parte conceptual. El argumento en este capítulo es (espero) el comienzo de ella.²⁸

DOS MODELOS DE INSTITUCIÓN

Es tiempo de atar los cabos del argumento. Para hacer esto podemos empezar con la

²⁸ En su “The Epistemology of Judging” (“La Epistemología de Juzgar” (1992), Thomas Morawetz crítica, en una forma afín a la mía, la metáfora de los juegos como “engañosos” cuando es aplicada al derecho y a otras “prácticas deliberativas” (de las que ofrece, en p. 9, los siguientes ejemplos: “debate estético, razonamiento moral, discurso histórico y la toma de decisiones judicial”). Pero él no ofrece una explicación para el hecho de que nuestras prácticas deliberativas sean deliberativas. Lo más cerca que llega de eso es su observación que, en los juegos, “las reglas son fijadas, y se asumen conocidas por todos. Pero sólo los aspectos menos importantes de la experiencia tienen esta especie de simplicidad. Sólo los aspectos menos importantes de la vida dejan a los participantes la opción de si jugar o no. En las prácticas más importantes e inmediatas... tenemos una inevitable participación y las reglas-y-estrategias compartidas son interminablemente controversiales” (Morawetz, 1992, 14-15).

Este pasaje se podría leer como afirmando que las prácticas no deliberativas son tales porque o bien ellas en algún modo se “ocupan” de “los aspectos menos importantes de la experiencia” o bien porque son “opcionales” en el sentido de que las personas pueden ejercitar la opción de no jugar. Morawetz parece creer que lo segundo está implicado en lo primero, esto es, que *porque* las prácticas no deliberativas se ocupan de aspectos no importantes de la experiencia, permiten a las personas retirarse de ellas si quieren.

Ya hemos visto que no es la “importancia” lo que hace a las prácticas no deliberativas (en mis términos, autónomas) no deliberativas (autónomas). Como veremos un poco más abajo, el segundo criterio de Morawetz (i.e. que aquellas prácticas son de algún modo “opcionales”) está, en mi perspectiva, más cerca de la explicación correcta.

distinción que Searle no hizo entre sistemas de reglas (i.e. instituciones) en lugar de entre reglas. Como se dijo arriba, esta es una distinción entre sistemas de reglas (i.e. instituciones) que constituyen (i.e. crean la posibilidad de generar hechos institucionales) con el fin de producir algunos efectos regulatorios en el mundo (por consiguiente, como fue estipulado arriba, instituciones *regulatorias*) y sistemas de reglas (i.e. instituciones) que regulan algunas formas de comportamiento para efectos de crear la posibilidad de generar hechos institucionales (por tanto, instituciones *autónomas*).

Creo que una distinción muy parecida a la que estoy tratando de defender estaba en la mente de Wittgenstein cuando escribió:

¿Por qué no llamo a las reglas de cocina arbitrarias, y por qué estoy tentado de llamar arbitrarias a las reglas de la gramática? Porque “cocinar” se define por sus fines, en tanto que “hablar” no. Es por eso que el uso del lenguaje es autónomo, en cierto sentido en que no pueden serlo cocinar y lavar. Quien se guía, cuando cocina, por reglas distintas de las correctas, cocina mal; pero quien se guía por reglas distintas de las que son propias del ajedrez, juega un *juego diferente*; y quien se guía por reglas gramaticales distintas de tales o cuales, no por eso dice algo incorrecto, sino que habla de otra cosa (Wittgenstein, 1966, § 320).

La razón que, para los participantes, justifica la existencia de una institución autónoma es el valor que ellos reconocen en poder involucrarse en el tipo particular de actividad que la institución configura. En relación a instituciones de este tipo, es inútil buscar una actividad subyacente que el sistema haya sido diseñado *para* regular: o bien no existe, o, si es que existe, el sentido de la institución no es regularla, sino que crear una cosa institucional nueva *usándola*. Por supuesto, hay razones de por qué queremos que existan estas nuevas actividades, pero estas son razones para inventar la institución. No es el caso que inventemos la institución porque queramos regular las actividades subyacentes de algunos modos en particular: lo hacemos porque queremos ser capaces de hacer algo nuevo, como jugar fútbol, o hablar un lenguaje, y así (es por esto que para Wittgenstein estas reglas son, en un sentido, “arbitrarias” y el hablar “autónomo”).

Considérese, por ejemplo, el caso del boxeo. A primera vista podría parecer que las reglas del boxeo *regulan* una pelea de un modo que es perfectamente análogo a aquel en que el derecho regula las peleas, pero en el sentido en que he estado usando la expresión esto es claramente inexacto. El punto de la institución del boxeo no es regular peleas (como, v.gr., hace el derecho penal), *sino que crear una nueva forma institucional de pelear*. Por supuesto, la creación de esta forma institucional de pelear llamada boxeo se logra (*inter alia*) regulando el hecho bruto de una pelea. Pero el *punto* de (o la razón para) crear la

institución del boxeo no es regular las peleas, sino que *crear el juego*. Por tanto, las reglas son aplicables sólo si se participa en el juego, *porque* se participa; si no se boxea, entonces no se está bajo la obligación de boxeo de aplicar las reglas del boxeo, incluso si se es un boxeador profesional (por supuesto que se podría tener alguna otra razón para hacerlo: tal vez se pelea mejor cuando se siguen, o se piense que esa es la única manera justa de pelear, etc., pero aquí éstos no son contra-ejemplos).

Las instituciones regulatorias son diferentes: respecto a ellas, es claramente un error decir que inventamos (por decir) el derecho porque queremos crear nuevas actividades *ex-novo*. Antes bien, queremos regular de un cierto modo algunas actividades, acciones, relaciones, etc. preexistentes (y en este sentido las reglas son, al menos parcialmente, “definidas por sus fines”). Queremos ser capaces no sólo de intercambiar bienes, sino que también de poseer nociones tales como futuridad y obligación vinculadas al intercambio, porque un intercambio en estas condiciones (contrato) nos parece más útil que un intercambio “bruto” (*véase* Atiyah, 1986, 1). Por supuesto, para hacer esto tenemos que inventar conceptos institucionales como contrato y similares, pero la razón para hacerlo así es nuestro interés en la regulación de algunas formas de comportamiento que existen fuera de la institución. Más aún, no sólo no es extraño, sino que también sustantivamente correcto decir que porque queremos regular la matanza de un ser humano por otro y las transacciones económicas tenemos que inventar el derecho.²⁹ Nótese que si una regla jurídica dada concerniente a una acción \emptyset (la celebración de un contrato, la tradición de una propiedad, etc.) existe, entonces se está bajo una obligación jurídica de aplicar aquella regla cada vez que se haga \emptyset . Pero no se tiene una obligación (fútbolística) de no tocar la pelota con las manos si no se está jugando fútbol (*véase* Rawls, 1955, 164).

A modo de ilustración, recuérdese la explicación de Bankowski sobre el desarrollo de una institución (citada arriba en ___): “la institución surge sobre el respaldo de razones sustantivas puesto que *la razón de que es una promesa puede ser vista como la*

²⁹ No hace falta decir que el lenguaje que estoy utilizando es, en un sentido, particularmente inapropiado: desde luego, que “nosotros” no “inventamos” el concepto de contrato “porque” nosotros “quisimos” esto y aquello. La historia de la emergencia de las instituciones jurídicas es un tema más complejo. Pero creo que el argumento se sostiene en cualquier nivel de complejidad en relación a esa historia, entonces estoy utilizando este lenguaje inapropiado para facilitar la exposición.

universalización de la razón sustantiva” (Bankowski, 1993, énfasis añadido).

En este modelo, instituciones (como prometer) son (y son *vistas* como) universalizaciones de razones sustantivas. La institución no es autónoma respecto de las razones para ella. Nótese, además, que lo que aquí decimos de las “instituciones” puede muy bien ser aplicado a sus reglas: las reglas jurídicas son vistas como universalizaciones de razones sustantivas, como generalizaciones “arraigadas” (Schauer, 1991). Esta es la razón de por qué, aun cuando la regla jurídica podría (algunos dirían, tiene que) tener *alguna* insularidad respecto de aquellas razones, no puede ser completamente escindida de ellas del modo en que sí puede serlo la regla del fuera de juego. Por consiguiente, si en vez de tratar de explicar la emergencia de una institución como la promesa quisiéramos explicar la de un juego como el fútbol o una institución del fútbol como el penal, encontraríamos que la interacción planteada por Bankowski entre la regla y la razón sustantiva tras ella es muy distinta. Concedido, siempre hay un sentido en el que el fútbol surgió sobre el respaldo de razones sustantivas, y para ver esto podemos valernos de la distinción entre “jugar” y “jugar un juego” (Opie y Opie, 1969, 2). Había una vez, podemos decir, en que las personas no jugaban juegos, porque ningún juego había sido inventado. Ellas sólo jugaban. En algún momento, uno de los jugadores le dijo al resto que sería mucho más divertido si patearan la pelota a través de tres postes en vez de simplemente patearla entre ellos. Entonces lo decidieron. Después los otros jugadores notaron que sería incluso más divertido si hubiese un campo limitado, y dos equipos con el mismo número de jugadores, y así sucesivamente. Tarde o temprano empezarán a jugar fútbol, o alguna forma primitiva de él.

Como vimos al discutir la teoría general de Searle, hay aquí una asimetría entre instituciones regulatorias y autónomas. Cuando los participantes en una práctica social dada están desarrollando la institución del dinero, no necesitan estar al tanto de la circunstancia de que le están atribuyendo a lo que sea que estén utilizando como medio de intercambio un significado que no se agota en sus propiedades físicas. Pero nada de lo que podríamos reconocer como fútbol puede ser jugado si no podemos asumir que los “jugadores”, de una forma u otra, están realmente al tanto de que aquellos tres postes de cada lado de la cancha tienen un significado adicional a sus propiedades físicas: por sobre su condición de postes de madera, son *arcos*, y si la pelota los cruza se anota un punto. Esto no puede sino ser transparente para los jugadores.

Dado que respecto a las prácticas regulatorias los participantes no necesitan estar al tanto del hecho de que las están desarrollando, la interacción que Bankowski ve entre las reglas y las razones que las sustentan es bastante distinta. Esta relación en los juegos es de, podría decir, “sólo una dirección”: porque por las razones discutidas arriba (en 9f) la FIFA decidió modificar la regla del fuera de juego. Una vez que la FIFA lo decidió, y sólo porque así fue, la nueva regla es una regla del fútbol.³⁰ Como hemos visto, no hay vuelta atrás a las razones al momento de aplicar la regla. Debido a esto, una explicación “genética” del nacimiento del fútbol a lo largo de las líneas Bankowskianas podría ser de interés para el historiador del fútbol: muestra cómo el fútbol fue creado. Pero no ayudaría al árbitro que necesita aplicar las reglas: compárese con el caso de la promesa, en la que una explicación de ese estilo podría ciertamente ayudar a alguien que tiene que decidir si acaso la circunstancia de que un amigo esté enfermo es relevante para su decisión de cumplir con la promesa de estar en otro lugar en el momento en que su amigo requiere de su compañía. En otras palabras, lo interesante de la explicación de Bankowski sobre la emergencia de las instituciones morales o jurídicas es que ilumina la interacción entre las reglas y las razones sustantivas que se supone que promueven, interacción que es a su vez explicada porque Bankowski muestra las reglas como “universalizaciones de razones sustantivas”. En el caso de los juegos no existe tal interacción porque las reglas, aun cuando podrían ser universalizaciones de razones sustantivas, no han de ser *vistas* como tales por los participantes. Son vistas como “simplemente lo que hacemos” cuando jugamos fútbol.

Este último punto es importante porque muestra por qué no tengo que negar que hay razones sustantivas para las reglas de instituciones autónomas (por lo tanto, no necesitan ser enteramente “arbitrarias”). Imagínese que estemos en una convención inventando un juego. Podemos decidir, por ejemplo, que queremos un juego de habilidad física. Eso excluiría cualquier juego como el ajedrez o el bridge. Más aun, también podemos decidir que nuestro juego sea uno de trabajo en equipo, entonces el tenis queda

³⁰ En todo, he estado refiriéndome a la FIFA como el cuerpo legislativo del fútbol. Esto es, huelga decir, sólo para facilitar la exposición. Por supuesto que mucha gente juega fútbol sin siquiera saber en detalle las reglas aprobadas por la FIFA. Esto, si es que algo hace, es volver mi argumento más fuerte: la mayor parte del tiempo las personas no necesitan estar de acuerdo de antemano en las reglas que aplicarán. Simplemente confían en su conocimiento sobre las reglas. E incluso en estas circunstancias es muy raro encontrar jugadores discrepando sobre cuáles son las reglas o por cómo deben aplicarse.

excluido, y así sucesivamente; progresivamente, escribimos las reglas del fútbol. Podríamos decidir que queremos permitir *cualquier* habilidad física, incluyendo la habilidad de lesionar al adversario si es que es útil. O podríamos adoptar un enfoque más razonable y decidir que no queremos admitir cualquier movimiento que pueda afectar la integridad física de algún jugador. Una vez que hemos decidido eso, necesitamos introducir las reglas pertinentes: incluso en el primer caso, tendremos que prohibir el uso de armas (al menos el de aquellas que no requieren el ejercicio de alguna habilidad física). Además, podríamos encontrar que queremos hacer el juego más seguro, y castigar cualquier movimiento que pueda ser peligroso para un jugador. Veremos que hay dos modos de conseguir este objetivo (Hart, 1994, 125ss): podemos o bien elaborar una lista de los movimientos que consideramos peligrosos, o podemos darle al árbitro el poder discrecional de determinar si un movimiento dado es peligroso (por supuesto, podemos mezclar estos modos: esto es lo que sucede hoy en el fútbol). Tendremos que decidir si queremos más seguridad al precio de la discrecionalidad, o si en vez queremos negar discreción a los árbitros por el precio de una menor cuota de seguridad. Mi punto es que, dado que estamos decidiendo cómo construir una institución autónoma, *todo está en juego*, aunque después de cada decisión nuestro espacio de *maniobra* será cada vez más pequeño. En el principio, cuando decidimos inventar un nuevo juego, cualquier juego concebible era un posible resultado de nuestra convención. Después de nuestra primera decisión, como vimos, juegos como el ajedrez quedaron excluidos; después de nuestra segunda, el tenis y similares. El punto es que muchas de nuestras decisiones podrían estar justificadas por razones sustantivas: no necesitan ser “arbitrarias”. En el sentido de Wittgenstein, lo que hace “arbitrarias” a las reglas que creamos es que esas reglas han de ser vistas por los jugadores como “simplemente lo que hacemos” y *no* como universalizaciones de razones sustantivas (recuérdese el caso visto arriba en 10 del árbitro aplicando la nueva regla de fuera de juego).

Pero un sistema jurídico es, a este respecto, distinto a los juegos, y para ver esto podría ser útil usar aquí un ejemplo. Recuérdese el caso de Fuller de los dos hombres durmiendo en la estación. Si quisiéramos dar a los casos difíciles en derecho la misma explicación que dimos para el caso difícil de la mano de Roland Fuentes (esto es, una explicación basada en la derrotabilidad general de los conceptos), tendríamos que decir que en la medida en que el primer hombre estaba haciendo algo que no sería controversial

clasificar como una instancia de “central” de la palabra “durmiendo”, él (y no el segundo, que no estaba durmiendo) debe ser multado. Pero esta solución le parecería, en el mejor de los casos, extraña a cualquier abogado razonable (como asimismo a cualquier persona lego). No obstante, si el primer hombre ha de ser absuelto no será porque podemos decir que él no estaba “realmente” durmiendo, sino porque creemos que la regla *no debe ser aplicada* a este caso. La regla ha de ser vista como la universalización de razones sustantivas, y el punto del ejemplo de Fuller es que cualquier participante podría inmediatamente ver que ninguna razón sustantiva es servida al multar al primer hombre. Ahora, imagínese que la regla no sea jurídica, sino que de un peculiar juego llamado “quedándose despierto en las estaciones de tren”. El juego consistiría en evitar quedarse dormido en la estación, y si se hace pierde cinco puntos. Aquí la regla no ha de ser vista como tal universalización, y como consecuencia de ello los participantes pueden acordar que el primer hombre debe pagar pero que el segundo no, *si es que están jugando este particular juego*.

En otras palabras, la insistencia en la *indeterminación de los significados* como la explicación maestra de los desacuerdos jurídicos es claramente insuficiente. El problema no es que no estamos seguros sobre si el primer hombre estaba o no durmiendo en la estación (porque la suya era una instancia “penumbral” de “durmiendo”): sabemos que lo estaba (quienquiera que no esté seguro tiene que buscar “durmiendo” en la RAE). Antes bien, el problema es que no estamos seguros de que la regla debería ser aplicada a *este caso en particular* excluyendo todas las demás consideraciones, aunque en efecto se hayan cumplido sus hechos operativos explícitos.

Y aquí podemos volver al punto hecho antes, sobre que los juegos serían entidades en cierto modo menos serias o importantes que el derecho. Como debiese ser recordado, esta explicación fue rechazada porque algunos juegos pueden ser mucho más serios, para los participantes y espectadores, que muchas disputas jurídicas. Entonces el punto no puede ser uno sobre seriedad *simplemente*. Pero si lo leemos a la luz de la distinción trazada arriba entre instituciones autónomas y regulativas, podemos reformularlo. Podemos decir que el sentido de algunas instituciones es inventar nuevas actividades mientras que el sentido de otras es seleccionar de un vasto rango de modos en los que las cosas pueden ser hechas, aquellos que han de ser preferidos. En el primer caso, entonces, la decisión de participar

en la actividad *equivale a* la decisión de acatar las reglas, i.e. *no cuestionar la aplicación de las reglas a casos particulares*. Si de hecho se cuestiona ese punto, se falla en participar. No se le permitirá a un jugador de fútbol que piense que es mejor anotar goles con las manos hacerlo bajo la actual regulación del fútbol. Imagínesele diciendo: “El sentido del fútbol es crear un juego desafiante. Si se me permite anotar con las manos, será más desafiante de lo que ya es”, y luego haciéndolo al estilo de Maradona. La regla relevante del fútbol debe ser aplicada, y el gol debe ser anulado. Su insistencia en la validez del gol por las razones dadas será tomada como una señal de que él no quiere realmente jugar fútbol, sino inventar otro juego (Rawls, 1955, 164). Y si se le permite hacerlo, nada pasa, excepto que todo el grupo empezará a jugar un nuevo juego que ciertamente no será fútbol (a algunas personas les gusta decir que así fue como el Rugby fue inventado). En este contexto, la cosa “más seria” que puede suceder es que estas personas fracasen en jugar fútbol. Pero (usualmente) no hay nada sagrado sobre el fútbol, así que perfectamente bien podrían decir que “sí, no estamos jugando fútbol: nosotros preferimos jugar este nuevo juego, rugby”. Es en *este* sentido que podemos decir que no hay nada *serio* en los juegos: siempre podemos decidir jugar otro juego.

Es por esta razón que en las instituciones autónomas a veces parece que lo “normativo deviene, en un cierto sentido, descriptivo” (Bankowski, 1996, 33). Las reglas obligan en la medida en que se quiera participar en la actividad. Si no se quiere, las reglas no importan. Por lo tanto, las reglas de una institución autónoma pueden ser vistas como descripciones de cómo uno debe comportarse si se quiere jugar el juego.

Si hasta aquí el argumento es correcto, entonces todas las consideraciones hechas sobre los juegos pueden ser aplicadas a otras instituciones cuyo sentido sea crear una nueva actividad. Considérese, por ejemplo, la distinción entre las reglas gramaticales y aquellas de los juegos, por un lado, y aquellas de estilo y *fair play*, por el otro (no estoy implicando que las instituciones regulativas y autónomas siempre vengán en pares). Para crear la posibilidad de hablar castellano o de jugar fútbol, necesitamos las reglas de la gramática del castellano y las del fútbol, respectivamente. Antes que estas reglas sean inventadas es imposible hacer uno o lo otro. Estas reglas no existen para efectos de regular los sonidos o señales que producimos ni la actividad de correr alrededor de una pelota (aunque, en efecto, en un sentido, hagan exactamente eso), sino que para crear la posibilidad misma de hablar

(castellano) y de jugar (fútbol). Pero *una vez* que han sido creadas, podemos tratar *entonces* estas actividades como pre-existentes para otro propósito, así podemos pensar que *dado que* podemos hablar castellano o jugar fútbol lo queremos hacer de maneras especiales: queremos hablar preciosamente, o jugar de un modo elegante y deportivo. Este es el contexto de la emergencia de una institución regulatoria: ahora necesitamos un conjunto de reglas para regular la actividad de hablar y de jugar (i.e. normas que señalen *cuáles* de los varios modos alternativos de hablar y de jugar son preferibles). En otras palabras, cuando no estamos tratando de establecer la actividad, sino que de establecer estándares normativos para el *mejor* modo de hacer algo que podemos hacer de todos modos (como hablar castellano y jugar fútbol), dejamos el modelo autónomo y entramos en el regulatorio.³¹ Y, correspondientemente, perdemos la certeza que poseían las reglas en el primero: ahora ya no se encuentra más allá de disputa que es lo que los estándares de estilo o de *fair play* demandan, desde que ahora las reglas son (y son vistas como) universalizaciones de razones sustantivas. Es importante notar aquí que las reglas de estilo y de *fair play* claramente *no* son reglas de lenguaje/fútbol: no se requiere dominar las reglas de estilo del castellano/*fair play* para ser capaz de hablar castellano/jugar fútbol, aunque por supuesto el habla/el juego serán mejor si se las domina (el gol de Marc Overmars es una prueba espléndida de ello: véase arriba en p. 11 nota 8). Ellas existen precisamente porque es posible participar en la actividad de hablar castellano o de jugar fútbol en diferentes modos, y su sentido es el de indicar algunos de estos modos como mejores que otros.

LOS ASUNTOS MÁS IMPORTANTES DEL DERECHO

La distinción que he trazado arriba no es una empírica: pretende ser una conceptual, entre dos diferentes tipos de instituciones. Pero el hecho que la distinción sea conceptual no significa que el derecho sea, como un asunto de verdad conceptual, necesariamente “regulatorio”. El modelo al que pertenece una institución dada es una pregunta empírica

³¹ Estoy consciente de que estoy estirando el significado de la palabra “institución” cuando digo que el juego limpio y el estilo son instituciones. El énfasis aquí debe ser situado en el aspecto “regulatorio”. La palabra institución puede ser reemplazada, aquí y en otros lados, por la expresión “sistema normativo”, “práctica”, o similares.

(aunque no la distinción en sí misma), una que es determinada por la manera en que los participantes entienden su institución.

Considérese la siguiente analogía: es un asunto de verdad conceptual (i.e. algo que es establecido por el concepto “modo de producción”) que un modo de producción incluye humanos, materiales brutos, y medios de producción. Si un particular modo de producción es capitalista, feudal, o alguna otra cosa es una pregunta empírica, i.e. una que es respondida por el tipo de relaciones productivas que realmente se obtienen en una sociedad en particular. Pero *dado* que un modo de producción es capitalista, es un asunto de verdad conceptual que, *inter alia*, los proletarios son formalmente libres; similarmente con el derecho. No objetaría si alguien defendiera que el derecho es lo que llamo “regulatorio” como un asunto de verdad conceptual. Esto equivaldría a una estipulación verbal respecto al significado de la palabra “derecho”, y como tal sería inobjetable y bastante inútil a la vez. Preferiría sostener que esta es una pregunta empírica (en efecto, estaremos buscando aquí instancias concretas de prácticas jurídicas que me gustaría llamar “autónomas”). Pero si la respuesta a esta pregunta empírica fuese que un sistema jurídico dado es una institución regulatoria, entonces conceptualmente se seguirían algunas consecuencias, consecuencias que explican por qué esta distinción es importante.

Entonces consideremos cómo sería un sistema jurídico concebido como una institución autónoma. El punto que quiero hacer está muy bien ilustrado por el modo en el que las *formalidades* pueden considerarse en diferentes culturas jurídicas. Aunque cualquier formalidad podría ser usada aquí, me quiero enfocar particularmente en las formalidades requeridas para la validez de un contrato.

Nos parece completamente obvio que las formalidades son requeridas por alguna *razón*, una razón que está relacionada con el acto al que la formalidad está vinculada (en otras palabras, estamos acostumbrados a ver reglas requiriendo formalidades para la validez o exigibilidad de un contrato como “la universalización de alguna razón sustantiva”: instituciones regulatorias). El contrato de garantía, por ejemplo, es (era) considerado particularmente susceptible de ser celebrado entre partes de desigual poder de negociación, de modo que si el contrato requiere ser escrito la parte más débil estará en una mejor posición para contrarrestar la desigualdad que si fuese oral. Entonces la ley requiere que el contrato de garantía sea escrito (esta es la explicación de Atiyah: *cf.* Atiyah, 1995,

164). La formalidad es requerida porque una razón sustantiva sugiere la conveniencia de su existencia.

Esta manera de mirar a las formalidades es hoy en día de sentido común: “la insistencia en las formas es extensamente considerada por los abogados como característica de los sistemas jurídicos primitivos y menos desarrollados” (Atiyah, 1995, 163). Pero la pregunta es ¿*por qué* son los sistemas jurídicos (así llamados) primitivos más rigurosamente formalistas? La tesis que quiero considerar aquí es que el derecho no siempre ha sido considerado como (para ponerlo en mis palabras) una institución regulatoria. La insistencia en las formalidades, en un modo en que a nosotros nos parece muy extraño, es una posible consecuencia del entendimiento del derecho como una institución autónoma.

Aquí tendríamos que imaginarnos una sociedad en que oficiales y súbditos entiendan el derecho (y el mundo) de maneras muy diferentes a las nuestras. Tendríamos que imaginarnos una sociedad en la que el derecho es visto no como un *instrumento* usado para regular la interacción social, sino que como una técnica que se apoya en regularidades que pertenecen a la estructura misma del mundo, muy parecido al modo en que entendemos la técnica de construcción de puentes (o de cocina). Ellos podrían pensar en “obligación” como significando literalmente una (cuasi-) ligadura física, una ligadura que sólo puede producirse siguiendo un procedimiento predeterminado, de un modo muy parecido a como tomamos un puente (o un cóctel de camarón) como una cosa física que puede ser realizada siguiendo un conjunto predeterminado de reglas técnicas.

Ésta no es una idea puramente fantástica. En efecto, como Reinhard Zimmermann ha sostenido (Zimmermann, 1990, 1s, 82s) algo como esto es lo que los antiguos romanos parecen haber creído. Ser capaz de someter a alguien a una obligación significaría, en consecuencia, ser capaz de generar tal vínculo. Este vínculo no está concebido de la forma en la que *nosotros* pensamos en una obligación, ni tampoco como una relación de puro poder. Precisamente por medio del uso de dichas formalidades “el poder real del acreedor sobre el cuerpo del deudor vino a ser reemplazado por un poder mágico sobre el mismo, y era por este propósito que debía realizarse un ritual formal” (Zimmermann, 1990, 83). La

función de las formalidades de la *stipulatio*³² es, en este contexto, bastante distinta a las funciones que nosotros estamos acostumbrados a pensar que cumplen las formalidades. Estamos habituados a ver a las formalidades como protectoras o promotoras de ciertos valores, intereses, etc. (*i.e.* como la universalización de alguna razón sustantiva): el interés de terceras partes que pudieren verse afectadas por la transacción, el interés de la parte más débil antes que el de la más fuerte, la facilitación de la prueba, y por ende la posibilidad de tener menos y más baratas controversias, y así. Sin embargo, para los (antiguos) juristas Romanos, de acuerdo a Zimmermann, todo esto carecía de importancia. El ritual no era necesario por consideraciones de política, sino que simplemente porque el ritual era la *única manera* de hacer las cosas:

Era solo por medio de estos rituales que las transacciones legales podían perfeccionarse: el cumplimiento de las formalidades rituales generaba un *cambio real* (pero invisible y hasta cierto punto mágico) en la relación existente entre las partes involucradas. La más mínima equivocación arruinaría la transacción completa: todo lector de cuentos de hadas sabe que los efectos mágicos pueden generarse sólo a partir de la recitación más meticulosa de una fórmula establecida...La *razón efectiva* para el resultado legal deseado no era el consentimiento entre las partes, sino el intercambio formal de palabras (Zimmermann, 1990, 83-4, énfasis agregado).³³

No es parte de mi argumento sostener que una comprensión formalista de las formalidades es únicamente posible en las instituciones autónomas. Es cierto, algunas formalidades legales, en algunos sistemas jurídicos, se conciben en la actualidad de manera muy formalista. Sin embargo, la formalidad de estas áreas en el derecho moderno se basa en consideraciones de política: son (vistas como) universalizaciones de razones sustantivas. En consecuencia, es siempre posible, al menos en casos especiales, retornar a las “cuestiones políticas” brutas – y que tan “especial” tenga que ser un caso es un asunto *sustantivo*, *i.e.* algo a ser decidido a la luz de razones de política subyacentes a la formalidad (más sobre esto más adelante). En el derecho Romano (antiguo), por el otro lado, no había una cuestión moral (política) “bruta” a la cual retornar: las formalidades no

³² La *stipulatio* era una de las formas contractuales más importantes en el Derecho Romano. Era definida únicamente por referencia a su forma. Cualquier obligación podía ser creada mediante su uso (ver Zimmermann, 1990, 68s1s, 68ss).

³³ El tema del carácter mágico del derecho en Roma es controversial: compárese Hägerström, 1953, 56ss, para quien el rol de la magia en el derecho romano era ubicuo, con la crítica de esta tesis efectuada por G. MacCormack (1969). En todo caso, el carácter mágico del Derecho Romano *antiguo* es menos controversial (véase Kaser, 1967, 133).

eran necesarias en razón de consideraciones sustantivas, sino porque eran la única forma en la que un efecto dado podía ser alcanzado. Esto tiene como consecuencia que la aplicación de las reglas se vuelve altamente mecánica:

El rasgo más característico de la jurisprudencia Romana arcaica es su tendencia a dotar todo acto (sacro y) jurídico de una forma definida. Rituales específicos debían ser llevados a cabo meticulosamente, debía pronunciarse un conjunto preciso de formas de palabras con gran detalle. El más mínimo error, una tos o un tartamudeo, el uso de un término incorrecto invalidaba el acto en su totalidad. Este formalismo accional se correspondía con un igualmente estricto formalismo en la interpretación de esos actos jurídicos antiguos. No se tenía ninguna consideración por la intención de las partes; lo que importaba era el *verba* utilizado por ellos. Mientras más rígida la interpretación, mayor cuidado se le daba, a su turno, a la formulación de la formula otorgada. Los redactores habían intentado eliminar todo riesgo de ambigüedad. Esto condujo a una atención escrupulosa del detalle [y] a enumeraciones engorrosas ...Cualquiera que fallara en el empleo de estos dispositivos corría el riesgo de enfrentar consecuencias indeseadas e inesperadas: como lo experimentaron, por ejemplo, aquellos que tomaron la promesa de sacrificar “*cuaequumque próximo vere nata essent apud se animalia*” (“cualquier cosa animada que naciera en su casa la próxima primavera”). No sólo los animales, sino también sus propios hijos, se consideraban cubiertos por estas palabras (Zimmermann, 1990, 623).

Para tener una idea de cómo sería el derecho en un contexto como este, bien podríamos seguir el consejo de Zimmermann y pensar en los cuentos de hadas: si no se dice la fórmula mágica exactamente como debía ser dicha, se fracasa en producir los resultados que se buscaban. El caso de Elmer no habría sido problemático en este escenario: no importa quién (y porque razón) obtiene la lámpara mágica, el genio obedecerá. En los términos del argumento aquí expuesto, no hay espacio para interpretaciones más o menos razonables de lo que son las formalidades: las interpretaciones son o no correctas (más estrictamente, una interpretación es correcta y todas las demás no lo son): *qui cadit a syllaba, cadit a causa*.

Si hemos de aceptar el argumento de Zimmermann sobre el derecho Romano, luego mi punto es que para los abogados en el derecho Romano antiguo, el derecho no era considerado como nada similar a una técnica social “para inducir a los seres humanos –por medio de la noción de este mal que los amenaza si se comportan de determinada manera, contraria a lo deseado- a comportarse de la forma deseada” (Kelsen, 1934, 29) o la “empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas (Fuller, 1964, 106), sino como un lenguaje mágico que debía ser dominado si debían producirse ciertos efectos, lenguaje mágico que era creado por los Dioses y comunicado a los humanos por sacerdotes –recuérdese que en la antigua Roma el derecho era administrado por los pontífices

Romanos, que eran sacerdotes estatales.³⁴ Nótese que no existe necesidad de justificación en este sistema jurídico: imagínese a un agricultor Romano preguntando a su abogado: “¿por qué debo contestar precisamente ‘*spondeo*’ para celebrar la *stipulatio*? ¿No es suficiente con que manifieste mi consentimiento de cualquier manera apropiada?” El abogado diría: “sencillamente no puedes hacerlo de otra manera si quieres celebrar tal contrato”. La situación es enteramente similar a la de un niño preguntando “¿por qué no puedo mover el rey más de un espacio por jugada?” o un ingeniero ingenuo preguntando “¿por qué debo construir puentes de esta manera en particular?” (“porque si no lo haces fracasará en jugar ajedrez/construir un puente”).

Si estoy en lo correcto en este aspecto, luego deberíamos esperar encontrar una concepción distinta de la legislación. Dado que las formalidades para la validez de los contratos no eran una universalización de razones sustantivas, las consideraciones de política no tenían ninguna relevancia en la selección de las formas específicas que se requerían ni tampoco en las consecuencias de no cumplir con ellas.

Y sí encontramos, por ejemplo, que aun cuando los romanos tenían leyes prohibiendo la celebración o el contenido de determinados contratos, utilizaban un sistema de prohibiciones legales que aparece bastante peculiar para el observador moderno:

Se distinguían tres tipos de leyes... :*leges imperfectae*, *leges minus quam perfectae* y *leges perfectae*. Sólo los actos ejecutados en contravención de *leges perfectae* eran nulos. Las *leges minus quam perfectae* amenazaban al contraventor con una penalidad, pero no invalidaban el acto en sí mismo. La infracción de una *lex imperfecta* no conducía a una penalidad ni a la nulidad (Zimmermann, 1990, 697-698).

La pregunta se presenta a sí misma de inmediato: ¿cuál era el punto de las *leges minus quam perfectae* e *imperfectae*? Si el contrato iba a ser prohibido, ¿por qué no usar una *lex perfecta*? La respuesta se torna clara si tomamos en cuenta que “en los primeros días del derecho Romano la validez de una transacción pareciera haber sido juzgada sólo desde el punto de vista de la forma requerida”. Un contrato era definido por su forma, y si la formas habían sido cumplidas era sencillamente imposible volver atrás e invalidarlo: “que las

³⁴ El punto principal se mantiene aun cuando esto fuere históricamente falso, i.e. aun cuando los antiguos Romanos no vieran su derecho como algo dado por los Dioses: nosotros no pensamos (no todos al menos) que las leyes de gravedad fueron dadas por Dios, y ésto no es un obstáculo a nuestra concepción de que la construcción de puentes descansa sobre la estructura básica del mundo. En otras palabras, cómo y porqué los participantes llegaron a concebir el mundo de la forma en que de hecho lo hacen es irrelevante aquí.

prohibiciones legales pudieran interferir con y de hecho invalidar completamente actos formales privados era inconcebible para los abogados y los legisladores de la temprana República” (Zimmermann, 1990, 698; véase, para una explicación diferente, Stein, 1966).

Un punto similar ha sido hecho por David Daube desde una perspectiva diferente. Daube estaba intrigado por las formas verbales peculiares que utilizaban los Romanos, y de la manera en que esas formas cambiaron a través de los siglos. Las leyes Romanas usualmente contenían formas imperativas (“deberán”, “no deberán”); en algunas de ellas, no obstante, la forma imperativa se reemplaza por frases como “es necesario”, “es adecuado”, etc. Daube se concentra en el significado diferente de las formas verbales del siguiente tipo: “si alguien daña la propiedad de otro, será necesario que pague” y “si alguien daña la propiedad de otro, estará obligado a pagar” (Daube, 1956, 4). Según Daube, las frases del primer tipo

expresan, no una orden directa –“Te ordeno que hagas esto o lo otro”- y ni siquiera una opinión libremente formada- “En mi opinión debes hacer esto o lo otro”- si no que una referencia a una autoridad más alta –“Existen razones de peso para hacer esto o lo otro” (Daube, 1956, 8).

Entonces la razón por la que estas formas verbales son tan comunes en el derecho Romano era que, de acuerdo a Daube, el legislador no se veía a sí mismo *creando* la obligación de indemnizar (para usar el ejemplo anterior). Sería extraño para nosotros decir: “si alguien quiere construir un puente (o preparar un cóctel de camarones), él o ella se encuentra obligado a...” en lugar de “si alguien quiere construir un puente (preparar un cóctel de camarones), será necesario que él o ella...”. Por ende, no debería resultar sorprendente a estas alturas descubrir que estas formas verbales especiales

pertenecen sin excepción al derecho sagrado. “Si un hombre es muerto por un rayo..., no está permitido celebrar los ritos funerarios para él”: evidentemente, éste no es el decreto de un legislador libre, un legislador que podría, si quisiera, ordenar lo contrario. Es, esencialmente, interpretación; Es la lectura de la voluntad divina hecha por el hombre sabio. Los sacerdotes... no te ordenan. Te informan los resultados de sus estudios sobre las cosas sagradas (Daube, 1956, 9).

El punto interesante es que esta forma imperativa indirecta (“es adecuado que...”) no es usada por abogados republicanos y clásicos para hablar sobre los requisitos de la ley pretoria (*ius honorarium*), sino sólo del antiguo *ius civile*. Sólo el *ius civile* era entendido en el sentido mágico que ahora me ocupa: “una obligación pretoria o edilicia no puede ser inferida desde una búsqueda en la ley o transacciones legalmente reconocidas” (Daube, 1956, 15): descansa únicamente en la autoridad del pretor (edil). Entonces, las observaciones de Daube dan soporte a la opinión de Zimmermann: el derecho (i.e. el

antiguo *ius civile*) no era visto como una institución social creada por los humanos para regular sus asuntos, sino como algo que era parte de la estructura misma del mundo, algo que podía ser dominado y empleado por los humanos sólo si llegaban a conocerlo.

Esto es por lo que la “insistencia en la forma es ampliamente concebida por los abogados como característica de sistemas jurídicos primitivos y menos desarrollados” (Atiyah, 1995, 162): refleja este tipo de visión “mágica” del derecho. La insistencia en la forma, sólo por la forma, es representativa de una comprensión del derecho en el que éste es dado, no hecho (tal como las reglas del ajedrez se les dan a los jugadores, no hechas por ellos). Esta actitud cambia de acuerdo a cambios en la cultura jurídica respectiva: “la actitud de una cultura jurídica frente a la forma refleja su auto-imagen y madurez” (Zimmermann, 1990, 88). El punto importante es que cuando esta actitud frente a la forma *ha* cambiado, pueden surgir controversias. Todas las formalidades hoy en día han sido introducidas para conseguir algún propósito legislativo. Ese propósito, sin embargo, puede ser logrado de diferentes maneras, incluso si no se cumple con las formalidades. En estos casos, “la sanción de nulidad pareciera exceder al objetivo: no es exigida por la política subyacente a las reglas que requieren la formalidad en el acto...Por tanto, de tiempo en tiempo se han hecho ajustes equitativos en el ámbito de las formas estatutarias (Zimmermann, 1990, 86-87).³⁵

La transición desde una concepción autónoma a una concepción regulatoria del derecho puede también apreciarse en la Biblia. La bendición de Isaac a Jacob en lugar de Esau fue válida, aun cuando se obtuvo a través de engaño (Gen. 27: 18-40): Jacob se disfrazó de su hermano e hizo creer a su padre casi ciego que era Esau. Por el error de su padre, recibió la bendición aunque no era el primogénito. El caso es revelador porque Esau “lanzó un grito agudo y amargo”: “Bendíceme también a mí, padre mío”, pero no se podía “deshacer” la bendición, no había “vuelta atrás” a las cuestiones sustantivas brutas, porque no había cuestión sustantiva a la cual volver: “ha venido astutamente tu hermano y se ha llevado tu bendición” (Gen. 27:35). La bendición era una cosa (cuasi) física, algo que Jacob

³⁵ Cf. Zimmermann, 1990, 118-119, para el mismo punto en relación con el *sponsio* (caución): una vez que se relajaron los requerimientos rituales (porque no hay magia contenida en ellos) “problemas intrincados de interpretación podrían surgir” (en relación con el *unitas actus* –el requisito de que la *sponsio* se realizara inmediatamente a continuación de la celebración de la respectiva *stipulatio*).

se había *llevado* de Isaac aun cuando no estaba, de acuerdo a la ley, facultado para obtenerla. El engaño, habiendo triunfado, no podía alterar el *hecho* de que Isaac no tenía otra bendición para Esau, distinta de “de tu espada vivirás y a tu hermano servirás” (Gen. 27:40): si alguien se lleva el cóctel de camarones que estoy a punto de comer, no puedo ya comerlo o entregártelo, dado que ya no lo tengo; Jacob se llevó la bendición e Isaac no podía volver atrás e “invalidarla”, tal como no puedo “volver atrás” e “invalidar” que alguien se haya comido mi cóctel de camarones, y luego comerlo yo.

David Daube ha destacado que “al menos cuatro de las historias de Jacob culminan con el recurso del sutil disputante a esos principios rígidos, formalistas que pueden ser encontrados de manera tan frecuente regulando las transacciones legales o religiosas de los antiguos” (Daube, 1944). No obstante, concluye este fragmento con una “palabra de advertencia”:

no hay error más grande que sostener que, dado que las narraciones examinadas invariablemente conducen al triunfo de la parte que abusa de ciertos principios formalistas del derecho, los personajes descritos, e incluso los autores de las descripciones, debían ser hombres primitivos que no veían las falencias en su sistema. Lo exactamente opuesto es la verdad (Daube, 1944, 75).

Según Daube, “la pregunta adecuada que debemos hacer no es ‘¿por qué no veían que podía haber una alternativa a ese estricto y pedante tipo de derecho?’... sino que ‘¿por qué aplicaban esos principios formalistas y estrictos, al menos en algunas ramas del derecho, aun cuando estaban plenamente conscientes de la posibilidad de resultados injustos?’ (Daube, 1944, 75). En el Capítulo 6 veremos que no contestar la segunda de las preguntas de Daube nos impediría entender cabalmente el derecho Romano. También veremos que responder la primera pregunta constituirá un paso significativo hacia la respuesta a la segunda de las preguntas. Sin embargo, Daube no ofrece razones para su reticencia a formular la primera pregunta. Si pensamos en el villano haciéndose de la lámpara mágica en la historia de Aladino, notamos que el derecho no puede ser ofrecido como una “alternativa” a las reglas que gobiernan la obediencia de los genios. En efecto, esto puede entregar una pista acerca de la respuesta correcta de la segunda pregunta: quizás no veían una alternativa porque simplemente ésa era la manera en que era el mundo. Los “resultados injustos” eran simplemente una triste consecuencia de la manera en que el mundo estaba estructurado. Lo que Daube considera obvio (que el problema de *verba y voluntas* tal como aparece en el derecho de los contratos era “una alternativa” a las reglas rígidas que

governaban la bendición de Isaac) no era necesariamente obvio para el autor del Éxodo.³⁶

Sea como fuere, nótese la gran diferencia que existe entre esta comprensión del derecho y la “nueva ley” de Jesús. Lo importante no era el cumplimiento ritual de las reglas. El regente de la Sinagoga estaba indignado con Jesús por curar a una mujer poseída en el Sabbat: “hay seis días en que se puede trabajar: venid, pues, esos días a curaros, y no en día de Sabbat (sábado)”. (Lucas 13: 14). Esta manera ritual de entender el derecho es desdeñada por Jesús: “y a ésta, que es hija de Abrahán, a la que ató Satanás hace ya dieciocho años, ¿no estaba bien desatarla de esta ligadura en día de sábado?” (Lucas 13: 16).

Puede entenderse en esto que Jesús argumentaba que la razón sustantiva tras la ley referente al Sabbat no se veía afectada por esta sanación de la mujer. Dado que la ley debía verse como la “universalización de la razón sustantiva”, la ley –correctamente entendida– no constituía un obstáculo para su sanación de la mujer. No obstante, el regente podría haber respondido: “si ella ha esperado dieciocho años, ¿no puede acaso esperar un día más?: la ley debe cumplirse”, implicando que la ley no debía *verse* como la universalización de nada, sino “simplemente lo que hacemos”. Pero no fue así: “sus adversarios quedaban abochornados; la gente, en cambio, se alegraba con las maravillas que [Jesús] hacía” (Lucas 13: 17).³⁷

Uno podría pensar de esto que la ley de Jesús no era para nada una ley, si no que la suya era una ética particularista. Pero claramente no veía su mensaje de esta forma: “no penséis que he venido a abolir la Ley y los Profetas. No he venido a abolirlos, sino a darles cumplimiento. Os aseguro que, mientras duren el cielo y la tierra, no dejaré de estar vigente ni una i ni una tilde de la ley hasta que todo suceda” (Mateo 5: 17,18). La nueva ley de

³⁶ En efecto, es interesante notar que los argumentos que ofrece Daube para mostrar que el autor y los lectores contemporáneos de la historia de Jacob notaban las “falencias” en su sistema, que estaban “ampliamente conscientes de los problemas de *verba y voluntas* y otras dificultades similares” no sustentan su posición. El hecho que de estos incidentes “se tomara nota y se transmitieran” no es, *pace Daube*, “prueba suficiente de esto”. El hecho de que todos sepamos que el hechizo de Cenicienta se rompía a la medianoche (¿aunque hubiese sido bonito, no es cierto, que continuase hasta el fin del baile?) no puede ser tomado como prueba de que todos reconozcamos las “falencias” en (ese) sistema, ya que no existe tal sistema: el mundo de Cenicienta era uno en que los hechizos sólo duraban hasta la medianoche, y eso era todo. Igualmente, quizás los lectores de la historia de Jacob veían en ella simplemente un comentario sobre cuan útil era dominar las reglas básicas del mundo

³⁷ Jesús fue constantemente acusado de no guardar el Sabbat: cf. John 7: 22-23; 9:16, etc.

Jesús era ley regulatoria; una traducción alternativa de Mateo 5:18 en *The New English Bible* clarifica este punto: “De verdad os digo: mientras duren el cielo y la tierra, no dejará de estar vigente ni una i ni una tilde de la ley dejará de estar vigente hasta que se alcance todo aquello que ella *representa*” (énfasis agregado). Entonces el mensaje era precisamente que la ley no era un conjunto ritualista-formalista-mágico de reglas que debían cumplirse al detalle (ley autónoma), sino que algo con un *fin*, algo que *representaba* otra cosa (ley regulatoria). Más tarde Jesús volvería sobre este punto:

¡Ay de vosotros, escribas y fariseos hipócritas, que pagáis el diezmo de la menta, del eneldo y del comino, y habéis descuidado lo más importante de la Ley: la justicia, la misericordia y la fe! Esto es lo que había que practicar, aunque sin descuidar aquello (Mateo, 23: 23).

Comentando este pasaje, Harold Berman ha dicho “lo que dice la totalidad del pasaje es, primero, que el corazón de la ley es “la justicia, la misericordia y la buena fe”, y segundo, que los asuntos menores, los tecnicismos, los impuestos, la “menta, el anís y el comino” también son importantes, pero deben subordinarse al propósito principal” (Berman, 1993, 391).

En una institución autónoma, “la menta, el anís y el comino” es todo lo que importa, en la medida que uno esté participando de la actividad establecida por la institución (o, en las instituciones autónomas no hay distinción entre “la menta, el anís y el comino” y los “asuntos más importantes”. Pero una institución regulatoria se encuentra caracterizada por el hecho que “la justicia, la misericordia y la buena fe” deben practicarse. Esto significa que los “tecnicismos” *sí* importan, pero no son (como en el derecho autónomo) *todo* lo que importa. El desacuerdo legal se explica por el hecho que estas dos dimensiones del derecho regulatorio deben ponderarse de alguna forma: es un desacuerdo sobre la forma correcta de ponderarlas.

Jesús y los Fariseos probablemente estarían de acuerdo en que debían seguir la voluntad de Dios. La diferencia era que los Fariseos creían que la voluntad de Dios *era* (hasta donde podían conocerla) la ley. Por lo tanto, la ley debía seguirse ciegamente. Seguir la voluntad de Dios era seguir la ley de Dios, porque la ley era la voluntad: por tanto, si se quiere seguir la voluntad de Dios, solo había de seguirse la ley; no se necesita preguntar de qué trata realmente la ley, porque fue dada por Dios –Él debía saber. Pero Jesús cambió esto: cuando el maestro de la ley preguntó por una definición clara (¿quién es mi prójimo?), recibió una parábola y luego de ella sólo la respuesta “vete y haz tú lo mismo” (Lucas 10:

37).³⁸ Ahora seguir la voluntad de Dios (no solo –o no necesariamente- la ley en la visión formalista-ritualista) era importante: la ley (formalísticamente concebida) no era suficiente. Jesús dijo al hombre que había seguido la ley desde que era un niño: “una cosa te falta: anda, vende cuanto tienes y dáselo a los pobres, y tendrás un tesoro en el cielo. Luego, ven y sígueme” (Marcos 10: 21).³⁹

Recuérdese una de las características de los juegos, de acuerdo a Huizinga:

dentro del campo de juego impera un orden peculiar y absoluto. Aquí nos encontramos con otro rasgo muy positivo del juego: crea orden, es orden. Trae una perfección temporal, limitada, a un mundo imperfecto y a la confusión de la vida. El juego exige un orden absoluto y supremo. La desviación más mínima “desbarata el juego”, le quita su carácter, y lo priva de valor (Huizinga, 1970, 29).

Desde esta perspectiva, una religión (si se entiende como una institución autónoma) no está tan lejos de un juego, particularmente si tenemos en mente que en los términos de Huizinga jugar un juego puede ser extremadamente “serio”. De ahí el análisis que Huizinga efectúa de la religión como una forma de juego. Lo mismo podría decirse del derecho Romano (antiguo): la más mínima desviación de las palabras de la *stipulatio* (por ejemplo, si el promitente no respondía a la pregunta ritual con el término *spondeo*, si no que con otra palabra, aún similar o idéntica en significado) *hacía todo la cuestión inútil*. En el derecho Romano clásico (e incluso antes) sin embargo, el surgimiento del *ius honorarium* y de las *acciones bone fidei* cambiaron esto: ya no era cierto que “la más mínima desviación la tornaba inútil”. Ahora alguna forma de “justicia, misericordia y buena fe” debía realizarse,

³⁸ Peter Winch ha destacado correctamente que la parábola del Buen Samaritano fue ofrecida como una explicación de lo que era *la ley*. La primera respuesta de Jesús al maestro de la ley fue: ¿qué está escrito en la ley?, y luego de la respuesta del maestro de la ley, él dijo: “bien has respondido. Haz eso y vivirás”. Fue solo cuando el maestro de la ley “queriendo justificarse” preguntó a Jesús sobre la *interpretación de la ley*, que “Jesús respondió, Bajaba un hombre de Jerusalén a Jericó...” (Lucas, 10: 26-30. Cf. Winch, 1987, 155s). Winch, además, llama nuestra atención sobre el hecho de que la respuesta de Jesús a la pregunta del maestro de la ley no estaba vinculada a la creencia en Dios del último: “[la parábola] no apelaba a la concepción [de Dios como un legislador]: la desafía. O al menos comentaba sobre la concepción de una forma que presuponía que la modalidad moral a la que el Samaritano respondía tendría fuerza respecto de los oyentes de la parábola *independientemente* de su compromiso con cualquier creencia teológica particular (Winch, 1987, 160).

³⁹ Paul Amselek también ha notado que los juegos no son análogos al derecho en aspectos importantes por razones similares a aquellas desarrolladas arriba. La diferencia, según él, es que mientras en los juegos la “existencia precede a la esencia”, en el derecho (y otras instituciones) la esencia precede a la existencia. Cf. Amselek, 1988, 211. Me parece que sus afirmaciones a este respecto son plenamente compatibles con el argumento ofrecido en este capítulo).

sin dejar de pagar “el diezmo de la menta, el eneldo y el comino”: la forma en que se cumplía con estas dos cosas al mismo tiempo se volvió debatible; en consecuencia, las partes ahora tenían espacio para ofrecer distintos puntos de vista respecto de que era aquello que exigía el derecho, independiente de las palabras y los rituales utilizados.

La distinción que se ha presentado en este capítulo entre dos modelos de institución no es nueva bajo ningún respecto, aunque las etiquetas que utilizo pueden serlo. Probablemente la formulación más clara de ella, junto con la constatación de sus consecuencias para el derecho y el razonamiento jurídico puede encontrarse en *Economía y Sociedad* de Max Weber. Para Weber, la formalidad del derecho significaba que los casos son decididos sobre la base de sus “características generales inequívocas”. El formalismo jurídico, sin embargo, puede ser de distintos tipos, según la naturaleza de las características generales que se tomen en consideración. Por un lado, pueden entenderse como “datos sensoriales”, como “la pronunciación de ciertas palabras, la ejecución de una firma, o la realización de cierto acto simbólico con un significado fijo”. Esto es, para Weber, “el tipo más riguroso de formalismo jurídico”. Corresponde, si mi argumento es correcto, con el formalismo del derecho Romano antiguo, y se explica por el hecho que para los Romanos el derecho no era visto como, en palabras de Pufendorf, “producto de la imposición”. El derecho, por ejemplo, hace del pronunciamiento de ciertas palabras (v.gr. una palabra coincidente en el caso de la *stipulatio* Romana: si el promitente preguntaba “¿*prometes?*”, el provisor debía responder “*prometo*”) crucial para la celebración de un contrato, de modo tal que si esas palabras no se pronuncian, no hay contrato. Esta clase de formalismo, de acuerdo a Weber, “se agota a sí mismo en la casuística”, ya que no hay nada más allá del cumplimiento efectivo del requisito ritual que sea importante para la existencia del contrato. Se agota a sí mismo en la casuística, yo diría, porque ningún principio puede controlar o derrotar la aplicación de la regla de la misma manera en que ningún principio tal como, “favorecer al equipo más agresivo” puede controlar o derrotar la aplicación de la regla del fuera de juego, sin importar el nivel de apoyo institucional que las reglas del fútbol puedan ofrecer a un principio como el mencionado.

Esas “características generales”, por el otro lado, pueden obtenerse a través de “el análisis lógico del significado” de modo tal que “se formulan y aplican conceptos jurídicos fijados definitivamente en la forma de reglas altamente abstractas”. Este formalismo ve a

los requisitos legales (v.gr. el consentimiento en el caso de los contratos) no simplemente como dados, sino como el producto de racionalidad lógica, porque el derecho es visto efectivamente como “producto de la imposición”: debe haber un *punto* para los requisitos de la ley, y ese punto es revelado a través del “análisis lógico del significado”, que conduce a la formulación y aplicación de “reglas altamente abstractas”. La razón por la que el consentimiento es importante para que un contrato sea válido no se ve ya como inescrutable o irrelevante, por tanto si el promisor simplemente dijera “sí”, en lugar de “*prometo*”, también sería aceptable. En consecuencia, esta segunda clase de formalismos “disminuye la importancia de elementos extrínsecos y por ende *suaviza la rigidez del formalismo concreto*”.

Curiosamente, aun cuando Weber creía que este formalismo de la clase “racionalidad lógica” suaviza la rigidez del primer tipo de formalismo, también sostenía que con él

el contraste con la “racionalidad sustantiva” se agudiza, porque (racionalidad sustantiva) significa que la decisión de los problemas jurídicos es influida por normas distintas de aquellas obtenidas a través de la generalización lógica de interpretaciones abstractas de significado.

En un sistema de racionalidad sustantiva, los casos se resuelven de acuerdo a, entre otros, “imperativos éticos, utilitaristas y otras reglas de conveniencia y máximas políticas”. El formalismo de la clase “racionalidad lógica” no es sustantivo en este sentido, porque aquí la racionalidad lógica cumple “una labor específicamente sistemática”, cual es “la colección y racionalización por medios lógicos de todas las reglas reconocidas como legalmente válidas en un complejo internamente consistente” (todas las citas de Weber en este y los tres párrafos anteriores son de Weber, 1967, 61-62).

Muchos de los temas que serán desarrollados en este libro están presentes en las afirmaciones de Weber: el derecho es *formal*, pero esta formalidad no tiene porque desplegar la rigidez y formalismo común a los sistemas jurídicos antiguos. Y sin embargo el hecho que el derecho no es *tan* formal no implica que se disuelve en puro razonamiento sustantivo. La manera en que el derecho puede ser formal, pero no rígidamente formal y al mismo tiempo sustantivo, pero no íntegramente sustantivo, es uno de los principales problemas que este libro pretende abordar.

Para un ejemplo completamente distinto, considérese la crítica de Hegel al conocimiento matemático (de la manera en que se discute en Cohen, 1996). De acuerdo a

él, una explicación o prueba matemática es *externa* al sujeto, en la medida que

la necesidad no surge de la naturaleza del teorema: es impuesta; y el mandato de trazar sólo estas líneas, siendo un número infinito de otras igualmente posible, se acepta a ciegas, sin saber nada más allá, excepto que, como de manera entusiasta creemos, esto servirá a nuestro propósito de producir la prueba (Hegel, 1971, 102).

En tanto resultado el teorema es, sin ninguna duda, uno que *se tiene como cierto*. Pero esta eventualidad no tiene nada que ver con su contenido, sino solo con su relación con el sujeto cognoscente. El proceso de prueba matemática no pertenece al objeto; es una función que tiene lugar fuera de la materia en cuestión (Hegel, 1971, 101, énfasis añadido).

Creo que el punto de Hegel, puede ser expresado diciendo que la verdad de un teorema se debe encontrar en las definiciones y las reglas de las matemáticas, no en el “objeto” –lo que sea que eso signifique. Entender un teorema es ser capaz de reproducir su demostración: “si alguien, midiendo muchos triángulos rectángulos, descubriera que sus lados están relacionados de la manera que todos saben, deberíamos considerar al conocimiento obtenido de esa forma como insatisfactorio” (Hegel, 1971, 100). Sin embargo, aunque el resultado “sin duda” *se tiene como verdadero*- el sujeto cognoscente no logra apreciar la *necesidad* de la prueba: “la prueba toma una dirección que comienza *donde sea que queramos*, sin que sepamos aun qué relación tiene este comienzo con el resultado que se obtendrá” (Hegel, 1971, 102, énfasis añadido).

En otras palabras, una institución como las matemáticas nos permite contar con una certeza absoluta respecto del conocimiento matemático, pero este conocimiento es en cierta manera *defectuoso*, porque el proceso de prueba no está internamente vinculado con la materia: debemos seguir el proceso de prueba con la esperanza que nos conducirá a la demostración que buscamos. Las etapas de ese proceso están estrictamente determinadas por las reglas (matemáticas), y el resultado es verdadero según estas reglas.

Lo mismo ocurre, diría, en cualquier institución autónoma. Precisamente porque todo lo que importa es la solución-de-acuerdo-con-la-institución, el proceso de búsqueda es *externo* a la materia. La justificación de lo que requiere el derecho (autónomo) en estos casos particulares *no se relaciona* en ningún sentido con el punto en cuestión, sino con las reglas en cuestión. Tal como en las matemáticas, de acuerdo a Hegel, esta comprensión del derecho nos permite contar con certeza absoluta acerca de lo que requiere, pero esta certeza absoluta tiene su precio.

UN BREVE AVANCE

“¿Qué es el derecho?”. Esta es la pregunta central de la teoría del derecho. “¿Cuál es el

derecho respecto de este caso concreto?” es el tipo de pregunta que aborda el razonamiento jurídico. Luego de haber mostrado que hay algo acerca de la naturaleza del derecho como práctica social que hace de la segunda pregunta especialmente importante, los capítulos que siguen tratan sobre la relación entre estas dos preguntas. La tesis que será defendida es que una teoría del derecho implica una teoría del razonamiento jurídico; esto es lo mismo que decir que, la segunda pregunta (al menos parcialmente) se responde una vez que se responde la primera pregunta. Si esto es correcto, seremos capaces de “leer” una teoría del razonamiento jurídico en una teoría del derecho y, recíprocamente, “leer” una teoría del derecho en una descripción teórica del razonamiento jurídico. El segundo argumento central es que el razonamiento jurídico es formal (en el sentido de que excluye consideraciones sustantivas) y al mismo tiempo sustantivo (en el sentido que no puede excluir todas las consideraciones sustantivas).

Los capítulos 2, 3 y 4 examinan varias discusiones jurisprudenciales tradicionales en un intento de demostrar que una descripción correcta del razonamiento jurídico no puede mostrarlo como completamente formal (o exclusionario). Este argumento se utiliza en contra de la tesis de las fuentes (Capítulo 2), para despejar el camino para una explicación de qué hace del razonamiento jurídico teóricamente interesante (Capítulo 3). El argumento presentado en el Capítulo 3 se usa luego para rescatar la que considero la mejor lectura del argumento original de Lon L. Fuller, tanto de Hart como de Hartianos contemporáneos, como del mismo Fuller (Capítulo 4). El Capítulo 5 da una nueva mirada al asunto de la derrotabilidad en el derecho y la moral, intentando determinar cuáles son las “circunstancias” de la derrotabilidad, i.e. cuándo y cómo hace sentido decir que una regla es derrotable.

El Capítulo 6 intenta ofrecer un ejemplo del argumento desplegado hasta ese punto evidenciando que no podemos realmente entender el derecho a menos que entendamos el razonamiento jurídico. El ejemplo será el derecho Romano, y el argumento será que no podemos saber cual era la solución correcta para un caso concreto bajo el derecho Romano solo por conocer las *reglas Romanas*. El Capítulo 7 explora la manera en que el argumento sobre el razonamiento jurídico, tal como se habrá desplegado, tiene consecuencias para una teoría del derecho. Luego cuatro intentos de desarrollar una teoría del razonamiento jurídico desde una teoría del derecho que es, en términos amplios, positivista, se muestran

como defectuosos. Esto se tomará como evidencia de lo que se denomina una “tensión” entre el razonamiento jurídico y la teoría del derecho. El Capítulo 7 entonces completa el argumento para la primera tesis. El Capítulo 8 trata de resolver esta tensión entre una teoría del derecho y una teoría del razonamiento jurídico diagnosticada en el Capítulo 7 y completa el argumento para la segunda tesis.

- Alchourrón, C. y E. Bulygin (1971): Normative Systems (New York: Reidel).
- Amserek, P. (1988): "The Philosophy of Law and the Theory of Speech Acts", en 1 Ratio Juris, pp. 187-223.
- Atiyah, P. S. (1981): Promises, Morals and Law (Oxford: Clarendon Press).
- (1986): "Contracts, promises, and the law of obligations", en Atiyah, Essays on Contract (Oxford: Clarendon Press), pp. 10-56.
- (1995): An Introduction to the Law of Contract (Oxford: Clarendon Press).
- Atiyah, P. S. y R. S. Summers (1987): Form and Substance in Anglo-American Law (Oxford: Clarendon Press).
- Bankowski, Z. (1993): "Don't think about it: Legality and Legalism", en 15 Rechtstheorie Beiheft, pp. 45-54.
- (1996): "Law Love and Computers", en 1 Edinburgh Law Review.
- Berman, H. (1993): Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion (Atlanta, Georgia: Scholars Press).
- Cairns, J. W. (1994): "Institutional Writings in Scotland Reconsidered", en Kiralfy, A. y H. L. MacQueen (eds): New Perspectives in Scottish Legal History (Glasgow: Frank Cass & Co.), pp. 76-117.
- Cherry, C. (1973): "Regulative Rules and Constitutive Rules", en Philosophical Quarterly, pp. 301-15.
- Christodoulidis, E. (1999): "The irrationality of Merciful Judgement: Exclusionary Reasons and the Question of the Particular", en 18 Law and Philosophy.
- Cohen, G. A. (1996): The Obstetric Motif in the Marxist Conception of Revolution.
- Daube, D. (1944): "How Esau sold his birthright", en 8 Cambridge Law Journal, pp. 70-75.
- Daube, D. (1956): Forms of Roman Legislation (Oxford: Clarendon Press).
- Detmold, M. J. (1984): The Unity of Law and Morality (London: Routledge and Kegan Paul).
- Dworkin, R. M. (1977a): "The model of rules (I)", en Dworkin, R., Taking Rights Seriously (Cambridge, MA: Harvard University Press), pp. 14-45.
- (1977b): Taking Rights Seriously (Cambridge, MA: Harvard

University Press).

— (1986): Law's Empire (London: Fontana).

— (1988): El Imperio de la Justicia (Barcelona: Gedisa; ed.orig. 1986).

Finnis, J. (1980): Natural Law and Natural Rights (Oxford: Clarendon Press).

Fuller, L. (1958): "Positivism and fidelity to Law -- A reply to professor Hart", en 71 Harvard Law Review, pp. 630-672.

— (1964): The Morality of Law (New Haven: Yale University Press).

Giddens, A. (1984): The Constitution of Society (Cambridge: Polity Press).

Gottlieb, S. (1994): "The Paradox of Balancing Significant Interests", en 45 Hasting Law Journal, pp. 825-866.

Grotius, H. (1646): De Iure Belli ac Pacis Libri Tres (Oxford: Clarendon Press; ed.orig. 1925).

Hägerström, A. (1953): Inquiries into the Nature of Law and Morality (Stockholm: Alquist / Wicksell).

Hart, H. L. A. (1951): "The Ascription of Responsibility and Rights", en Flew (ed): Logic and Language (Oxford: Basil Blackwell), pp. 145-166.

Hart, H. L. A. (1983): "Definition and Theory in Jurisprudence", en Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press), pp. 49-87.

Hart, H. L. A. (1994): The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press; ed.orig. 1961).

Hegel, G. W. F. (1971): The Phenomenology of Mind (London: George Allen & Unwin Lt).

Honoré, A. M. (1977): "Real Laws", en Hacker y Raz (eds): Law, Morality and Society (Oxford: Clarendon Press), pp. 99-118.

Huizinga, J. (1970): Homo Ludens (London: Paladin).

Kaser, M. (1967): "The Changing Face of Roman Jurisdiction", en The Irish Jurist.

Kelsen, H. (1934): Introduction to the Problems of Legal Theory (Oxford: Clarendon Press).

MacCormack, G. (1969): "Haegerstroem's Magical Interpretation of Roman Law", en The Irish Jurist, pp. 153-167.

MacCormick, D. N. (1973): Law as institutional fact (Edinburgh: University of Edinburgh).

— (1998): "Norms, Institutions and Institutional Facts", en 17 Law and Philosophy, pp. 301-345.

MacCormick, N. y O. Weinberger (1986): An Institutional Theory of Law (Dordrecht: D. Reidel).

Marmor, A. (1994): Interpretation and Legal Theory (Oxford: Clarendon Press).

Morawetz, T. (1992): "The Epistemology of Judging: Wittgenstein and Deliberative Practices", en Patterson (ed): Wittgenstein and Legal Theory (Boulder, Co: Westview Press), pp. 3-27.

Opie, I. y P. Opie (1969): Children's Games in Street and Playground (Oxford: Clarendon Press).

Pufendorf, S. (1934): The Jure Naturae et Gentium Libri Octo (Oxford: Clarendon Press; ed.orig. 1688).

Radford, R. A. (1945): "The economic organizatrion of a POW camp",

en Economica, pp. 189-201.

Rawls, J. (1955): "Two Concepts of Rules", en Philosophical Review, pp. 3-32.

Raz, J. (1980): The Concept of a Legal System (Oxford: Clarendon Press).

Reinach, A. (1983): "The Apriori Foundations of the Civil Law", en 3 Aletheia, pp. 1-142.

Schauer, F. (1991): Playing by the Rules (Oxford: Clarendon Press).

Searle, J. (1969): Speech Acts (Cambridge: Cambridge University Press).

— (1995): The Construction of Social Reality (London: Allen Lane; The Penguin Press).

Sergot, M. J., F. Sadri, R. A. Kowalski, F. Kriwacsek, P. Hammond y H. T. Cory (1986): "The British Nationality Act as a Logic Program", en 29 Communications of the ACM, pp. 370-386.

Shklar, J. (1986): Legalism (Cambridge, Mass: Harvard University Press; ed.orig. 1964).

Smith, B. (1993): "An Essay on Material Necessity", en 18 Canadian Journal of Philosophy, pp. 301-322.

Stein, P. (1966): Regulae Iuris. From juristic rules to legal maxims (Edinburgh: Edinburgh University Press).

— (1983): "The development of the institutional system", en Lewis, P. S. a. A. d. (ed): Studies in Justinian's Institutes in Memory of J A C Thomas (London: Sweet and maxwell), pp. 151-163.

Warnock, G. J. (1971): The Object of Morality (London: Methuen & Co.).

Weber, M. (1967): Max Weber on Law in Economy and Society (New York: Simon and Shuster).

Winch, P. (1987): Trying to Make Sense (Oxford: Clarendon Press).

Wittgenstein, L. (1966): Zettel (Oxford: Blackwell).

Wonnacott, P. y R. Wonnacott (1990): Economics (New York, NY: John Wiley & sons).

Zimmermann, R. (1990): Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition (Cape Town: Juta).