



ONTOLOGÍA JURÍDICA Y REGLAS CONSTITUTIVAS*

LEGAL ONTOLOGY AND CONSTITUTIVE RULES

ALEJANDRO PATIÑO[†]
Universidad de Caldas- Colombia

Φ

Resumen

Pretendo mostrar en este escrito cómo el derecho tiene una realidad o existencia propia, que no corresponde con ninguna realidad externa ni interna. Podemos decir que posee una autonomía u ontología similar al mundo tres de Popper o a las reglas Constitutivas que muy bien concibe Searle. Simplemente el Derecho es realidad social regido por reglas constitutivas, esa es la tesis que pretendo desarrollar en las siguientes páginas.

171

Palabras clave: Ontología jurídica, reglas constitutivas, derecho, normas, existencia.

Abstract

I will show in this paper how the law has its own reality existence that does not correspond to any internal or external reality. We can say that it has its own autonomy or similar ontology to Popper's three world or to the constitutive rules that Searle very well-conceived. Just Law is a social reality governed by constitutive rules that is the thesis I intend to develop in the following pages.

Keywords: legal ontology, constitutive rules, law, norm, existence.

* Recibido: 01 de marzo 2011 y aprobado el 26 de abril de 2011

[†] Contacto: alejandro.patino@ucaldas.edu.co



La Ontología Jurídica

Evidentemente podemos partir del axioma de la existencia del lenguaje jurídico, existencia que sirve para la expresión de las normas jurídicas. Ahora podemos reflexionar si las normas se dirigen a los jueces o a los individuos. Es indudable que quien tiene conocimiento de las normas debe ser el juez y los abogados y que el individuo en su cotidianidad realiza comportamientos sin tener conocimientos de las normas, de la misma manera que podemos tomar agua sin saber su constitución química. Por ello, la explicación que da Ross en el Capítulo VII de *Sobre Derecho y Justicia*, cuando concibe que las normas jurídicas deben ser interpretadas como directivas a los jueces. Sin embargo, la ley se dirige a todos los ciudadanos aunque no tengamos el conocimiento respectivo de esta, es decir, la norma le da instrucciones a los ciudadanos respecto de su comportamiento mutuo, de tal manera que la prescripción que debe seguir el juez surge de forma indirecta, dice Ross:

“Las normas hablan, con frecuencia, como si detrás del mundo del tiempo y del espacio existiera otra realidad, una de ‘relaciones jurídicas’ determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos ‘creadores’ (‘modificadores’ y ‘extinguidores’)” (2005, pág. 197). De nuevo se reafirma la idea que hemos venido desarrollando: el derecho tiene su propia realidad y no corresponde al mundo exterior, ni tampoco al mundo interior; no hace parte de las cosas físicas ni de los sentimientos internos; más bien se parece a una realidad similar a la realidad del mundo tres desarrollado por Popper (1993) que también denomina Espistemología sin sujeto cognoscente (1974), idea que a mi parecer encontramos en el escrito de Frege de 1872, que denominó: “Sentido y Referencia” (1973). Frege diferencia entre el pensamiento subjetivo, el cual hace parte de la subjetividad o del aspecto psicológico, diferenciándose de la noción de sentido que constituye el pensamiento objetivo: es mi pensamiento, pero a la vez es su pensamiento. Corresponde a la teoría del tercer reino, este tipo de pensamiento conduce a que a la noción de consenso que avizoro Locke cuando dice:

Pero, en este sentido, los hombres no reparan, de manera usual, en si la idea que tienen en la mente es la misma de la que el que dialoga con ellos, sino que se



dan por satisfechos con pensar que es suficiente con usar las palabras según se imaginan en acepción común del lenguaje (Locke, 1980, pág. 612).

La concepción de Ross corresponde a la afirmación de la existencia de la realidad jurídica como la que se presenta con términos jurídicos como ‘propiedad’ . ‘crédito’ , ‘asumir un cargo’ , ‘obligación’ ’ . En cada una de estas situaciones jurídicas se crean obligaciones o se crean derechos. Por ejemplo, al asumir un cargo son muchas las obligaciones subsiguientes que tiene que cumplir la persona que asume el cargo, o cuando el Juez dicta una sentencia de condena o de libertad: en ambas expresiones nos encontramos en situaciones subsiguientes completamente disímiles, es muy diferente estar condenado a estar en libertad. De la misma manera, cuando se adquiere una obligación hipotecaria, el deudor adquiere la obligación de pagar mensualmente la cuota del préstamo adquirido, hasta cumplir con el pago total de cuotas en un tiempo determinado. Caso similar sucede cuando alguien adquiere una propiedad, el vendedor tiene la obligación de hacer entrega formal según lo acordado y en caso negativo, de no recibir el inmueble comprado, el comprador tiene el derecho a realizar la demanda respectiva reclamando los daños y perjuicios.

173

Hay que observar que Ross está haciendo un análisis del derecho legislado, ya que concibe diferentes fuentes del derecho en el Capítulo 3 de *Sobre Justicia y Derecho*: 1) El tipo de derecho legislado, el cual consiste en formulaciones revestidas por autoridad y con completa objetividad, 2) El tipo de derecho parcialmente objetivado: costumbre y el precedente, 3) El tipo de derecho no objetivado, libre y racional.

1. En relación con el derecho legislado dice Ross: “El derecho legislado es derecho sancionado, es decir, ha sido creado por una resolución de ciertos seres humanos y, por ende, presupone normas de competencia que indican las condiciones bajo las cuales ello puede tener lugar” (Ross, 2005, pág. 109). Se debe aclarar que corresponde a la doctrina de las fuentes del derecho explicar las normas relacionadas con la competencia, las cuales le dan la



fuerza legal a la sanción legal de la norma. También, las condiciones formales de competencia definen el procedimiento para la sanción de la norma. Como lo concebía Austin: debe darse un procedimiento convencional aceptado que produzca ciertos efectos convencionales, en el cual las personas deben ser las competentes para realizar el procedimiento aceptado, es decir, las personas deben ser las calificadas para adoptar los distintos pasos del procedimiento. Además del procedimiento que tiene que ver con el horizonte formal de la norma debe darse necesariamente el contenido material de la norma, el cual define el contenido significativo o definido. De esta manera, al combinar ambas condiciones se puede afirmar que una norma sancionada tiene fuerza legal, si se han seguido tanto las condiciones de procedimiento como las condiciones materiales.

Para terminar este aparte relacionado con el derecho legislado no olvidemos el siguiente texto de Ross:

Para resumir: todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creado por ninguna autoridad. Sólo existe como ideología política que forma el presupuesto del sistema (2005, pág. 113).

2. Otro aspecto importante de las fuentes del derecho y de gran importancia en la concepción de Ross es la noción de precedente, noción que ha sido objeto de polémica para muchos juristas. Como su nombre lo indica corresponde a las decisiones que ha tomado un juez en juicios anteriores y que se toman como fundamento para decisiones posteriores, esto se puede aplicar siempre y cuando la situación posterior sea similar a la situación anterior y en la cual se hayan aplicado reglas similares. De esta manera, la noción de precedente la podemos formular de la siguiente manera: a situaciones jurídicas iguales se debe aplicar las mismas reglas y tomar la misma decisión. Lo cual tendría como implicación la economía jurídica, lo cual conlleva el ahorro de tiempo y de dificultades. Esto lo denomina Ross justicia formal, la cual ha sido aplicada en la administración de justicia: la exigencia formal



de que los casos análogos reciban igual tratamiento o que una decisión concreta determinada esté basada en una regla general.

Sin embargo, Ross advierte que la noción de precedente puede no ser válida en casos como cuando las situaciones sociales han cambiado y el derecho no ha actualizado las normas, es decir, a situaciones diferentes y nuevas no se le deben aplicar las normas anteriores. Estaría la luz alumbrando hechos que no corresponden. Caer en este exceso sería pecar de demasiado formalismo y sería aplicar una especie de inducción irresponsable cuando a nuevos hechos se le aplicarían las mismas formulas del pasado. Esta es la razón por la cual en estos casos la noción de precedente sólo desempeña un papel motivador en las fuentes del derecho, pero que no corresponde a la doctrina oficial que explica si el juez está obligado o no a tomar en consideración los precedentes.

175

Al contrario, debido a la importancia que ha tenido la noción de precedente, el derecho legislado ha prohibido la interpretación de las normas, idea que ya concibió Justiniano cuando decía: “*Non exemplis, sed legibus judicandum est*” Es decir, se prohíbe el uso del precedentes como sucedió con el código danés de 1683. No sucedió lo mismo con el código anglosajón, ya que en el siglo XVIII era normal citar precedentes, los cuales muchas veces se coleccionaban para tomar decisiones prácticas, aunque el juez no estaba obligado a decidir con base en los precedentes. Sin embargo, la doctrina de los precedentes no alcanzó un alto desarrollo hasta el siglo XIX, doctrina que aún hoy es muy reconocida. Ross resume esta doctrina de los precedentes de la siguiente manera:

1. Un tribunal está obligado por las decisiones de tribunales superiores, y en Inglaterra la Cámara de los Lores y el tribunal de apelaciones está obligado por sus propias decisiones.
2. Toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal es un fuerte argumento que tiene títulos para que se lo tome respetuosamente en cuenta.



3. Una decisión sólo es obligatoria respecto de su *ratio decidendi*.
4. Un precedente no pierde vigencia, aunque los precedentes muy viejos no son en principio aplicables en circunstancias modernas (2005, pág. 116).

A pesar de la importancia que le ha dado el derecho anglosajón a la teoría de los precedentes, esto no quiere decir que siempre se tomen decisiones con base en esta teoría como muy bien lo indica el mismo Ross, quien además de haber expuesto algunas de las ventajas de esta teoría, también ha expuesto algunas de las limitaciones como la que ya indicamos. También indica que además de la fuerza obligatoria que pueden tener los precedentes, lo cual puede limitar la libertad de los jueces para tomar sus distintas decisiones, estos también deben tener criterios objetivos. Simplemente, la objetividad debe primar sobre la determinación y la pérdida de libertad que puede predecir una aplicación excesiva de la doctrina de los precedentes, ya que un juez tiene el derecho a interpretar sus propias decisiones a la luz de su propia razón. Un primer juez puede tener en cuenta o no un fallo anterior a pesar de la importancia del fallo dado, este puede ser irrelevante y sin ninguna importancia para el segundo juez. Tal enunciado es simple *dictum*, y esto significa que el nuevo juez del caso presente puede hallar irrelevante la existencia o la ausencia de otros hechos que los jueces anteriores consideraron importante.

176

De esta última reflexión se sigue que la doctrina de los precedentes o del *stare decisis* es una pura ilusión, es una ideología que puede incidir negativamente en la función creadora del derecho que tienen los jueces, ya que cuando estos se quedan sólo aplicando precedentes aplican un derecho existente que se puede convertir en puramente mecánico e irracional, negando la libre creación del derecho.

Con base en las reflexiones anteriores, encontramos dos versiones de sistema jurídico: la primera de ellas tiene que ver con el derecho legislado y en el que el papel del precedente es mínimo o se ignora como sucede en la Europa Continental; la segunda versión tiene que ver



con la concepción que le brinda una gran importancia al precedente como sucede en los países anglosajones. Digamos que la primera versión concibe el derecho como un sistema creado y racional, la segunda versión concibe el derecho como un sistema mecánico e irracional, cayendo en una especie de dogmatismo irracional. La primera versión es abierta, la segunda es cerrada. Geográficamente estamos ubicados en dos regiones distintas: Europa Continental y los países anglosajones, por ello Ross afirma: “El hábito de invocar precedentes en los escritos y peticiones de los abogados exige colecciones de repertorios analíticos con resúmenes de decisiones en una escala tal que es desconocida en los países de Europa Continental” (2005, pág. 121).

3. Una vez hemos analizado el derecho legislado y la noción de precedente tenemos la base para analizar la costumbre como fuente de derecho, o lo que denominan los juristas el derecho consuetudinario. Es indudable que los pueblos rigen su comportamiento por la costumbre, casi era la única manera de actuar en las sociedades primitivas. La costumbre es una forma de comportamiento seguida por los individuos que constituyen el grupo social o por la tribu, la costumbre se convierte en obligatoria, sin necesidad de que sea necesaria la expresión de la regla o la formulación del comportamiento por medio de fórmulas que podemos denominar como normas. La costumbre constituye la realización de las acciones cotidianas de modo frecuente e independiente de la formulación de la norma, tiene que ver con la repetición de los comportamientos en el diario vivir como sucede con los pueblos primitivos en acciones como la de cazar, pescar, hacer la guerra, repartir el botín, el cumplimiento de ceremonias religiosas y mágicas.

De tal manera que el comportamiento se convierte en obligatorio. Pero cuando el comportamiento no es el normal, es decir, el esperado por la comunidad en las relaciones cotidianas, el grupo social opta por el rechazo o castigo que tiene que ver con la pena de muerte, el castigo moral, la expulsión de la tribu, hasta el desprecio y la puesta en ridículo como muy bien lo explica Ross. El argumento simple consiste en que una cosa tiene que ser



hecha porque siempre se ha hecho, se presenta una tendencia en las personas a realizar lo que siempre se ha hecho, de la misma manera que se comporta la naturaleza: siempre sale el sol, del mismo modo que los seres humanos se comportan en sus acciones cotidianas.

Sin embargo, Ross explica que cuando alguien realiza una acción en contra del comportamiento normal que sucede todos los días comete una falta, la cual debe ser sancionada, ya que realiza una acción que no se hace por costumbre. En este caso comienza a presentarse un caudillo, un grupo de ancianos, un consejo de sacerdotes, un tribunal de algún tipo con el fin de aplicar justicia, surgiendo, entonces, el primer germen de 'autoridad pública', cuya función consiste en administrar justicia: legisla y ejecuta decisiones de manera organizada. Comienza de este modo la maquinaria jurídica y un sistema de autoridad pública. Comenzamos a encontrar la aparición del derecho para diferenciarlo del comportamiento consuetudinario, a pesar de que en este último se presentan las primeras semillas del derecho. Otra diferencia, consiste en que el comportamiento cotidiano a pesar de ser repetitivo es espontáneo y no convencional, en cambio el derecho es racional y convencional. Pero podemos afirmar que una vez ha surgido el derecho, este puede influir en el comportamiento cotidiano, presentándose una especie de círculo vicioso, afirma Ross:

Sólo en forma lenta y gradual la legislación llegó a ser un instrumento social y político para la regulación consciente y deliberada de la vida en comunidad. Mientras que la costumbre determinó originariamente el derecho, con el correr del tiempo el derecho determinó en forma cada vez más creciente a la costumbre (Ross, 2005).

Se puede afirmar primero que en sentido histórico se presenta la costumbre y con el tiempo se crea el derecho, es decir, la costumbre es natural mientras que el derecho es convencional. Y lo que en un principio aparece como fruto del desarrollo y de los acuerdos y desacuerdos entre las personas como es el derecho, en un momento subsiguiente determina el



comportamiento de los seres humanos, rige la conducta y las acciones de las personas en su relación intersubjetiva con los demás. Se da una especie de círculo vicioso: costumbre, derecho, costumbre. La costumbre más que ser una fuente del derecho es el punto de partida de la relación jurídica, sin que esto signifique que toda costumbre necesariamente conduzca a una relación jurídica; de la costumbre como usamos la vestimenta no quiere decir que nosotros podamos realizar un juicio jurídico, por ejemplo, si no sabemos combinar los colores, como sucede normalmente. De la costumbre no se sigue necesariamente el derecho. Esta concepción la desarrolla Vinogradoff en su libro *Introducción al derecho*, allí dice:

Ni siquiera los sistemas jurídicos más desarrollados pretenden regular todos los detalles de sus ordenamientos por intermedio de sus órganos centrales, sino que dejan un margen considerable al reajuste de los intereses locales no sólo mediante las ordenanzas de las autoridades de este carácter sino también por obra de las costumbres tradicionales (Vinogradoff, 1957)

179

Además, a medida que se fue constituyendo el sistema jurídico mediante la legislación y la práctica de los tribunales ha ido disminuyendo la importancia que tuvo inicialmente la costumbre como fuente de derecho, pasando a ocupar un papel secundario en las relaciones jurídicas propiamente dichas. Sin embargo, hay que notar que muchas relaciones interpersonales se realizan por medio de la costumbre y el comportamiento de los seres humanos y no necesariamente hay que auxiliarnos del aspecto jurídico, más cuando tenemos en nuestros corazones la idea de justicia como la tenían las sociedades primitivas, que no necesitaban la ley por la simple razón de que sus relaciones se daban a través del sello de lo justo. Cuando la costumbre cotidiana se transforma en costumbre jurídica, pierde la primera el estado de libertad, convirtiéndose en obligatoria, ya que se presenta en el individuo el sentimiento de obligación como una especie de experiencia psicológica, dice Ross:



Se dice que la costumbre jurídica lo es, y esta es caracterizada por un elemento especial en términos de experiencia psicológica, llamado *opinio necessitatis sive obligationis*. Esto es, el sentimiento de hallarse obligado, o la convicción de que la conducta exigida por la costumbre es también un deber jurídico (2005, pág. 124).

Pero esta reflexión que acabamos de hacer al darle un gran énfasis al carácter de obligatoriedad para que una acción adquiriera el status de jurídica parece no ser concluyente. Debemos ser cuidadosos con esta afirmación, ya que no todo comportamiento que tenga esta característica se puede considerar como jurídico, ya que la costumbre en sí misma puede ser considerada como obligatoria en el comportamiento como sucede con el vestido que se debe usar para una fiesta y de ninguna manera ser considerado este comportamiento como jurídico, como sucedió cuando García Márquez recibió el premio Nobel de Literatura vestido de guayabera, comportamiento individual y para nada objetivo, siendo una especie de comportamiento individual y subjetivo. No sucede lo mismo cuando se habla del uniforme militar o del vestuario que debe usarse en una institución; en este último caso, el uso del vestuario más que ser una costumbre es la aplicación de una norma, según el reglamento de la respectiva institución. En cambio, la costumbre jurídica debe estar guiada por una convicción objetiva como lo afirma el mismo Ross:

La convicción del carácter jurídico de la costumbre tiene que derivarse forzosamente de un criterio objetivo y la costumbre no puede definirse por aquella convicción, tal como el hierro no puede definirse como la sustancia que generalmente es considerada hierro [...]. Una costumbre jurídica es simplemente una costumbre en una esfera de la vida que está (o que llega a estar) sometida a una regulación jurídica (2005, págs. 124-125).



Cuando se viola la costumbre cotidiana seguramente se presenta como sanción la desaprobación social; en cambio, cuando la costumbre jurídica está constituida por la regulación jurídica necesariamente tiene que seguirse la sanción jurídica cuando se comete una acción en contra de este comportamiento jurídico: una cosa es la desaprobación social y otra es la desaprobación jurídica. Digamos que la diferencia entre la costumbre cotidiana y la jurídica está dada por que la segunda se encuentra regida por reglas que dirigen el comportamiento o la conducta de los individuos en sus acciones cotidianas. No sucede lo mismo con la costumbre cotidiana en la que los individuos realizan su comportamiento repetitivo sin el conocimiento de ninguna regla.

Hábito, Regla y Precepto en Winch

Debido a la importancia que tiene la noción de regla en el campo jurídico, con base en la concepción de Peter Winch vamos a establecer la diferencia entre hábito, regla y precepto. Winch parte de la idea que toda conducta específicamente significativa está regida por reglas; a esta idea se le puede presentar una objeción con la persona que es anarquista y a primera vista no está sometida a ninguna regla. ¿Qué sucede en este caso?, ¿la persona anarquista no está sometida a reglas?, ¿cuál es la diferencia entre la persona anarquista y una monja que obedece cuidadosamente las reglas? Es claro que a pesar de que el anarquista aparentemente no está sometido a reglas, realmente está sometido a reglas, pero no de la misma manera que está sometida la monja. Ambos se adhieren a reglas, pero cada uno se adhiere a reglas diferentes. Miremos lo que dice Winch:

La vida del monje está circunscripta por reglas de conducta explícitas y delineadas en forma estricta; no dejan casi nada a la elección individual en las situaciones que demandan acción. En cambio, el anarquista evita las normas explícitas tanto como le es posible, y se enorgullece de tomar en cuenta ‘por sí mismas’ todas las demandas para la acción; es decir, para él la elección no está determinada de antemano por la regla a la cual se adhiere (1971, pág. 52).



Sin embargo, no se debe confundir la forma de vida de un anarquista con la de un loco, esto significa que hasta el anarquista, en su forma de vida, está sometido a reglas, esto lo hace a través de las razones que tiene para actuar. Podemos decir que el anarquista es racional, no así la forma de vida del loco, el anarquista no actúa por normas explícitas y rígidas como las de la monja. Nos encontramos, entonces, con tres personajes con características diferentes: el racionalista que requiere razones para todo y actúa libremente; el dogmático que no requiere razones para nada y que sigue fielmente las normas, las normas en sentido estricto son razones para la acción; y el irracionalista que ha perdido toda cordura lógica. De todos modos, lo que estamos afirmando consiste en que tanto la monja como el anarquista están sometidos a reglas. La monja no las examina, las acepta; mientras que el anarquista está sometido a reglas pero las examina, las pone a consideración y las pasa por el cedazo de la razón, las monjas siguen exactamente las reglas de la gramática, el anarquista sigue las reglas del estilo, el cual también está sometido a reglas.

182

Pero ahora, nos podemos preguntar si podemos actuar solamente con hábitos o costumbres y hacer abstracción de las reglas. No obstante la importancia que tienen los hábitos en la conducta que adoptan los individuos en sus relaciones con los demás, Winch le concede un lugar más preponderante al papel que cumplen las reglas, ya que si bien nosotros muchas veces nos comportamos de la misma manera que los animales, poseemos la capacidad de la comprensión, la cual nos permite no sólo realizar repeticiones como la hacen los animales, sino realizar inferencias. De lo contrario, lo mismo que un perro hace las mismas cosas ante cierta orden de su amo, nosotros hacemos las mismas cosas, pero además podemos hacer inferencias de los números naturales y no quedarnos solamente con el número limitado de número que nos ha enseñado el profesor. Es decir, el profesor nos pudo haber enseñado hasta diez y nosotros si nos comportamos como animales siempre tendríamos que estar repitiendo hasta diez y nunca continuar con la serie. Pero somos conscientes que además poseemos la capacidad de seguir la serie *ad infinitum*, lo cual nos indica que estamos



aplicando criterios, en este caso que tienen que ver con reglas: $n+1$, es decir, el último número más uno.

De esta manera, podemos afirmar que no basta el hábito solamente, además en nuestro comportamiento cotidiano tenemos que guiarnos por las reglas, por ello afirma Winch: “Podemos decir que la experiencia pasada resulta relevante para nuestra conducta actual sólo porque las acciones humanas ejemplifican reglas” (1971, pág. 60).

Como decíamos antes, el hábito tiene que ver con reacciones inconscientes en el que no interviene la voluntad ni la comprensión, aquí el comportamiento es puramente mecánico, hace parte de la naturaleza humana de la misma manera cómo funciona el corazón, funciona aunque no sepamos cómo funciona. En cambio, el comportamiento dirigido por reglas se encuentra regido por la razón o conciencia, siendo un comportamiento racional o mejor hablemos de razonable para diferenciar esta noción de lo racional que es inherente a la inferencia matemática.

183

Ahora es necesario que continuemos la reflexión sobre la costumbre con base en el análisis que realiza Hart en su obra clásica *El Concepto de Derecho* (2004). Hart muestra cómo en todas las sociedades hay costumbres que no son derecho, por ejemplo, el acto de no quitarse el sombrero ante una dama puede ser de mala educación, pero no hace parte de un comportamiento jurídico. Es decir, este acto no es reconocido como un comportamiento jurídico. Además, indica que para que una costumbre sea considerada como derecho tiene que darse el respectivo reconocimiento jurídico. También, indica que la costumbre no es una fuente principal de derecho en la época moderna. Esto quiere decir que la costumbre puede no ser tomada en cuenta en una decisión jurídica o más aún se puede mediante una ley privar de *status* jurídico a una costumbre. En caso de que la costumbre tenga el *status* jurídico, el tribunal puede tener en cuenta el grado de razonabilidad que posee el comportamiento respectivo con el fin de aplicarla o de no ponerle atención para tomar la decisión en una



situación jurídica determinada. Por otra parte, hay derechos naturales que esencialmente corresponden al campo de la moral, por ejemplo, el derecho de todos los seres humanos a ser libres (Hart R. , 1962).

Vamos ahora a realizar una corta reflexión relacionada con el hábito de la obediencia y la continuidad del derecho. Hart inicia el análisis a partir de una situación ideal en la que un monarca absoluto (rey - reina) desde hace mucho tiempo gobierna, dando órdenes generales respaldadas por amenazas, órdenes que exigen a los habitantes a que realicen determinadas acciones, y que de ninguna manera harían sin las órdenes dadas y la vez que se abstengan de hacer cosas que de otro modo realizarían. A esta idea hay que agregarle que debido a la cantidad de tiempo que lleva el Rey en su reinado se da por descontado que la población obedece sin ningún problema al soberano. Hasta este momento podemos decir que no hay problema en obedecer las órdenes dadas por el rey, pero preguntémonos ¿qué sucede cuando el rey da órdenes que son onerosas al ser desobedecidas? Expresemos esto mejor, cuando el rey da órdenes realmente respaldadas por amenazas, los hombres que integran esta comunidad, con frecuencia, tienen la tentación de desobedecer al rey, pero lo siguen obedeciendo. Al continuar obedeciendo al rey, se podría preguntar ¿estos individuos obedecen las órdenes por hábito o porque están en la obligación de cumplirlas? Se puede responder que obedecen las órdenes por miedo, ya que estas tienen una fuerza coercitiva, y no las obedecen por hábito. Otra cosa sucede cuando los seres humanos transforman la obediencia de las órdenes en hábito como sucede al conducir un automóvil, situación en la que cumplimos las normas de tránsito. En este caso, se cumple la norma, pero a la vez nos comportamos según la costumbre.

Si partimos de la idea que las reglas están condicionadas por la conciencia y que la costumbre está condicionada por la inconciencia, entonces, tendríamos que decir, que al principio somos conscientes de la aplicación de la norma y que con la repetición pasamos a la inconciencia: realizamos nuestras acciones por costumbre, como sucede con el ejemplo de la



conducción de un carro o de una bicicleta o de cualquier máquina. No obstante, siempre estamos aplicando las normas de tránsito sea de manera consciente o de manera inconsciente. Se presenta en el caso de la conducción, el paso de lo consciente a lo inconsciente. Sin embargo, hay que afirmar que en la realización de la acción de la conducción, el conductor aplica las normas. Pero la acción de la conducción es la realización de una acción que es muy diferente a la acción de pagar los impuestos. Al pagar los impuestos no sucede lo mismo que cuando conducimos, siempre el pago lo realizamos de manera consciente, su pago no tiene el carácter espontáneo y no tiene que ver nada con el hábito.

Cabe señalar que el hábito tiene que ver con la realización de determinada acción de un modo repetitivo durante algún tiempo considerable y que debido a este comportamiento es muy probable, seguramente esta acción se realizará de nuevo en un futuro subsiguiente.

Pero volvamos al caso del Rey y de la comunidad imaginaria. Los individuos de esta comunidad tienen el hábito de obediencia, hábito que no surge de un acuerdo de la comunidad hacía el rey, sino que cada uno de los individuos integrantes de la comunidad hace lo que el rey ordena, por ello dice Hart:

Si decimos que la población ‘tiene tal hábito’, esto, como la afirmación de que la gente concurre habitualmente a la caverna los sábados a la noche, sólo significará que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente al rey, de modo que cada uno concurre habitualmente a la taberna el sábado a la noche (1962, pág. 66).

La obediencia al rey se da a través de actos personales o individuales y no a través de comportamiento en grupo o en comunidad y como cada uno de los individuos sólo obedece las órdenes el soberano, no necesita opinar ni pensar acerca de si lo que obedece es correcto o incorrecto.



No olvidemos que en este caso del rey estamos haciendo la descripción de una sociedad imaginaria, es una especie de experimento ideal, el cual sirve para efecto de la explicación o del tema que estamos tratando y que inclusive en una sociedad primitiva sus miembros están sólo supeditados a la obediencia, ya que los integrantes tienen sus respectivas opiniones, sus propios puntos de vista. Sin embargo, Hart trae el ejemplo imaginario para mostrar algunas características comunes que se dan en una sociedad regida por el derecho, es decir el derecho regido por reglas. Ahora bien, en el caso de que en esta sociedad imaginaria el rey muera y deje un hijo, rey II, este comienza a dictar órdenes generales; pero para que se presente la misma situación que se daba con el rey I, no sólo es suficiente que los integrantes de esta comunidad estén acostumbrados a obedecer las órdenes del rey I, ya que aún no se han acostumbrado a recibir las órdenes de rey II. Es necesario que el comportamiento de esta sociedad este regido por reglas; dice Hart:

[...] es característico que un sistema jurídico, aún una monarquía absoluta, asegure la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirven de puente de transición de un legislador a otro: ellas regulan la sucesión por adelantado, designando y especificando en términos generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es (1962, págs. 67-68).

En realidad, es necesario que se den las reglas para que en el proceso de sucesión no se caiga en tiempos de inestabilidad o de caos o de anarquismo. Si no existieran las reglas del derecho, no se le podría conceder ningún poder al Rey, no basta sólo el hábito de la obediencia para conferirle potestad legislador; para ello se debe dar necesariamente la aceptación de una regla según la cual el legislador tiene el título de sucesión: de ahí que sea imperante la necesidad de las reglas.



Ahora bien, no hay que confundir las reglas jurídicas con las reglas sociales y con el hábito. Estamos realizando la diferencia entre tres tipos de comportamiento que realizamos en nuestra vida cotidiana, es decir, muchas veces nuestra conducta sigue reglas jurídicas; otras veces sigue las reglas del comportamiento social; otras repite comportamientos. Ir siempre al cine los sábados es una costumbre, quitarse el sombrero en la iglesia es la aplicación de una regla social y pagar los impuestos o seguir las reglas de conducción es la aplicación de una regla jurídica. Entre las reglas sociales y el hábito: la conducta tiene que ser general, aunque no necesariamente debe darse el comportamiento. De ahí la expresión según Hart: ‘por regla general se procede de esta manera’ . Sin embargo, a pesar de la semejanza de la generalidad entre el hábito y las reglas sociales hay que destacar las diferencias. En el hábito se puede dar desviaciones en el comportamiento y no necesariamente se presenta la crítica social, lo cual no sucede con las reglas sociales, ya que cuando se presenta una desviación a nivel de las reglas sociales tienen como consecuencia las críticas y la exigencia relacionada con el cumplimiento de la regla como sucede cuando un individuo x no se quita el sombrero al entrar a la iglesia. Situación diferente sucede cuando se tiene la costumbre de ir a la taberna los sábados en la noche y no se va, bien sea por que se tenga un motivo o porque libremente la persona no quiso ir. En las reglas sociales hay razones para el cumplimiento de las reglas de conducta, en cambio, en la costumbre puede no darse ninguna razón para que el comportamiento sea el acostumbrado o necesariamente no se exige que el comportamiento tiene que darse según una formula general. Podemos decir que el hábito tiene que ver con el comportamiento y las acciones sin que formule normas o reglas, no así con la conducta que se sigue cuando estamos siguiendo las reglas sociales. Esta segunda diferencia entre los hábitos y las reglas sociales conduce a una tercera diferencia que consiste en que los hábitos tienen que ver con los comportamientos externos o con la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo, cada uno se comporta de modo individual, sin que se fije en la conducta general. En cambio, para que se dé la existencia de una regla social, los integrantes del grupo siguen la pauta general que consiste en el carácter interno de las reglas, dice Hart: “Además del aspecto externo que comparte



con el hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un ‘aspecto interno’ (1962, pág. 71).

Para aclarar la idea del aspecto interno de las reglas debemos decir que es necesario que este aspecto esté presente en todas las reglas que rigen los juegos: estas reglas siempre hay que seguirlas para poder jugar, aunque cada uno tenga su propio estilo de juego. Aunque se tenga el propio estilo de juego, el jugador tiene que cumplir con las reglas al realizar las jugadas. Esto significa que el aspecto interno de las reglas no tiene que ver nada con los sentimientos de los jugadores, una cosa es como se quiera jugar o hacer el movimiento, por ejemplo de una ficha en el tablero de ajedrez, otra cosa es cuando realiza el movimiento. En este caso, el sentimiento está sometido a la regla, contrario a la idea que concibió Hume cuando afirmaba que razón está bajo el yugo de las pasiones.

188

Una vez hechas estas aclaraciones, reflexionemos brevemente sobre la teoría de los "actos de habla" Searle para mostrar cómo el derecho hace parte de la realidad social y como tal está construido por un conjunto de normas constitutivas que rigen una serie de hechos institucionales, que tienen existencia como el dinero, la propiedad, la Universidad, los contratos, los créditos, etc. Para ello tengamos en cuenta la diferencia entre reglas regulativas y reglas constitutivas, diferencia que retomó Searle del artículo de John Rawls "Dos conceptos de reglas" (1974). Veamos:

- a. Reglas regulativas: son las que rigen formas de comportamiento que lógicamente existen, pero que son independientes de las reglas. Por ejemplo, las reglas de etiqueta como: "no apoyar los codos sobre la mesa," es regulativa porque el comportamiento se da, aunque no exista la regla. Rawls las caracteriza de la siguiente manera:
 - Las reglas aparecen como sumarias de las decisiones pasadas.
 - Las decisiones hechas sobre los casos particulares, lógicamente son anteriores a las reglas.



- Un caso particular puede existir independientemente de que haya la regla.
 - Al encontrar casos particulares similares de determinado tipo formularemos la regla.
 - La regla es una especie de generalización de la experiencia.
- b. Reglas constitutivas: Son las que no sólo regulan, sino que crean o definen formas de comportamiento no existen éstos ni se dan independientemente de las reglas. El jaque mate no es definible, ni existe, si no se da un sistema de reglas que rigen o constituyen el juego de ajedrez. Rawls las caracteriza por:
- No ser sumas de la práctica; al contrario definen una práctica.
 - Constituir oficios o ciertas formas de comportamiento.
 - Producir o provocar conductas, por ejemplo: la conducta que se puede esperar de un jugador en un juego. Es así como en el juego se tienen que cumplir las reglas para que la realización del juego sea efectiva.

La diferencia entre los dos tipos de reglas consiste en que las reglas regulativas se formulan generalmente en forma imperativa, ejemplo: "cuando estés en la cena, no debes poner los codos sobre la mesa". En cambio, las reglas constitutivas se expresan en indicativo y aparecen como proposiciones tautológicas, en términos de Kant son analíticas. Pero observemos que esto no sucede con las normas, ya que estas son prescriptivas y rigen o constituyen conductas futuras.

Por otra parte Searle distingue dos tipos de actos o de hechos:

- a. Hechos brutos o naturales: estos hechos los estudian generalmente las ciencias naturales, siendo físicos o mentales, por ejemplo: un dolor de cabeza, la materia está compuesta de átomos, los seres vivos tienen células. Todos estos hechos, podríamos pensar, existen independientemente de la sociedad humana.
- b. Hechos institucionales: son hechos que solamente se dan a través de las instituciones y convenciones humanas, por ejemplo: el matrimonio, la moneda las cuales son convencionales porque dependen de X, Y, o Z motivos.



A manera de conclusión:

Podemos decir que toda institución social existe a través de un sistema de reglas constitutivas, por ejemplo, los hechos jurídicos existen, solamente, porque hay instituciones jurídicas, que son creadas por un sistema de reglas constitutivas. Lo mismo podemos expresar del lenguaje, como lo expone Searle: “Hablar es realizar hechos de índole institucional de acuerdo con un sistema de reglas constitutivas” , axioma que podemos hacer extensivo a la existencia de la realidad jurídica como una institución social, la cual está regida por normas, por normas que tienen el carácter de jurídicas. Es real que existen las normas jurídicas una vez están han salido de la cabeza del constituyente, quien las formula, pero no las aplica. Por ello, el constituyente jurídico crea las normas que rigen comportamientos futuros, y el juez mira hacía el pasado, aplica normas, pero no crea normas, como lo explicamos con base en la concepción de Rawls.

Esto significa que no sólo debemos concebir únicamente como existente la realidad empírica o los fenómenos naturales ni los estados psicológicos o mentales, también existen otras realidades que son constitucionales y que rigen nuestro comportamiento social, son claros los ejemplos que analiza Searle como el matrimonio, los juicios, la moneda, las instituciones sociales y todo tipo de comportamiento que se encuentre regido por las reglas constitutivas como los juegos y la institución jurídica ◊



Referencias

- Frege, G. (1973). Sentido y referencia. En *Estudios sobre semántica*. Barcelona: Ariel.
- Hart, H. L. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hart, R. (1962). *Derecho y moral*. Buenos Aires: Depalma.
- Locke, J. (1980). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madris: Editora Nacional.
- Popper, K. (1974). *El conocimiento objetivo*. Madrid: Tecnos.
- Popper, K., & Eccles. (1993). Los mundos 1, 2, 3. En K. Popper, & Eccles, *El Yo y su cerebro*. Barcelona: Editorial Labor.
- Rawls, J. (1974). Dos tipos de reglas. En P. Foot, *Teorías sobre ética*. Madrid: Fondo de cultura económica.
- Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Vinogradoff, P. (1957). *Introducción al derecho*. México: Fondo de cultura económica.
- Winch, P. (1971). *Ciencia social y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.