

NEIL MACCORMICK

**INSTITUCIONES
DEL DERECHO**

Traducción de
Fernando Atria
y Samuel Tschorne

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO	13
INTRODUCCIÓN	17

PRIMERA PARTE NORMA, INSTITUCIÓN Y ORDEN

CAPÍTULO I. ORDEN NORMATIVO	27
1. INTRODUCCIÓN	27
2. HECHOS INSTITUCIONALES.....	27
3. LO NORMATIVO.....	30
4. ORDEN NORMATIVO	33
5. SOBRE LAS CONVENCIONES: LAS PRÁCTICAS INFORMALES	36
6. CONCLUSIÓN	37
CAPÍTULO II. ORDEN INSTITUCIONAL	39
1. INTRODUCCIÓN	39
2. MÁS ALLÁ DE LA INFORMALIDAD	40
3. NORMAS EXPRESAMENTE ARTICULADAS.—«REGLAS»	43
4. LA FUERZA PRÁCTICA DE LAS REGLAS: ¿«EXCLUSIÓN» O «REFORZAMIENTO»?	45
5. DISCRECIÓN: VALORES Y PRINCIPIOS.....	48
6. ESTÁNDARES EN LAS REGLAS	50
7. INSTITUCIÓN Y ORDEN	51

	<u>Pág.</u>
8. INSTITUCIONES DE DERECHO POSITIVO: OBSERVACIONES PRELIMINARES	53
9. AGENCIAS INSTITUCIONALES.....	55
CAPÍTULO III. EL DERECHO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL.	59
1. INTRODUCCIÓN	59
2. ESTADOS	60
3. CONSTITUCIONES.....	66
4. INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO.....	71
5. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO: INTRODUCCIÓN.....	81
6. CONCLUSIÓN: EL DERECHO COMO UN ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL.....	83
CAPÍTULO IV. UN PROBLEMA: ¿REGLAS O HÁBITOS?	85
1. INTRODUCCIÓN	85
2. UNA RECONSIDERACIÓN SOBRE HÁBITO Y REGLA	87
3. HÁBITOS SOBRE REGLAS	94
4. <i>MIND THE GAP!</i>	96

SEGUNDA PARTE

PERSONAS, ACTOS Y RELACIONES

CAPÍTULO V. LAS PERSONAS	105
1. INTRODUCCIÓN	105
2. ¿QUÉ SON LAS PERSONAS?	106
3. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: CAPACIDAD PASIVA.	116
3.1. Capacidad pasiva pura.....	116
3.2. Capacidad transaccional pasiva.....	117
4. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: DE LA CAPACIDAD ACTIVA EN GENERAL.....	120
5. CAPACIDAD-RESPONSABILIDAD	122
6. CAPACIDAD TRANSACCIONAL	124
7. SOBRE LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .	127
8. ESTATUS	129
CAPÍTULO VI. ILÍCITOS Y DEBERES	133
1. INTRODUCCIÓN	133
2. RECONSIDERANDO LO NORMATIVO	134

	<u>Pág.</u>
3. DIFERENCIANDO LO ILÍCITO DE LO NO ILÍCITO	135
4. SOBRE LOS DEBERES.....	143
5. DE LAS OBLIGACIONES Y LO OBLIGATORIO.....	149
CAPÍTULO VII. POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS: DE- RECHOS Y OBLIGACIONES	151
1. INTRODUCCIÓN	151
2. EL «DERECHO DE LAS OBLIGACIONES».....	152
3. DE LOS DERECHOS EN GENERAL Y EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA	155
4. LOS DERECHOS RESPECTO DE MODOS DE SER/ESTAR Y DE ESTADOS DE COSAS	168
CAPÍTULO VIII. LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS COSAS: LA PROPIEDAD	173
1. INTRODUCCIÓN	173
2. LAS COSAS Y LOS DERECHOS A ELLAS	174
3. DERECHOS REALES.— ADQUISICIÓN Y TÍTULO	178
4. DERECHOS REALES.— SU CONTENIDO	180
5. ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	187
6. FRACCIONANDO LA PROPIEDAD: EL <i>TRUST</i>	191
7. CONCLUSIÓN	194
CAPÍTULO IX. POTESTADES JURÍDICAS Y VALIDEZ	197
1. INTRODUCCIÓN	197
2. EL DERECHO COMO HABILITADOR	199
3. VALIDEZ	206
4. DERROTABILIDAD	209
5. INMUNIDAD	213
TERCERA PARTE	
DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL	
CAPÍTULO X. EL DERECHO PÚBLICO Y LAS POTESTADES: EL DERECHO Y LA POLÍTICA	219
1. INTRODUCCIÓN	219
2. POTESTADES PÚBLICAS.....	220
3. DIFERENCIANDO EL DERECHO PÚBLICO.....	224

	<u>Pág.</u>
4. EL DERECHO PÚBLICO Y LA POLÍTICA	226
5. EL VALOR POLÍTICO DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.....	231
6. ¿PODER POLÍTICO POR SOBRE EL DERECHO?.....	233
CAPÍTULO XI. LÍMITES AL PODER: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	237
1. INTRODUCCIÓN	237
2. DERECHOS COMO LÍMITES POSIBLES AL GOBIERNO	241
3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS	247
4. PROBLEMAS SOBRE LOS DERECHOS: ¿QUIÉN HA DE JUZGAR?.....	254
CAPÍTULO XII. DERECHO PENAL Y SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y MORAL	259
1. INTRODUCCIÓN	259
2. ILÍCITOS Y DELITOS	261
3. MORALISMO LEGAL	269
4. LOS DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	273
5. CONCLUSIÓN	276
CAPÍTULO XIII. EL DERECHO PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y ECONOMÍA	277
1. INTRODUCCIÓN	277
2. DERECHO PRIVADO Y VIDA PRIVADA	278
3. DERECHO PRIVADO Y COMERCIO	279
4. DERECHO PRIVADO Y ECONOMÍA.....	281
5. LA PROPIEDAD Y LAS OBLIGACIONES: EL ANÁLISIS INSTITUCIONAL.....	285
6. DERECHO, ECONOMÍA E INFORMACIÓN	291
7. CONCLUSIÓN	296
CUARTA PARTE	
DERECHO, MORAL Y METODOLOGÍA	
CAPÍTULO XIV. DERECHO POSITIVO Y AUTONOMÍA MORAL ..	301
1. INTRODUCCIÓN	301
2. EXPLICANDO EL CARÁCTER POSITIVO DEL DERECHO	302
3. CONTROVERSIAS MORALES Y DECISIONES JURÍDICAS	305
4. LA AUTONOMÍA MORAL	308

	Pág.
5. EL DERECHO: INSTITUCIONALIDAD, AUTORIDAD Y HETERONOMÍA.....	312
6. REDUCIENDO EL CONTRASTE: HETERONOMÍA RELATIVA DEL DERECHO	318
7. CUESTIONANDO EL CONTRASTE: ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO	320
 CAPÍTULO XV. SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA	 325
1. INTRODUCCIÓN	325
2. LIBERTAD CIVIL Y MORAL CRÍTICA	327
3. RELIGIÓN, LIBERTAD Y DERECHO	330
4. EL DERECHO, LA JUSTICIA Y LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	335
5. EL DERECHO Y SU PRETENSIÓN IMPLÍCITA DE JUSTICIA....	339
6. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE «POSITIVISMO» Y «DERECHO NATURAL»	343
 CAPÍTULO XVI. DERECHO Y VALORES: REFLEXIONES SOBRE MÉTODO.....	 347
1. INTRODUCCIÓN	347
2. DEFINICIÓN, CONVENCIONALISMO Y EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO»	348
3. EXPLICACIÓN ANALÍTICA Y PLURALISMO JURÍDICO	352
4. CONOCIMIENTO JURÍDICO Y HECHOS INSTITUCIONALES....	357
5. DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL.—«SIGNIFICADO FOCAL» E «INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA»	362
6. OTRA VEZ.—« <i>MIND THE GAP!</i> ».....	367
7. ¿UN FÁCIL ECLECTICISMO?	372
8. CONCLUSIONES FINALES	374
9. CODA.....	375
 BIBLIOGRAFÍA.....	 377

PREFACIO

Este libro presenta mi versión de la teoría institucional del derecho. Esta teoría ha ido tomando forma desde mi conferencia inaugural de 1973, «El derecho como hecho institucional». Muchas de las ideas contenidas en ella han sido expuestas en una forma más tentativa o preliminar en otros artículos y libros, y en conferencias durante los últimos treinta y cinco años. La teoría ha evolucionado más allá de las convicciones características del positivismo jurídico que yo suscribía en 1973. En respuesta a los debates de esas décadas, mi posición ha cambiado hacia una de tipo pospositivista. El derecho como orden normativo institucional depende, por cierto, de costumbres humanas y de decisiones dotadas de autoridad y, en este sentido, es un fenómeno «puesto» o «positivo». Como tal, es conceptualmente distinto de la moral, de acuerdo a cualquier teoría de la moral en la que el agente moral autónomo juegue un rol central en la determinación de las obligaciones morales. Esta diferenciación no implica, sin embargo, que no existan límites morales respecto de lo que es conceptualmente razonable reconocer como «derecho» en el sentido de «orden normativo institucional». Existen tales límites. En el extremo la injusticia es incompatible con el derecho.

Dos grandes pensadores, Hans Kelsen y H. L. A. Hart, dominaron la teoría del derecho durante el siglo XX. Su obra, más que la de cualquiera de sus contemporáneos, fue para mí el modelo de lo que alguien que se dedica a la teoría del derecho debería tratar de hacer. Pero ninguno, a pesar de toda su genialidad, fue completamente exitoso en el intento. *La Teoría pura del derecho*, de Kelsen y *El Concepto de Derecho*, de Hart han sido objeto de una expresiva crítica. Aunque su lugar en la historia es indiscutible, ha quedado y quedará todavía mucho trabajo por hacer.

Para ese trabajo sigue siendo necesario enfrentar las cuestiones de la teoría general del derecho usando una aproximación fundada en el análisis filosófico. Quien quiera seguir a estos grandes pensadores debe, no obstante, prestar atención a cuestiones que ellos no habrían podido ni querido examinar de cerca. Una perspectiva filosófica completa sobre aquello que caracteriza al derecho y a los sistemas jurídicos, debe tomar adecuadamente en cuenta el reciente gran desarrollo de la sociología del derecho y otros estudios científico-sociales sobre el derecho y las instituciones jurídicas. Estos estudios no resuelven las cuestiones filosóficas, pero ciertamente ayudan a articularlas.

Si este libro cumple la tarea que me he propuesto al escribirlo, mejorará sustancialmente la comprensión de sus lectores sobre el derecho. Espero lograr esto para estudiantes, abogados en práctica y académicos, y filósofos y científicos sociales interesados en el derecho como elemento fundamental de la existencia social humana. He escrito este libro en Escocia, teniendo en mente la inspiración que puede ser obtenida a partir de los grandes escritores de nuestra Ilustración. Como su obra, ésta debe ser accesible e interesante también para el ciudadano reflexivo, de cualquier profesión o ninguna, para quien el lugar del derecho en la vida humana sea una materia de interés e importancia.

Mi tarea, así descrita, resulta intimidante. Tan transparente alta autovaloración me expone a un merecido descrédito si el trabajo «nace muerto desde la imprenta». Sea de ello lo que fuere, y sean cuales sean los errores que hayan quedado, éstos habrían sido muchos más si no fuera por la gran ayuda de mis colegas. Agradezco profundamente a Garrett BARDEN por una penetrante pero amigable lectura crítica de todo el texto de una versión casi final, y a Sundram SOOSAY, un extraordinario investigador asociado, cuyas agudas sugerencias permitieron incontables mejoras. Sin el respaldo y la ayuda de Flora MACCORMICK, simplemente no me hubiera sido posible terminar el trabajo. Partes del borrador fueron leídas por Emilios CHRISTODOULIDIS, Wojciech SADURSKI, Victor TADROS, Gillian BLACK, y Zenon BAŃKOWSKI. John CAIRNS, Hector MACQUEEN, y Burkhard SCHÄFER me ayudaron con muchas referencias. En una etapa inicial del proyecto, William TWINING leyó los capítulos I y II antes de su publicación en una versión anterior. Durante 2005 fui *Freehills Visitor* en la Universidad de Nueva Gales del Sur, y la crítica que recibí de Martin KRYGIER, Kevin WALTON, y el decano Leon TRAKMAN y sus colegas, con ocasión de la exposición de los capítulos I y II en un seminario, me fue de gran ayuda. Estoy también muy agradecido con el estudio Freehills de Sydney por su apoyo a mi visita, que me permitió discutir algunas ideas sobre propiedad intelectual en un seminario. Una conferencia para la Australian Legal Philosophy Students Association organizada por Max DEL MAR en Brisbane, me dio una oportunidad para darle al capítulo IV

al menos una forma preliminar. Como *Predrick Lecturer* en la Universidad Estatal de Arizona, bajo la hospitalidad de Jim WEINSTEIN, Jim NICKEL y la decana Patricia WHITE, recibí gran ayuda de los miembros de un seminario de facultad para dar mejor forma al capítulo XVI. En el momento inicial del desarrollo de varias partes del texto, adquirí deudas especialmente con Joe THOMPSON, T. B. SMITH, Nils JAREBORG, Zenon BAŃKOWSKI, Joseph RAZ, Robert ALEXY, Heike JUNG, Jes BJARUP, y Stuart MIDGLEY. Varias visitas a la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin, especialmente una durante 1998, me han dado la oportunidad para avanzar en importantes puntos, y de aprender mucho de Bill POWERS, Sandy LEVINSON, Brian LEITER y otros. Mis colegas y estudiantes durante muchos años han sido fuentes de inspiración demasiado numerosas para nombrarlas, pero no serán olvidadas como acreedores de mi deber de gratitud. He tratado de asegurar que mis notas al texto principal reconozcan las deudas intelectuales en todos los casos en que soy consciente de ellas.

Éste es el tercer volumen en aparecer del cuarteto sobre *Derecho, Estado y Razón Práctica*, pero debe ser considerado como el primero temáticamente, dado el carácter fundacional que tiene para los otros. El proyecto completo ha recibido el apoyo excepcionalmente generoso de Leverhulme Trust, que me concedió una cátedra personal de investigación en 1997-1999, y me permitió continuarla desde el año 2004, luego de un período de ausencia como miembro del Parlamento Europeo. No puedo expresar suficientemente mi aprecio por su apoyo, pero espero que el trabajo que he producido lo merezca. El volumen final de la serie, sobre razonamiento práctico en la moral y el derecho, está en sus etapas iniciales.

INTRODUCCIÓN

Instituciones del derecho es una exposición de la teoría institucional del derecho. Esta teoría pretende desarrollar una mejor comprensión del derecho que la que ofrecen otras teorías del derecho contemporáneas. Su punto de partida es una definición del derecho: el derecho es un orden normativo institucional. Éste no es un ejercicio de semántica convencional que intente capturar el sentido convencional del término «derecho» tal como es usado por hablantes competentes. Es lo que puede llamarse más bien una «definición explicativa», pues explicar los elementos de la definición es explicar aspectos significativos de lo que reconocen actualmente como derecho todos los hablantes competentes. (Esto es, reconocen como «derecho» en un importante sentido del término. Existen otros sentidos del término que esta definición no considera, pero esto se hará notar en su debido momento)*.

Al explicar los elementos de la definición, es necesario, en primer lugar, aclarar «normas» y luego proseguir con la explicación de «orden normativo». Finalmente, con la discusión de la institucionalización del orden normativo, puede llegar a comprenderse la frase definitoria «orden normativo institucional» en su conjunto. Al comienzo, al discutir las normas, se adoptará primariamente la perspectiva del «usuario de las normas», no la

* *N. de los T.*: La expresión inglesa «*law*» que aquí aparece traducida como «derecho», tiene otros sentidos —a los que aquí el autor hace referencia— que no se corresponden con los otros sentidos del término español «derecho». En consecuencia, otros sentidos de la expresión inglesa «*law*» serán traducidos, si el contexto lo exige, con otras expresiones españolas, utilizando especialmente la expresión «ley». En los casos en que el texto otorgue especial énfasis al contraste entre estos diversos sentidos del término y se traduzca «*law*» usando una expresión española diversa a «derecho», esto se indicará poniendo la expresión inglesa «*law*» entre corchetes junto a la expresión castellana que se ofrece como traducción.

del «creador de las normas». Uno de los aspectos fundamentales de nuestra naturaleza es, precisamente, que nosotros, seres humanos, somos «usuarios de normas», pues es inherente a lo más elemental de la esencia de lo humano: nuestra capacidad para hablar entre nosotros y comunicarnos por escrito y por otros medios, para participar en la comunicación lingüística en cualquiera de sus formas. Los lenguajes tienen una estructura — gramática, sintaxis y semántica— que depende de normas altamente complejas que no fueron creadas conscientemente por nadie. Su complejidad es tan desafiante que los expertos en gramática y lingüística aún luchan por expresar clara y comprensivamente (o reconstruir racionalmente) las normas implícitas en cada uno de los numerosos lenguajes naturales del mundo.

El caso de la práctica de «hacer cola», que es el tema del primer capítulo, nos provee de un ejemplo mucho más simple de normas, que la mayoría de nosotros usamos todos los días sin detenernos a pensar en ello. Un tipo de ordenación que algunas veces podemos observar en el comportamiento humano se presenta cuando las personas siguen normas comunes de comportamiento: nos ponemos en línea uno tras otro para esperar el autobús y, cuando llega, nos subimos en orden, sin empujar o pasar por encima de otros (¡aunque no siempre!). Es a esta clase de orden u ordenación lo que llamo «orden normativo».

Puede suceder que ordenaciones de esta clase dependan de algún tipo de arreglos previos. La estación principal de trenes de Edimburgo, por ejemplo, tiene un sistema de reserva anticipada que requiere que quienes quieran comprar un billete de tren, tomen de un dispensador un papel numerado. A continuación, el comprador espera en un área cerca de la boletería o, si la fila es larga, va por un café y luego vuelve. Los números son llamados electrónicamente en secuencia y, cuando se anuncia el número que un comprador tiene, va al mesón disponible y hace su reserva.

Esto envuelve la «institucionalización» de la práctica de hacer cola en este contexto particular (como será discutido con más detalle en el capítulo II). Pues no tenemos solamente usuarios de normas, sino que también creadores de normas, que regulan cómo se forma la serie numerada de posiciones y cómo el personal trata a los compradores según ello. Hay también implementadores de normas, los cajeros de la taquilla y el encargado del local que velan porque las normas sean implementadas ordenadamente y tal como fueron establecidas. Esto explica cómo un «orden normativo» toma la forma especial de un «orden normativo institucionalizado». «Reglas» es un útil término técnico por medio del cual se hace referencia a normas así dadas y aplicadas por personas que detentan algún tipo de autoridad.

De un modo más ambicioso, la estructura constitucional del Estado moderno, en toda su variedad de manifestaciones, puede ser entendida como

un caso especialmente complejo de «institucionalización» en este sentido. El capítulo III explora este tema con cierto detalle, discutiendo el carácter de los Estados y las constituciones, y materias relacionadas como la separación de poderes. La institucionalización misma de reglas y de su aplicación, sin embargo, crea un amplio espacio tanto para controversias sobre su interpretación, como para el escepticismo respecto de si las reglas oficiales dan cuenta realmente del modo en que la gente se conduce en la vida real. La cuestión de la posible brecha entre el derecho tal como es establecido y el derecho tal como es realizado, es el tema del capítulo IV.

El análisis de la definición explicativa «el derecho es un orden normativo institucional», es el objeto de la parte primera del libro. El derecho, tomado en este sentido, es obviamente una característica central de todo Estado en tanto tal y, en particular, de todo Estado constitucional o Estado de derecho. El derecho estatal es para mucha gente, especialmente para la mayoría de los que ejercen una profesión jurídica o son estudiantes de derecho, el derecho que más importa. Pero no es la única clase de derecho. Organizaciones deportivas internacionales, confederaciones como la Unión Europea, entidades interestatales basadas en tratados como el Consejo de Europa o la OTAN, y muchas otras, también exhiben un orden normativo institucional a su propio modo. Así lo hacen además iglesias y varios tipos de organizaciones religiosas y de beneficencia. Del mismo modo lo hace la comunidad internacional como tal, al menos desde el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (cuyo estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la Liga de las Naciones en 1920), y todavía más desde la fundación de las Naciones Unidas, la firma de la Carta de la ONU y el establecimiento de la Corte Internacional de Justicia.

Los términos «derecho» y «ley», por supuesto, también son usados frecuentemente en un sentido más amplio, incluyendo formas no institucionalizadas de orden, tales como en «la ley moral» o «derecho consuetudinario», e incluso formas no normativas de orden, como en «las leyes del movimiento» o en «leyes de la termodinámica». No pretendo ningún tipo de imperialismo sobre estos otros casos o usos de los términos «derecho» o «ley», con los cuales pueden operar sin problemas la mayoría de las personas en su discurso ordinario y sus conversaciones. Pero no creo necesario justificarme por dar prioridad a la exposición de una teoría sobre el derecho y la ley en sus contextos estatal y cuasiestatal. Este ha sido el principal objeto de mi trabajo, como no podría ser de otra manera, en los treintaicinco años que he sido *Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations* en la Universidad de Edimburgo.

En la parte segunda del libro, la atención se vuelve hacia los tipos de relaciones que el derecho constituye y regula. El derecho regula, dicho con

una frase muy antigua, «personas, cosas y acciones» ¿Qué es constituido por el derecho como persona? ¿Y cómo esto nos permite interpretar el atributo de la «personalidad» en esa configuración jurídica? ¿Cómo el derecho regula la acción y la actividad a través de conceptos como «ilícito» («infracción», «crimen», «delito», etc.) y «deber»? ¿A qué tipo de relaciones entre personas —«obligaciones», «derechos», «libertades», «potestades», «inmunidades», por ejemplo— da lugar? ¿Y cómo regula las relaciones entre personas y cosas —derechos de uso, de propiedad y otros relacionados— en una palabra, «la propiedad»?

Mucho se ha escrito y se sigue escribiendo, sobre los derechos subjetivos y conceptos relacionados pero, sorprendentemente, pocos intentan integrarlos con una explicación teórica del derecho que le dé apoyo y fundamento. El contexto jurídico, sin embargo, no debe darse por supuesto. Una virtud particular de la segunda parte es la de contextualizar apropiadamente los derechos como relaciones o posiciones que surgen en un orden normativo institucional y que son apreciadas a través de la interpretación de situaciones específicas leídas a la luz de reglas generales y principios.

No es suficiente contextualizar las relaciones jurídicas en una elucidación teóricamente satisfactoria del carácter del derecho. Es necesario, además, incluir la consideración del derecho en su contexto, dentro del Estado y de la sociedad civil, para los que es un elemento constitutivo esencial. Esta es la tarea de la tercera parte. Partiendo desde la consideración de cierto modo abstracta de las potestades jurídicas con la que concluye la parte precedente, el capítulo X discute las potestades en el derecho público, y lo distintivo de éstas frente a las privadas. Esto lleva a discutir la interrelación entre derecho público y política. Es importante mantener la distinción entre política y derecho público, pero no por vías que ignoren o subestimen su crucial interacción mutua. Esto está íntimamente vinculado con la manutención del Estado como Estado de derecho («Estado de derecho» es usado aquí para referirse al Estado-bajo-el-derecho, o al Estado constitucional, en el cual el ejercicio del poder está sujeto a limitaciones constitucionales efectivas y al *rule of law*; es equivalente al término alemán «*Rechtsstaat*»)¹.

Un problema crítico, desde el surgimiento de los Estados en su forma moderna, ha sido el resguardo frente a los excesos y los abusos del poder público asegurando, sin embargo, que las autoridades de gobierno detentan los poderes necesarios para el cumplimiento de las funciones que le son propias. Una de las bases para la solución de este problema han sido los derechos constitucionalmente garantizados lo que, desde 1945, ha sido respaldado cada vez más a través de garantías internacionales de derechos «hu-

¹ Véase también MACCORMICK, 1999: 9-11.

manos» o «fundamentales» y, por cierto, su institucionalización en variadas formas. Éste es el tópico del capítulo XI.

Los Estados pueden ser, aunque no siempre han sido, escenarios para el desarrollo de la «sociedad civil», en la que existen relaciones de civilidad entre extraños que descansan en una forma impersonal de confianza. Los individuos en la sociedad civil, incluso cuando son extraños, no ven a los otros como amenazas potenciales para su seguridad personal o para la seguridad de sus bienes. Lamentablemente, esa expectativa puede ser frustrada, a veces demasiado fácilmente. El derecho, sin embargo, y en particular un sistema jurídico penal aplicado imparcialmente a través de un sistema procesal penal satisfactorio, es un respaldo esencial de la civilidad, o paz social, en este sentido. El capítulo XII examina el rol del derecho penal bajo esta luz. El capítulo XIII presta atención, finalmente, a la interrelación entre derecho y economía, centrado en las reglas e instituciones del derecho privado. Esto presupone nuevamente un alto grado de civilidad en la sociedad civil, de modo tal que las instituciones de la propiedad privada, el contrato y los demás elementos complementarios de una economía de mercado puedan desarrollarse.

La cuarta parte, por último, trata de ciertas cuestiones conceptuales fundamentales sobre el derecho y la moral, y sobre el método de la teoría del derecho. Parte importante de la discusión sobre «el derecho y la moral» asume formas de realismo o de relativismo moral insuficientemente examinadas. En lo que hay que insistir claramente es que toda cuestión sobre la vinculación conceptual u otras relaciones que existan entre el derecho y la moral (o, si se quiere, entre el «derecho estatal» y la «ley moral») es tanto una cuestión sobre la verdadera naturaleza de la moral como sobre la verdadera naturaleza del derecho. Una forma de ver la obligación y la experiencia moral enfatiza su naturaleza esencialmente no institucional. Los agentes morales son individuos autónomos que se autodeterminan, cuyos compromisos morales derivan de su propia apreciación discursiva de las exigencias de una vida buena y decentemente vivida junto a otros agentes morales autónomos en una comunidad humana. Para quien tiene esta concepción, no existen autoridades morales ni reglas o relaciones morales institucionalizadas. En ese caso, como la presente teoría define al derecho por su carácter institucionalizado, existe una profunda distinción conceptual entre derecho y moral. Ambos envuelven un orden normativo, pero ésta concierne a uno sostenido por individuos autónomos, aquél a uno institucionalizado, mantenido por el Estado y sus autoridades. El capítulo XIV desarrolla esta concepción.

El capítulo XV reconoce, sin embargo, que hacer esta distinción deja abierta la cuestión de si hay un elemento moral esencial al derecho. La solu-

ción que se propone es que es esencial algún nivel mínimo de justicia. Reconocer como derecho prácticas, reglas u ordenanzas que cualquier agente autónomo calificaría razonablemente como graves injusticias, no es exigido por la naturaleza de un orden normativo institucional. No es problemático aceptar como un límite a la validez de las normas jurídicas alguna exigencia mínima que excluya injusticias graves. En el mundo contemporáneo, estos límites han sido institucionalizados en parte a través de las convenciones de derechos humanos discutidas en el capítulo XI. Esta conclusión exige reconocer que la teoría institucional del derecho en su forma actual, a pesar de que fue originalmente desarrollada dentro de la escuela de pensamiento conocida como «positivismo jurídico», no es ahora una teoría «positivista». Sea o no que uno elija calificarla como parte de la tradición del «derecho natural», esta teoría es ciertamente pospositivista.

Éste es, en sus líneas generales, el tipo de explicación filosófica del derecho que se presenta en este libro. Enfrenta el hecho de que el derecho constituye un tema enorme y complejo. En el mundo contemporáneo, bajo la globalización y otros cambios de nuestra era, se desarrolla adquiriendo aún más complejidad. Nadie puede pretender ser un experto en más que una pequeña parte de él y, sin embargo, ninguna parte es comprensible completamente sin tener una noción de su posición en el todo mayor del que es parte. Ésta es la razón por la que se necesita una imagen de conjunto que explique los elementos fundamentales y cómo se articulan. La pretensión de este trabajo es ofrecer tal imagen de conjunto, contribuyendo así a lo que a veces se llama «teoría general del derecho».

Una explicación de este tipo supone una aproximación analítica al objeto investigado. El análisis asume que un todo mayor y complejo está constituido de elementos más simples, y que una explicación de estos elementos y del modo en que interactúan es necesaria para entenderlo. El análisis por sí solo es, sin embargo, insuficiente. La síntesis es su complemento necesario. Cada parte sólo puede entenderse plenamente como un elemento del todo y el todo como tal afecta, por tanto, la naturaleza de sus elementos. Quien busca explicar algo analíticamente puede partir identificando sus elementos y las relaciones entre ellos. Para que esta tarea sea exitosa, sin embargo, debe haber trabajado ya con una visión del todo, y haberla usado para reevaluar la naturaleza de las partes. Hay una interacción nunca del todo final entre la reconstrucción del todo como un compuesto de sus elementos y los elementos como partes derivadas de un todo.

¿Cómo deben emprenderse las tareas del análisis y la síntesis en el caso de un tema como el derecho? Nos ocupamos con elementos de la conciencia e interacción humana, pues, como se ha anotado, nos referimos a normas y a lo normativo considerándolos inicialmente desde la perspectiva del usua-

rio. El objeto estudiado no consiste o no dice relación primariamente con procesos físicos o psicológicos, sino que pertenece a la esfera de acción e interacción humana significativa. Esto implica que debemos considerar el objeto como algo esencialmente dotado de sentido. Para comprender algo que está dotado de sentido es necesario interpretarlo, por lo que el tipo de aproximación analítica que aquí se presenta es también «hermenéutica» o «interpretativa». El objetivo es explicar qué le otorga sentido y cómo sus sentidos son construidos y, para hacer esto, el punto de vista adoptado es el de un observador informado.

Son inherentes al derecho las actividades de primera línea como la creación y la aplicación del derecho, la representación en juicio, la asesoría jurídica, la planificación y realización de acciones, y las de segunda línea como la observación de estas actividades desde el marco de la práctica tomada como un todo. El estudiante o académico del derecho, que actúa en segunda línea al exponer teórica o dogmáticamente el derecho mantiene, a diferencia del actor de primera línea, una cierta desvinculación [*detachment*]. Por otra parte, estos actores de segunda línea tienen un nivel de compromiso relativamente alto en comparación con los observadores puramente externos. Estos últimos (por ejemplo) toman todo el corpus de actividad jurídica, incluyendo la producción de los académicos y filósofos del derecho, como un objeto de investigación a ser estudiado desde el punto de vista de las cuestiones sociológicas o antropológicas, o de la economía o ciencia política.

Este libro es parte de la rama del pensamiento humano que busca elucidar y exponer las bases del orden normativo, a través de una explicación racionalmente estructurada del «sistema», que aparece como un cuerpo de normas de conducta humana. Esto es llamado algunas veces «ciencia jurídica» y otras «dogmática jurídica» o «derecho de los juristas». Uno de sus objetivos es lograr una explicación filosófica satisfactoria de los supuestos que subyacen a tales estudios ¿Qué debe darse por supuesto si ha de mantenerse la pretensión de la dogmática jurídica de ostentar cierto tipo de estatus científico? Esta cuestión exige tratar de determinar las condiciones que hacen posible la pretensión de la ciencia jurídica de constituir un cuerpo de conocimiento genuino y significativo, cuyo valor justifica su desarrollo en instituciones superiores de enseñanza e investigación como nuestras grandes universidades. Mirado desde el punto de vista del estudiante, se trata de responder a la pregunta por el orden y estructura que puede encontrarse en esa maraña de materiales que se le aparece como «derecho».

En cualquier caso, la presente tarea asume la perspectiva de un observador interno más que la de un actor. Esto contrasta con otras aproximaciones teóricas que proponen, por ejemplo, el punto de vista del «*Iudex*», un juez representativo de la corte estatal superior, para obtener una perspectiva y

comprensión especialmente rica del derecho². A diferencia de tales trabajos éste adopta, abiertamente, la perspectiva del profesor. No hay razón alguna para dudar que la sistematización del derecho, hasta donde ésta ha llegado, ha sido más un logro de la ciencia jurídica que de la práctica jurídica. No se quiere con esto negar que personas ocupando la posición de «*Iudex*» de acuerdo con Ross, u otras similares, se han destacado en el desarrollo de una reconstrucción racional y «científica» del derecho. Tampoco debe negarse la especial autoridad de las reconstrucciones e interpretaciones judiciales en el desarrollo de la doctrina jurídica en las comunidades políticas contemporáneas que viven bajo el derecho.

A pesar de todo, el rol del expositor es distinto del rol de un juez. En su sentido más elemental, la tarea del juez es decidir controversias aplicando el derecho en conformidad con lo que se representa como su interpretación adecuada. Es propio del juez como tal aventurarse en una exposición del derecho sólo cuando esa tarea lo exige. En muchas tradiciones jurídicas, los jueces han tenido también una distinguida participación como académicos del derecho y autores de influyentes escritos doctrinarios, tanto más influyentes, por cierto, en la medida en que su experiencia y prestigio respaldaban su trabajo expositivo.

Puede discutirse si un estudio analítico-interpretativo como éste es de algún valor. En vez de entrar ahora en este debate, es preferible presentar primero una explicación del derecho de acuerdo a la teoría institucional y dejar que los lectores juzguen por sí mismos si la encuentran iluminadora para sus fines, cualquiera que éstos sean. En el capítulo final, y no aquí en la partida, se discuten los supuestos de método jurídico y teoría del conocimiento de cualquier intento de construir una explicación del derecho como la que aquí se propone. La prueba más importante de cualquier método de investigación es, sin embargo, la calidad de los resultados obtenidos. La discusión metodológica tiene su importancia propia, pero sólo en relación con métodos que generan descubrimientos interesantes y significativos. Le corresponde al lector juzgar si los ha encontrado en este libro.

² Ross, 2001. Ross advierte que es necesario declarar el punto de vista desde el que uno se aproxima a la teoría del derecho, y enfatiza los aspectos relacionales y sociales del derecho estatal en las sociedades contemporáneas, en particular, la conexión entre las relaciones de socioeconómicas de poder y las relaciones jurídicas.

PRIMERA PARTE
NORMA, INSTITUCIÓN Y ORDEN

CAPÍTULO I

ORDEN NORMATIVO

1. INTRODUCCIÓN

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

2. HECHOS INSTITUCIONALES

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

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

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

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

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

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

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

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

² Véase, en particular, WEINBERGER, 1991.

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

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

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

⁶ LUIG, 1972; CAIRNS, 2001.

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

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