

## VII. LA NATURALEZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Una característica importante del sistema jurídico es su institucionalidad. Decimos que existe institucionalidad legal cuando la comunidad regulada por el derecho es efectivamente regulada, es decir, ha sufrido la revolución en el mundo de las representaciones morales de las que hablaba Habermas: “el establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”.<sup>354</sup>

Al interior de los sistemas jurídicos nacionales, la institucionalidad se identifica con el movimiento constitucional; constitución como limitación legal impuesta al gobierno, constitución como antítesis del gobierno arbitrario y despótico.<sup>355</sup> Constitución como imperio de la ley en vez de gobierno de la voluntad.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 93, p. 26.

<sup>355</sup> Véase réplica de Lord Coke al Rey James I, nota 122.

<sup>356</sup> McIlwain, Charles Howard, *op. cit.*, nota 123, p. 35.

Si existe institucionalidad legal el sistema jurídico aparece como una maquinaria ajena y superpuesta a los individuos. Bajo institucionalidad legal la autoridad que apoya los directivos legales no deriva de las cualidades del policía que ordena en cuanto hombre, sino de su cargo, del hecho de ser un órgano del sistema legal.<sup>357</sup> “No es la existencia de una fuerza policial la que hace a un sistema legal fuerte y respetado, sino la fuerza de la ley la que hace posible que la policía esté efectivamente organizada”.<sup>358</sup>

La característica de institucionalidad legal lamentablemente sigue siendo analizada por la mayoría de los teóricos bajo el dogma soberano, bajo el binomio monarca *vs.* súbdito. El dogma soberano oscurece la discusión y nubla el análisis, lo desvía a la discusión de quienes son los autorizados para aplicar una sanción coactiva, al binomio derecho público *vs.* derecho privado, a la permanencia de ciertos órganos del sistema legal. Para Raz, por ejemplo, el sistema jurídico es institucional ya que la aplicación de las disposiciones jurídicas y su modificación es llevada a cabo por instituciones,

<sup>357</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, pp. 54, 55.

<sup>358</sup> Brierly, J. L., *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 72.

mismas que tienen el carácter de públicas y permanentes.<sup>359</sup>

Ross, por su parte, señala que las instituciones son aquellos órganos del sistema legal con poder para crear y aplicar el derecho, contraponiendo dichas funciones a los ciudadanos comunes. Para Ross, las instituciones aparecen frente al individuo como autoridades públicas que forman una maquinaria legal independiente de su voluntad y de sus deseos, y por esta razón se considera a la ley como una institución social, adscrita a la sociedad y no al individuo.<sup>360</sup>

Con esta idea Ross, define al sistema jurídico nacional como el cuerpo de reglas integrado que determina las condiciones bajo las cuales la fuerza física puede ser ejercida en contra de una persona; el sistema legal nacional establece una maquinaria de autoridades públicas, cortes y órganos ejecutores, cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos; es decir, un sistema legal nacional se integra por aquellas reglas para el establecimiento y funcionamiento de la maquinaria estatal de la fuerza.<sup>361</sup>

<sup>359</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 3.

<sup>360</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 56.

<sup>361</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 34.

Tanto para Raz como para Ross, la definición de institución se basa en los binomios público *vs.* privado, monarca *vs.* súbdito, individuo *vs.* sociedad. Enmarcada bajo la premisa soberana la discusión sobre la institucionalidad del derecho se pierde; así Raz, define la aplicación del derecho como cada acto de un oficial público mediante el cual cumple con un deber o ejerce un poder regulativo. Sin embargo, Raz concede que dicha definición es circular, pues los actos de los agentes privados, cuando cumplen deberes o ejercen poderes regulativos, difieren de los públicos solamente en que los últimos son ejecutados por agentes públicos, pero no en cuanto a la sustancia de los actos mismos. Se cae en la perogrullada de que un acto público es aquel ejecutado por un ente público.

El problema de la institucionalidad del derecho, está en querer adscribir la institucionalidad a ciertos órganos del sistema jurídico y no al sistema jurídico como un todo. Así, el derecho inglés es institucional no porque tenga rey y parlamento, sino porque el mismo sistema legal inglés tiene la característica de institucional.

En efecto, en el caso del uso de la fuerza el sistema legal organiza dicho uso y autoriza el empleo de la misma únicamente en ciertas circunstancias y confiere tal poder a ciertos individuos. Es un error ver a dicho individuo como una institución que se

sobrepone a la sociedad (pensemos en la policía), es mejor concebir al individuo autorizado que aplica la medida coactiva como un simple agente del sistema jurídico.<sup>362</sup>

La discusión de la institucionalidad del derecho no debe buscarse en quiénes son los órganos del sistema jurídico. La idea de órgano del sistema jurídico es simplemente una función que se ejerce por un ser humano en una circunstancia determinada, pero que no tiene existencia mágica después de que dicha función ha sido ejercida. Así, por ejemplo, el titular de la presidencia de un país, no todo el tiempo está ejerciendo las funciones que constitucionalmente tiene conferidas, sino que realiza otro tipo de actividades no relevantes para cumplir sus “altas funciones soberanas”, entre estas nimiedades encontramos, por ejemplo, el comprar una cerveza en un bar. En aquellas actividades que el titular del poder ejecutivo no actúa como órgano del sistema legal, por ejemplo, si decide pagar o no la cerveza en el bar, el individuo permanece en una posición de *infra-individualidad* respecto del sistema legal como cualquier otro “súbdito”. En efecto, la relación de *infra* y *supra* ordenación se da no respecto de individuos y órganos del sistema legal, sino respecto de la sociedad y el sistema legal correspondiente.

<sup>362</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 25.

Este punto es toral. No es el gobernante el que se encuentra en relación de superioridad respecto de los gobernados, no es el gobernante lo que da la institucionalidad al derecho, sino el hecho de que el sistema jurídico se ubique por encima de todos los individuos a los que está dirigido a regular su conducta, incluyendo el gobernante. “El Estado es una institución en la cual el monarca es un elemento entre otros... [el monarca] no tiene un derecho de dominio meramente individual, sino un derecho que le compete como miembro soberano del Estado y del cual implica la posición en el último”.<sup>363</sup>

Bajo la revolución de las representaciones morales de Habermas, las prescripciones legales de un sistema jurídico no pueden verse emanando de una persona en su capacidad individual (el rey, el monarca); las disposiciones legales no tienen la intención de servir los intereses de un grupo de personas en particular, las prescripciones legales son mas bien un vehículo mediante el cual los intereses particulares confluyen entre sí y crean el interés general de los diversos participantes que las crean.<sup>364</sup> El que el sistema legal se desprenda de los intereses particulares y se sobreponga como interés general lo hace institucional.

<sup>363</sup> Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 73.

<sup>364</sup> Allot, Philip, *op. cit.*, nota 36.

## ELEMENTOS DE UN SISTEMA LEGAL

Elemento básico:  
*Disposición jurídica*

*Provisión*  
Discurso directivo  
(tipos de solución  
deóntica)

*No-provisión*  
Apoyo al discurso  
directivo

*Obligativa*  
Discurso directivo  
obligativo  
*D-law*

*No-obligativa*  
Discurso directivo  
potestativo  
*P-law*

Tiene las siguientes funciones:

- Apoyan a las provisiones
- Integran y dan coherencia al sistema jurídico

*Prescripción*

*Prohibición*  
Obligativo de no-hacer

*Potestativos*  
(no-deberes, no-órdenes)

*Permitidos*  
(no-prohibidos)