

La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos*

Por NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI.

Edimburgo

I. INTRODUCCION

Históricamente, la teoría de los actos de habla de Austin ha debido en parte su difusión a la reflexión sobre la naturaleza de los actos jurídicos. La teoría apareció en Oxford después de la guerra, en una serie de seminarios dirigidos por Austin con la colaboración de Hart. En esa época Austin desarrolló sus ideas sobre los “enunciados performativos”, sobre “cuando decir es hacer” (“*how to do things words*”). Por su parte, Hart -desde la gran experiencia adquirida antes de la guerra en la práctica del Derecho Privado- dio a ver la analogía existente entre tales actos de habla y los actos formalmente jurídicos, como un testamento, una transmisión de propiedad inmobiliaria o la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. A partir de esta analogía, Hart sugirió además que los “enunciados performativos” deberían ser llamados “enunciados operativos”, a la manera de lo que los juristas ingleses denominan “los términos operativos” en una notificación o acto jurídico¹.

* Este trabajo fue editado por vez primera, en versión original francesa, dentro del volumen colectivo que bajo la dirección de PAUL AMSELEK publicó Presses Universitaires de France el año 1986 con el título *Théorie des Actes de Language, Ethique et Droit*, ocupando allí las pp. 195 a 209.

1. J.L. AUSTIN, *Philosophical Papers* (Oxford, 1961), cap. 10, “Performative Utterances”. *How to do Things with Words* (Oxford, 1962); H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983), pp. 1-4; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (London, 1981), pp. 12-19.

Si la teoría del derecho ha contribuido así a la teoría lingüística, también se ha producido una contribución no menos importante desde la filosofía del lenguaje en la filosofía jurídica de Hart. Esta aportación concierne a la teoría hartinana de los actos jurídicos². Según éste, tales actos pueden ser realizados sólo si se admite que el sujeto ejerce un poder jurídico, como el poder de prestar una promesa unilateral, contratar, celebrar matrimonio, o incluso promulgar una ley. Pero dichos poderes presuponen reglas que los confieran. Son las reglas habilitantes (*power-conferring rules*); reglas que determinan qué es preciso para la realización del acto en cuestión en tanto que acto válido, y qué personas (o clases de personas) pueden llevarlo a cabo. El ejemplo favorito de Hart ha sido el caso extra-jurídico de la promesa moralmente obligatoria. Según su teoría, deben existir reglas sociales que determinen lo que cuenta como promesa válida. Estas reglas están, pues, necesariamente unidas a otra regla, de acuerdo a la cual existe obligación moral de cumplir las promesas. Nosotros detectamos aquí un reconocimiento de deuda hacia la teoría de los enunciados performativos de Austin, así como el desarrollo de esta última. Se aprecia igualmente la prefiguración de la teoría de John Rawls sobre las reglas "constitutivas" y "regulativas", también enriquecida con posterioridad por John Searle en su teoría de las instituciones sociales y los actos ilocutorios³.

En Hart, la distinción entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes resulta fundamental en orden a su análisis del concepto de derecho. Es, en efecto, fundamental distinguir entre las reglas que confieren los poderes y las reglas que imponen las obligaciones, incluidas las surgidas del ejercicio válido de los poderes. Ahí reside lo esencial de la distinción entre reglas primarias (las reglas de obligación) y reglas secundarias (incluyendo las reglas habilitantes). A este respecto, conviene recordar que la teoría jurídica de Hart se presenta como una teoría del derecho contemplada en tanto que "unión de reglas primarias y secundarias"⁴.

Esta teoría de la estructura del sistema jurídico no se halla sin embargo por completo exenta de dificultades y problemas, bien que es posible reconstruirla evitando la incoherencia interna, y mostrarla en su capacidad explicativa de sistemas jurídicos reales⁵. Con todo, no será aquí donde profundicemos.

2. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), cap. 5: cfr. MACCORMICK, *Hart*, pp. 25-26, 92-120.

3. AUSTIN, *op. cit.*; J. RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32; J. SEARLE, *Speech Acts* (Cambridge, 1969), pp. 33-42.

4. HART, *Concept of Law* caps. 5-6.

5. MACCORMICK, *Hart*, caps. 9-10.

Más importantes resultan hoy algunas de sus consecuencias. La más notable y llamativa consiste en su radical incompatibilidad con el voluntarismo ambiental en lo que hace a la naturaleza de las leyes, de las reglas y de las normas. Ya hemos subrayado la idea esencial según la cual todo acto jurídico válido, todo ejercicio de poderes legales, presupone una cierta regla que es constitutiva del *acto* como *acto jurídico*, o bien que confiere poderes de ejercicio para la realización del acto en cuestión. Si esto es así, de ello se desprende necesariamente que no todas las reglas pueden en sí mismas ser creadas por actos de “creación regulativa” (*rule-creating acts*), es decir, por actos de habla o actos de voluntad destinados a crear reglas. Según la teoría hartiana, un acto puede ser creador de reglas solamente si una determinada regla le confiere un poder de “creación regulativa” (*rule-creating power*): para evitar un inaceptable *regressus ad infinitum*, deberemos entonces admitir que las reglas que confieren el poder de “creación regulativa” (*rule-creating power*), no son todas, en sí mismas, reglas creadas.

Además, un acto no es jurídico sino a condición necesaria de tener en cuenta el nuevo estado de cosas jurídicas originado por su realización; la misma conclusión, por consiguiente, cabe aplicar aquí: no todas las reglas normativas pueden ser explicadas en términos de enunciados performativos o de actos jurídicos. Porque es evidente que todo enunciado performativo o todo acto jurídico presupone una regla preexistente según la cual se debe tomar en consideración el estado jurídico de cosas por él originado. En consecuencia, al menos algunas de las reglas normativas han de contemplarse como poseyendo una prioridad lógica frente a cualquier enunciado performativo o cualquier acto de habla. Puesto que las reglas normativas constituyen la especie más importante del género “norma”, se desprende igualmente que no todas las normas pueden explicarse en términos de actos jurídicos. Sucede más bien exactamente lo contrario: las normas han de ser explicadas independientemente de los actos de habla, ya que éstos las precisan para su explicación.

Esta presunción lógicamente necesaria de normas no dispuestas como (lógicamente) anteriores a los actos de habla y a los actos jurídicos conduce a la teoría kelseniana de la norma fundamental presupuesta, pero no planteada, en la conciencia jurídica. Es verdad que Kelsen confirió una importancia excesiva a la “significación subjetiva” de los actos de la voluntad como determinantes de su cualidad normativa. Esto le condujo a una conclusión insatisfactoria e insostenible: la norma fundamental es la significación de un acto de voluntad ficticio⁶.

6. H. KELSEN, *La théorie pure du droit* (París, 1962), cap. 1.

Cuando contemplamos el paralelismo entre los actos de habla y los actos jurídicos, el error de la teoría kelseniana como principio de validación última de los actos jurídicos se hace evidente. Porque, sin lugar a dudas, está claro que las normas o reglas convencionales (o consuetudinarias) son las condiciones mismas de la posibilidad del lenguaje, ya sea a nivel pragmático o semántico. Son las costumbres y usos de las comunidades lingüísticas las que hacen posible la mutua inteligibilidad de nuestros enunciados. Estas costumbres o usos permiten que algunos de esos enunciados sean inteligibles, por ejemplo, como promesas; e igualmente, esas costumbres o usos autorizan a afirmar que una persona ha hecho una promesa que debe ser mantenida. Parece evidente que las normas consuetudinarias del lenguaje -las convenciones lingüísticas- constituyen el trasfondo de nuestros actos de habla. Del mismo modo sucede en el derecho. Detrás de una ley formalmente promulgada se encuentra siempre alguna base consuetudinaria o, al menos, alguna razón no positiva según la cual debemos adecuarnos a las normas dispuestas, es decir, creadas por actos de habla legalmente reglados cuales son los actos jurídicos.

En contra de Kelsen, estas consideraciones hacen más creíble la teoría de Hart sobre la "regla de reconocimiento" como regla consuetudinaria y fundamental del sistema jurídico⁷. Sucede igual para la teoría de Friedrich Lachmayer acerca del *präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht*⁸. Pero de todas formas debe evitarse el error de considerar que las normas pueden ser íntegramente explicables en términos de actos de habla creadores de normas (*norm-creating acts*).

En realidad, aunque efectivamente existen actos de habla creadores de normas (*nom-creating speech-acts*), las normas creadas mediante ese proceso (por ejemplo, la legislación, las órdenes, los testamentos, los estatutos de sociedades), son todas normas derivadas. Los actos de habla en sí mismos presuponen normas "superiores". Ahora bien, entre esas normas superiores, no todas poseen la naturaleza de normas derivadas. Algunas de ellas deben ser no derivadas. Así pues, una teoría adecuada de las normas resulta anterior (lógicamente) a toda adecuada concepción de los actos de habla o actos jurídicos.

Una tal conclusión parece poder traerse rigurosamente de la teoría clásica de los actos de habla de Austin y de sus sucesores, como John Searle. Sin embargo, esta argumentación es errónea: el error está en suponer que todos

7. HART, *Concept*, cap. 6.

8. F. LACHMAYER, "Präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht", *Juristische Blätter*, 99 (1977), pp. 411-415.

los actos de habla se definen a partir de reglas (*rule-defined*), o derivan de normas. Por lo tanto, como vamos a demostrar (inspirados en parte en los trabajos de Grice)⁹, determinados actos de habla no resultan de ese modo. Entre ellos, algunos casos de aserciones, de promesas y de órdenes. Llamamos a este tipo de actos de habla "actos informales". Nos ocuparemos de estudiarlos en la siguiente sección de este trabajo.

II. ACTOS INFORMALES

Como hemos dicho, no hay que creer que todos los actos de habla están ligados a normas o que derivan de normas de igual manera que aquellos, altamente formalizados, que llamamos actos jurídicos. En esta segunda sección examinaremos brevemente los actos de habla informales oponiéndolos a los actos de habla formales y a los actos jurídicos. Resumiremos una investigación publicada con anterioridad por uno de nosotros (MacCormick) en tres trabajos¹⁰.

Análíticamente, el tipo más simple de acto humano comprende algún movimiento corporal, acompañado de una determinada intención. Parece plausible suponer que al menos ciertos actos de habla implican una combinación entre el enunciado de sonidos y una intención concerniente al sentido de esos sonidos. Un grito de advertencia inarticulado puede ser dirigido por una persona a otra. El ruido ha sido emitido con la intención de advertir. Puede que lo entienda y comprenda como su autor lo comprendió, y el destinatario se salve de un peligro inminente. Esto tiene lugar más verosimilmente cuando el destinatario comprende que el sonido ha sido emitido con la intención de ser reconocido en su finalidad de advertencia.

Ciertamente, no existe lenguaje que sea tan simple como el caso de un sonido inarticulado. En cada lenguaje están implicados convenciones lingüísticas complejas, al menos en el nivel semántico. Además, los tipos de

9. Cfr. H. PAUL GRICE, "Meaning", *Philosophical Review*, 68 (1957), p. 67; P.F. STRAWSON, "Intention and Convention in Speech Acts", *Philosophical Review*, 73 (1964), pp.439-460.

10. N. MACCORMICK, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series (ed. A.W.V. Simpson, Oxford, 1973), pp. 100-130; "Voluntary Obligations and Normative Powers", *Aristotelian Society Supplementary Volume* 46 (1972), pp. 59-78, y, más recientemente, "Voluntary Obligations", en N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford, 1982), cap. 8, y "What is Wrong with Deceit", *Sydney Law Review*, 10 (1983), pp. 7-19. (De *Legal Right and Social Democracy* existe trad. castellana, *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, por M^a D. González Soler, Madrid, 1990. N. del T.).

intenciones que se manifiestan al hablar son bastante más complejos que en la advertencia inarticulada, porque es preciso que se tenga la intención de que el destinatario reconozca las palabras emitidas como habiendo sido pronunciadas en un sentido más o menos determinado. Cuando afirmo algo, no revelo solamente mi intención de que otro tome por verdadera la propuesta que acabo de enunciar: revelo voluntariamente por una parte, mi intención de que el otro tome mis palabras por verdaderas y, por otra parte, mi intención de llevarle a encontrar en mi manera de expresarme una razón para creer esa verdad. De igual modo, cuando hago una promesa, no sólo revelo mi intención de cumplir el acto prometido, sino que expresamente desvelo también la intención de que el otro tome mis palabras como palabras en las que quiero que tenga fe. En fin, cuando le ordeno hacer algo no sólo quiero que lo haga, sino que al propio tiempo expreso la intención de que comprenda mi enunciado como constitutivo de una razón para obedecer.

Incluso si estas precisiones resultan muy concisas, una cosa es clara. Las intenciones, a pesar de su complejidad, son completamente independientes de toda presunción concerniente a reglas normativas o a reglas que confieren poderes. En estos casos, mi intención ilocutoria consiste en una intención con la que el destinatario comprenda que intento realizar un efecto perlocutorio. Puesto que un efecto tal no presupone regla alguna, el acto ilocutorio es esencialmente informal.

Si sé cómo enunciar una propuesta indicativa en el lenguaje natural, y si la dirijo a otros con la intención requerida, afirmo esa propuesta en dirección a esas personas. Aquí no existe ninguna posibilidad de hacer una distinción entre las afirmaciones formalmente válidas y las formales inválidas. Ya triunfe o fracase en mi aserción de algo, ninguna cuestión de validez se planteará aquí. De la misma manera, consiga transmitir la intención de que el otro debe fundar sus actos en expectativa firme respecto de los míos, o no lo logre, satisfaré o incumpliré mi promesa. Ya sea que logre apelar a su obediencia mediante una indicación clara de mi intención, o que fracase, ordenaré o no ordenaré. No es necesario invocar aquí regla alguna que otorgue capacidad para realizar una promesa, o la autoridad para dar órdenes. En los casos más simples, la confianza o la obediencia intencionalmente producidas son más que suficientes.

Cada vez, que es posible precisar la naturaleza de un acto del lenguaje por referencia al solo enunciado de palabras (siguiendo las convenciones semánticas que determinan el sentido de las palabras), y por referencia a las intenciones complejas reveladas por el enunciado, estamos ante un acto de habla que puede ser llamado acto de habla informal. Como hemos señalado, la intención expresa concierne un efecto perlocutorio.

Tales actos no implican habitualmente el uso de formas explícitamente performativas, y recaen por lo normal sobre frases simples como estás:

“El tren llega con quince minutos de retraso” (aserción).

“Te llevaré con tiempo para coger el tren de las 2” (promesa).

“No pierdas el tren de las 2” (orden).

De todas formas, ya que la intención es esencial para la naturaleza de los actos puede ser útil declarar abiertamente la intención en cada caso apropiada:

“Te aseguro que el tren llega con quince minutos de retraso”.

“Te prometo llevarte con tiempo para coger el tren de las 2”.

“Te ordeno que te asegures de llegar a tiempo para coger el tren de las 2”.

En cada uno de estos tres ejemplos hay aspectos normativos que surgen del mismo acto en cuestión. En las aserciones y salvo casos excepcionales, no se debe engañar al prójimo -la mentira es mala, deshonrosa y, en situaciones graves, viciosa. Así mismo, salvo en casos excepcionales, no se deben incumplir las promesas; faltar a la promesa es malo, deshonroso y en los casos graves, vicioso. Estas consideraciones normativas son *naturales*, no puramente convencionales, aunque se puede esperar que también lo sean en cada comunidad humana. Incluso independientemente de estas convenciones, existen razones por las cuales el engaño y la falta a lo prometido son malos. Pero lo que hace malo al engaño y a faltar a las promesas no se confunde con lo que hace posible la afirmación o la promesa.

Evidentemente, si la mentira y la infidelidad a lo prometido se hacen habituales, las afirmaciones serias y las promesas firmes podrían resultar imposibles simplemente porque nadie las tomaría en serio. Esto no prueba ni implica que la idea de querer seriamente hacer pasar un enunciado como una afirmación o una promesa presuponga un “poder normativo” emanado de o asociado a normas que prescriban decir la verdad o mantener las promesas. También, en el caso de la orden, existen razones naturales para no dar órdenes salvo cuando existan buenas razones para obedecerlas, provengan del poder coercitivo, de las relaciones familiares, de una situación particularmente urgente, etc. En el caso más simple, estas razones no se deducen de una *competencia* normativa, convencionalmente establecida, sino simplemente de razones de prudencia y de conveniencia.

En los tres casos, las implicaciones normativas de una aserción, de una promesa o de una orden son tales que puede ser importante remarcar, con claridad absoluta, la intención que preside el enunciado dado por una persona. Cuando esto sucede, la fórmula explícita se revaloriza: “Te prometo coger el tren”, “Te aseguro que el tren trae retraso”. Es una manera convencional de manifestar la intención de modo que no pueda ser posteriormente negada, al menos en los casos normales. Así, se nos podrá tener por nuestras propias aserciones, promesas y órdenes.

En casos importantes, bien puede ocurrir que alguien haya afirmado, prometido u ordenado sin haberlo hecho explícitamente. Nada será considerado entonces como afirmación, promesa u orden en ausencia de un enunciado formalmente performativo. En ese supuesto se requiere un procedimiento especial. Sólo cuando se ha utilizado la fórmula apropiada se dará la afirmación, promesa u orden correspondiente. Llegamos así a una condición de validez: sin el empleo de un procedimiento performativo especial, no hay afirmación, promesa u orden válida. Por consiguiente, ninguna acción especial se enfrentaría a una afirmación falsa o a una promesa rota no válida, o para el caso de una orden no válida o de desobediencia no válida a una orden válidamente dada. Sin un acto válido el mal correspondiente en realidad no tiene lugar.

Es así que, en contextos especiales y destinados a finalidades específicas ciertos actos que podrían ser considerados como puramente informales se convierten en actos formales. Por lo demás, se pueden introducir cualificaciones suplementarias: exigencias relativas a las cualificaciones que deben poseer las personas antes de ser juzgadas aptas para realizar el acto en cuestión, exigencias suplementarias en orden al acto mismo y a las formalidades procesales necesarias, exigencias respecto a las circunstancias requeridas así como a los vicios y condiciones de anulación. En este sentido, se comprende ahora que hay exigencias formales para un acto formal. Existen reglas que dictan lo que hay que hacer, y cómo hacerlo para formular una afirmación formal, una promesa solemne o una orden oficial. Para realizar el acto válidamente se las debe observar. Tenemos aquí lo que puede ser considerado, en sentido propio, como “norma de competencia”, o “regla habilitante” (*power-conferring rule*). Sólo cuando se ha adquirido la validez necesaria se aplicarán las consecuencias contempladas en cada caso. Esta es la razón de la importancia de los procedimientos especiales y de otras condiciones particulares.

Es de esta manera como los actos informales tendrían la posibilidad de convertirse en formales, es decir, de ser definidos en términos de conformidad con “reglas constitutivas” o “secundarias” especiales, o “reglas que confieren poderes” (*power-conferring rules*), cualquiera sea la denominación

que se elija. Pero ya que *puede haber* (y hay) algunos actos informales, está claro que no todos los actos de habla presuponen normas constitutivas. Sobre esta base, parece posible dar cuenta de normas que se muestren derivando, en la forma más simple, del tiempo más simple de acto de habla informal. En el fondo, es casi exactamente lo que intentaron hacer en los siglos XVIII y XIX los partidarios de la teoría imperativista del derecho, tales Jeremy Bentham y el jurista John Austin¹¹. Pero esta visión es también falsa. Conduce a lo que uno de nosotros (MacCormick) ha llamado “el horror imperativista”: no se puede derivar un “deber ser” (“ought”) de un imperativo (“shall”), sino de un indicativo (“is”)¹². Como ya vimos en nuestra anterior sección, el punto crucial de toda esta argumentación relativa a la formalización de los actos informales consiste en observar que existen razones normativas, ya sean naturales, ya sean naturales y convencionales a tener presentes respecto del estado de cosas originado por el cumplimiento de tales actos. Estas razones no pueden derivar por igual para actos informales que para actos formales. En consecuencia, aunque la teoría clásica pueda equivocarse al considerar que todos los actos de habla se explican en términos de normas situadas en un nivel superior, no se equivoca sin embargo al intuir que estas normas, en última instancia, no son explicables como actos de habla.

III. ACTOS INFORMALES Y FORMALES: UN EJEMPLO

Podemos dudar aún de la existencia de una diferencia real entre los actos informales y los formales tal como arriba se ha indicado. Para ilustrar y clarificar nuestra teoría, y con la esperanza de disipar esa duda, daremos en esta sección dos ejemplos contrastados: por un lado, el acto de decir o de afirmar que un determinado individuo es culpable de homicidio, y, por otro, el acto de pronunciar un veredicto de culpabilidad por homicidio a resultas de un proceso penal.

Observemos los siguientes puntos: puedo decir que Macbeth es culpable de cierto homicidio sin tomar posición oficial; puede decirlo utilizando la fórmula que prefiera y hacerlo en el momento que me apetezca; ninguna fórmula, ningún procedimiento de enunciación se exige en particular.

Moralmente hablando, está claro, no debería decir tal cosa sin una fuerte evidencia en ese sentido y sin que ella me haga creer sinceramente que es

11. J. BENTHAM, *Of Laws in General* (ed. J. Burns y H.L.A. Hart, London, 1970), cap. I; J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence*, (ed. R. Campbell, London, 1885), caps. 1, 2, 6.

12. MACCORMICK, “Legal Obligation and the Imperative Fallacy”, *cit.*

la verdad. En el plano legal, sería altamente no razonable afirmarlo sin poseer una evidencia imperiosa en que apoyarlo; porque de otra manera tendría que pagar a Macbeth daños y perjuicios muy elevados. Pero al margen de esta posibilidad de difamación, el derecho no tiene en cuenta mis palabras.

Por el contrario, el pronunciamiento de un veredicto de culpabilidad por homicidio al final de un proceso penal es del todo diferente. Sólo una persona especialmente designada para ser jurado y a continuación elegida como presidente por el resto de los miembros de aquél, se encuentra en posición de decir que alguien es culpable *produciendo así como efecto un veredicto*; la forma de las palabras está precisada por (al menos) la costumbre y el uso, y las palabras se pronuncian en un diálogo estandarizado entre el magistrado y el presidente del jurado; el contexto debe ser el de una etapa particular de un concreto procedimiento y altamente formalizado; es decir, el de un procedimiento penal. El veredicto ha de ser únicamente pronunciado frente a una persona formalmente acusada, después de que ésta haya obtenido un proceso justo y de que el jurado haya sido debidamente informado por el magistrado de la ley aplicable en ese caso.

Desde luego, ya que se dice lo mismo que en el supuesto informal (y a pesar de las dudas que a veces pudieran surgir, se dice exactamente lo mismo, "culpable"), de ello se deriva que no debería moralmente declararse la culpabilidad careciendo de una evidencia particularmente fuerte en su apoyo y sin creer en esa culpabilidad. Pero esto no es todo. Porque este acto formalmente definido, está definido formalmente precisamente por causa del efecto jurídico que conlleva: decir "culpable" en esas circunstancias es *condenar* a Macbeth. A partir de ese momento aquél será condenado por homicidio, y la sentencia a dictar no otra que la que legalmente el juez ha de dictar contra alguien condenado por homicidio. Todo esto es ciertamente así porque dar un veredicto constituye lo que uno de nosotros (Bankowski) ha llamado un "procedimiento de testimonio de verdad" (*truth certifying procedure*)¹³. Lo que es afirmado como verdadero por este procedimiento legal es tomado por una verdad establecida en todas las vías jurídicas ulteriores salvo (y hasta) recurrir en apelación.

Todos los aspectos de formalización del pronunciamiento de "culpable" (o "no culpable") discurren y dependen del régimen normativo planteado por el derecho penal. Siendo un procedimiento destinado a tener efectos jurídicos extremadamente importantes es un procedimiento cuidadosamente

13. Z. BANKOWSKI, "The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited", *Legal Studies*, 1 (1981), pp. 257-278.

reglamentado por el derecho. Este tipo de acto de habla altamente formalizado es lo que constituye, al mismo tiempo, un acto jurídico en sentido clásico.

Esperamos que la comparación de contraste entre estos dos ejemplos sirva para magnificar la diferencia entre los actos informales y los actos formales. Ayudará también para recordar que los actos jurídicos pertenecen a la clase de actos formales. En nuestra última sección vamos a acercar estos análisis a la teoría de las instituciones legales.

IV. ACTOS FORMALES E INSTITUCIONES JURIDICAS

En la sección anterior hemos aludido al hecho de que los actos de habla formalizados requieren ser explicados en términos de respuestas a preguntas del siguiente tipo:

I. ¿Qué cualificación debe poseer una persona para poder realizar este acto?

II. ¿Cuál es la naturaleza del acto a realizar?

III. ¿Con qué intención tiene que realizarse?

IV. ¿Qué procedimientos especiales deben llevarse a cabo a fin de realizarlo válidamente?

V. ¿En qué circunstancias debe realizarse para ser válido?

VI. ¿Cuáles son las condiciones de irregularidad cuya presencia invalidaría un acto, por otro acto válido, o lo volvería susceptible de ulterior rechazo?

En todos los casos en los que los actos de habla se han formalizado deberá atenderse a la existencia de reglas, o al menos de convenciones, teniendo incluso que responder a preguntas de ese tipo; ellas plantean lo que J.L. Austin llamaba “las condiciones de triunfo” (“*felicity conditions*”) de cada acto de habla¹⁴. Aunque a los juristas les sea fácil reconocer cómo se aplican estas condiciones en el marco del derecho, donde los actos de habla son al mismo tiempo actos jurídicos, se debe hacer notar que el derecho

14. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, cit., pp. 14-15.

positivo (derecho del Estado) no es el único que admite tal formalismo. Las reglas de muchos juegos, las leyes y rituales de diferentes formas de religiones organizadas, las prácticas del mercado y de la Bolsa, las ceremonias de botadura de barcos y sin duda muchas más aún, constituyen casos no menos evidentes.

En todos los casos, ya sean o no legales, aparece cierto resultado estandar habitualmente observado cualquiera sean los fines subsiguientes que el agente pueda tener a la vista. Dicho de otro modo, el agente tiende a producir cierto efecto estandarizado de su acto: que tal persona sea ordenada sacerdote, que tal jugada sea adjudicada a tal jugador (o el juego, set y match), que tal barco sea llamado a partir de ese momento *Francia*, etc. Las consecuencias normativas de este tipo son intrínsecas al acto mismo. También, cuando una persona hace testamento legalmente válido, una consecuencia directa y normalmente contemplada, que sus herederos y ejecutores testamentarios estén jurídicamente obligados a repartir su patrimonio siguiendo sus instrucciones.

En los actos formales, al lado de las reglas o convenciones que determinan lo que cuenta como realización válida y apropiada del acto, existen también reglas convencionales que determinan sus consecuencias normativas directas. Y la intención estandarizada del agente es siempre provocar las mismas consecuencias, cualquiera sean los objetivos subsiguientes. Esta consideración concierne particularmente al derecho positivo, donde el objetivo mismo de la realización de un acto jurídico es provocar un cambio importante en el estado de cosas jurídico, llevar a la existencia nuevas consecuencias jurídicas, como las que acompañan a la conclusión de un contrato válido o a la confección de un testamento válido.

Se encuentran, desde luego, diferencias notables en derecho, como las que existen entre los actos que surgen del ámbito del derecho público y los de relevancia en el derecho privado. La diferencia fundamental procede en consideración al ulterior objetivo para el cual se estima legítimo actuar. En todos los deseos personales orientados ya sea para el propio bien, ya sea para el bien del prójimo al que vaya a favorecer, nos encontramos en presencia de un acto privado. En el caso de que una persona se vea requerida a actuar en bien de la comunidad o de una parte de ella, sin intervención de amistad u otra relación personal, el poder de actuar es un poder público.

Estas diferencias se ven fielmente reflejadas en las condiciones de realización del acto. En el supuesto de actos que proceden del derecho privado, la capacidad de actuar depende de factores como la edad, sexo, situación matrimonial, etc., o reposa en una autorización dada en atención

a un interés privado; es una cuestión de ley determinar quién puede hacer qué. En el supuesto de actos públicos, la *competencia* para realizarlos no depende sólo o necesariamente de las condiciones legislativas sino más bien de la nominación o elección en un puesto o posición oficial. Otra diferencia consiste en que los actos públicos pueden normalmente tener en cuenta el acuerdo o consentimiento de la persona afectada. Por el contrario, los actos privados normalmente no producen efectos más que en virtud del acuerdo de las respectivas partes, salvo en el caso de relaciones específicas tales como las de padres e hijos.

Se dice comunmente, y es bien sabido, que los actos formalizados y las prácticas que los rodean equivalen a instituciones, ya sean instituciones sociales y morales (como la promesa), religiosas (como los sacramentos), o jurídicas (como los contratos, testamentos, matrimonios, o constitución de sociedades de responsabilidad limitada, e igualmente en la esfera del derecho público las decisiones administrativas o los procedimientos contencioso-administrativos). Una verdadera teoría de los actos de habla formales en tanto que actos jurídicos parte, en consecuencia, de la teoría de las instituciones jurídicas. Uno de nosotros (MacCormick) ha presentado una teoría de las instituciones jurídicas que es, de hecho, el fundamento teórico de la postura adoptada en este estudio¹⁵. Según esta teoría, cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas:

1. Deben existir reglas constitutivas en las que se establezca qué persona, con qué calificación, por qué acto y con qué intenciones puede, siguiendo qué procedimiento, requeridas qué circunstancias y en ausencia de qué condiciones de regularidad, instruir una institución determinada (es decir, celebrar un contrato, contraer matrimonio o hacer testamento).

2. Deben existir reglas consecuenciales, estableciendo cuáles son los efectos de un contrato, de un matrimonio o de un testamento válidos. Precisarán las cosas que deben ser hechas y quién está autorizado a hacerlas, debe o puede hacerlas, dada la existencia de un caso concreto de institución.

3. Por último, tiene que haber reglas extintivas que pongan fin al contrato, matrimonio o sucesión.

15. N. MACCORMICK, "Law as Institutional Fact", *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129; N. MACCORMICK - O. WEINBERGER; *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (Berlín, 1985). (De esta última existe edición holandesa en inglés *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986. (También versión italiana, a cargo de M. LA TORRE, *Il Diritto come Istituzione*, Milano, 1990. N. del T.).

Esta teoría clarifica varias cuestiones. En primer lugar, permite conocer la existencia de entes jurídicos altamente abstractos. En segundo lugar, muestra como están estructurados nuestros conceptos jurídicos y -por ello- nuestra actividad jurídica. Las reglas constitutivas suministran las condiciones de validez de las instituciones. Como tales, guían nuestras acciones, indican lo que debemos ser y hacer a fin de celebrar un contrato, y las irregularidades que debemos evitar. ¿Qué debemos ser y hacer para tomar una decisión administrativa?, ¿qué irregularidades debemos evitar? Esta guía, desde luego, no es sino hipotética; indica lo que hay que hacer si *deseamos* celebrar un contrato o tomar una decisión administrativa. Pero tendremos razones para desearlo únicamente si las tenemos para desear que las reglas consecuenciales correspondientes intervengan en la operación, de suerte que así nos deberemos mutuamente prestaciones contractuales o la construcción de un hospital deberá legalmente llevarse a efecto en un determinado lugar. Estos deseos serán razonables si tenemos motivos inmediatos, no legales, para querer que aquellas prestaciones o ese hospital existan.

Por otra parte, al presentar los criterios para la validez de las instituciones, las reglas constitutivas suministran las posibles bases de impugnación de los efectos de ciertos pretendidos contratos, testamentos o decisiones administrativas. Por ejemplo, en derecho privado, no reconocemos status o capacidad para contratar o testar cuando se trata de un menor de edad; o en derecho público, no reconocemos competencia a un administrador en caso de exceso de poder (acto *ultra vires*) o cuando su interés personal lo descalifica; o bien cuando un acto se realiza erróneamente, v. gr. la aceptación no se produce en los mismos términos que la oferta, en cuyo caso ninguna “decisión” como tal se habrá tomado; o bien en el supuesto de vicios de procedimiento respecto a la forma (por ejemplo, defecto de debate contradictorio), o de vicios en la intención -como el error en derecho privado o la desviación de poder en el público, así como el contrato referido a un bien inexistente; o bien ante la omisión de una formalidad sustancial en la decisión de una jurisdicción administrativa; o también cuando se descubre alguno de los factores que enervan el acto en que aparece (conclusión del contrato bajo coacción, inserción de una cláusula que sobrepase lo susceptible de ser estipulado en virtud del derecho público aplicable al caso, etc.).

Incluso en este breve resumen, y sin otra pretensión que la de ofrecer algunos ejemplos extraídos del derecho público y privado, es posible advertir la fuerza explicativa y analítica general de la teoría. Esta se inscribe en el cuadro de la moderna y clásica de los actos de habla en materia jurídica, si bien a nuestro juicio la supera en varios aspectos esclarecedores, y así precisamente ayuda a revelar mejor la profunda pertinencia en lo jurídico que aquélla posee. Además, en tanto que teoría de la estructura de la

actividad jurídica, promete abrir nuevos horizontes respecto a la estructura de los sistemas jurídicos.

Para terminar, debemos confesar avergonzados nuestra ignorancia de la mayoría de los trabajos recientemente publicados por investigadores franceses en el campo de la lingüística. Sin embargo, no hace mucho que vimos reforzadas nuestras convicciones al encontrar esbozada en los escritos del profesor Bernard Jackson una interesante analogía entre la semiótica de Greimas y la obra de MacCormick¹⁶, que aquí hemos aprovechado. Con todo, aún más importante resulta otra analogía con la teoría francesa: nos referimos a la exposición publicada once años atrás por Chistophe Grzegorzcyk en los *Archives de Philosophie du Droit*^{**}. Particularmente en lo que concierne a la cuestión de los veredictos y los enunciados veredictivos, no hemos hecho otra cosa que retrazar las líneas de la teoría de nuestro colega. Si nos equivocamos, al menos podremos decir que lo hicimos en la mejor compañía.

(Traducción de JOSÉ CALVO GONZÁLEZ)

ADDENDA BIBLIOGRAFICA. (Nota del Traductor)

Reuno aquí textos, artículos y algunas reseñas y notas críticas a mi juicio útilmente relacionados con la temática de la que MacCormick y Bankowski se han ocupado en su trabajo. En este sentido, sin pretender ser exhaustivos, ofrecemos un panorama orientativo lo bastante completo como facilitar y animar ulteriores análisis de detalle.

ALSTON, W.P.: Recensión a *Speech Acts: An Essay in Philosophical Language*, de J.R. Searle, en *The Philosophical Quarterly*, 20, 79, 1970, pp. 172-179.

AMSELEK, P.: "Philosophie du droit et théorie des actes de langage"? en *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, P. Amselek (ed.), Presses Universitaires de France, 1986, pp. 109-164, igualmente en versión inglesa, por Z. Bankowski y A. Bankowska, "Philosophy of Law and Theory of Speech Acts", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 187-223.

16. N.del T. Vid. *Semiotics and Legal Theory* (London, 1985), cap. 7.

** N. del T. Vid. G. GRZEGORCZYK, "Le role performatif dans le langage du Droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 19 (1974), pp. 229-241.

- ANSCOMBE, G. E. M.: *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957, 2ª ed. 1963 (1979 última reimp.) Trad. castellana de A. I. Stellino, con introd. de J. Mosterín. Paidós - I.C.E - Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México, 1991.
- AUSTIN, J. L.: *Philosophical Papers*, Oxford University Press, 1961, 2ª ed. 1970. Hay versión castellana de "Emisiones realizadoras" en *Revista de Occidente*, 1975 y recientemente trad. de A. García Suárez en *La búsqueda del significado*, L. Ml. Valdés Villanueva (ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 415-430.
- : *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 2ª ed. a cargo de J. O. Urmson & M. Sbisà, The Clarendon Press, Oxford, 1975. Trad. francesa de G. Lane, *Quand dire, d'est faire*, Seuil, Paris, 1970. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires, 1ª ed. 1971, 2ª 1982.
- AZZONI, G. P. M.: "Condizioni costitutive", en *RIFD*, 1986, pp. 160-195.
- BANOKOWSKI, Z.: "Institutional Legal Positivism?", en *Rechtstheorie*, 20, 1989, pp. 289-302.
- BOURDIEU, P.: *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris, 1987.
- BOUVERESSE, *La force de la règle*, Minuit, Paris, 1987.
- CARCATERRA, G.: *La forza costitutiva delle norme*, Bluzoni, Roma, 1979.
- CARDONA, C. R.: *Atti linguistici. Un saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976.
- CLARK, M.: "Descriptions and Speech Acts", en *Journal Philosophy*, 68, 13, 1971, pp. 400-405.
- CONTE, A. G.: "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 1985, pp. 345-368.
- DE KERCHOVE, M. V.: "La Théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation", en *Théorie des Actes de langage...*, cit., pp. 211-248.
- DUCROT, O.: *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Paris, 1980.
- EDGEWORTH, B.: "Legal Positivism and the Philosophy of Language", en *Legal Studies*, 6, 1979, pp. 115-139.
- GEACH, P. T.: "Ascriptivism", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 221-225.
- GELLNER, E.: *Words and Things*, Penguin Books, London, 1968, 2ª ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1980.
- GOODRICH, P.: "The Role of Linguistics in Legal Analysis", en *Modern Law Review*, 47, 1984, pp. 523-534.
- : *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, MacMillan, London, 1987.
- GUASTINI, R.: *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

- : "Cognitivismo ludico e regole costitutive", en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, U. Scarpelli (ed.), Comunità, Milano, 1983, pp. 153-176.
- : "Teoria delle regole costitutive", en *RIFD*, 1983, pp. 548-564.
- : *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985.
- GRICE, P.: "Utterer's Meaning, Sentence-Meaning and Word-Meaning", en *Foundations of Language*, 4, 1968, reedit. en J. R. Searle, *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, 1971, pp. 54-70.
- : "Utterer's Meaning and Intention", en *Philosophical Quarterly*, 78, 1969, pp. 147-177. Existe trad. castellana de J. José Acero, "Las intenciones y el significado del hablante", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 481-510.
- GRZEGORCZYK, Ch.: "Le role performatif dans le langage du Droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1979, pp. 229-241.
- : "L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 165-194.
- HARE, R. M.: *The language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *El lenguaje de la Moral*, Universidad Autónoma de México, 1975.
- : "Meaning and Speech Acts", en *Philosophical Review*, 74, 1970, pp. 3-24. También en *Practical Inferences*, MacMillan, 1971, pp. 74-93.
- : "Austin's Distinction Between Locutionary and Illocutionary Acts", en *Practical Inferences*, cit., pp. 100-114.
- HART, H. L. A.: "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLIX, 1948-49, pp. 171-194.
- : *The Concept of Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961. Trad. castellana de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- (S.-P.) HIERRO, J.: *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970.
- HINTIKKA, J.: "Cogito, ergo sum: inference or performance?", en *Philosophical Review*, 71, 1962, pp. 3-32.
- HOLDCRAFT, D.: *Words and Deeds. Problems in a Theory of Speech Acts*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- JACKSON, B. S.: *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985.
- : *Law, Fact and Narrative coherence*, Deborah Charles Publication, Merseyside, 1988.
- : "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotique", en *Archives de Philosophie du Droit*, 34, 1989, pp. 243-258.
- JORI, M.: "Abrogazione, validità, atti linguistici", en *In tema di abrogazione*, C. Luzzati (ed.), Giuffrè, Milano, 1987.
- KEVELSON, R.: "Legal Speech Acts: Decisions", en *Linguistics and the Professions*, R. Di Pietro (ed.), Norwood, 1984, pp. 121-132.

LEGAUT, G. A.: *La structure performative du langage juridique*, Les Presses Université de Montreal, 1977.

MACCORMICK, N. & BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws", en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, P. M. S. Hacker & J. Raz (eds.), Oxford University Press, 1977, pp. 126 y ss.

MACCORMICK, N. & WEINBERGER, O.: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985. Trad. inglesa, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986. Trad. italiana a cargo de M. La Torre, *Il Diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990.

MACCORMICK, N.: "Institutions, Arrangements and Practical Information", en *Ratio Juris*, 1, 1, 1988, pp. 73-82.

PÁRAMO ARGUELLES, J. R.: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, C. E. C., Madrid, 1984.

PITCHER, G.: "Hart on Action and Responsibility", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 226-235.

POLLASTRO, P.: "Fenomenologia delle regole costitutive", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 1983, pp. 233-262.

RECANATI, F.: *Les énoncés performatives. Contributions à la pragmatique*, Minuit, Paris, 1981.

RICOEUR, P.: *Du texte à l'action. Essai d'hermeneutique II*, Seuil, Paris, 1986.

-: "Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 89-108.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M^a: "La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica", en *A. F. D.*, VII, 1990, pp. 479-502.

ROSS, A.: "The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives", en *Contemporary Philosophia in Scandinavia*, R. E. Olson & A. M. Paul (eds.), Johns Hopkins, Baltimore-London, 1972, pp. 197-212.

SBIZÀ, M.: "Actes de Langage et (Acte d') Enontiation", en *Langages*, 1982, pp. 99-106.

SEARLE, J. R.: "How to Derive 'Ought' from 'Is'", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 43-58. Existe trad. italiana, "Come dedurre 'deve' da 'è'", en *Problemi di teoria del diritto*, R. Guastini (ed.), Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 89-107.

-: "What's a speech act?", en *Philosophy in America*, M. Black (ed.) Allen & Unwin, London, 1965, pp. 223 y ss. Versión castellana en *Cuadernos Teorema*, Valencia, 1977 y recién trad. de L. Ml. Valde's Villanueva, "¿Qué es un acto de habla?", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 431-448.

-: "Austin on Locutionary and Illocutionary Acts", en *The Philosophical Review*, 77, 1968, pp. 405 y ss.

- : *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Trad. francesa de H. Pauchard, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Hermann, Paris, 1972, Trad. italiana de G. R. Cardona, *Atti linguistici. Saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976. Trad. castellana de L. Ml. Valdés Villanueva, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1986.
- : *Intentionality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- STRAWSON, P. F.: "Intention and Convention in Speech Acts", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 439-460.
- TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- TWINING, W. & MIERS, D.: *How To Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1986 (2ª ed.) Trad. italiana de C. Garbarino y Presentación de R. Guastino. *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990.
- WEINBERGER, O.: "'Is' and 'Ought' Reconsidered", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXX, 1984, pp. 454 y ss.
- : "Das institutionelle Dasein des Rechts", en *Recht als Sinn und Institution*, D. Mayer-Maly & O. Weinberger (eds.), Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 245-259.
- : *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Steiner, Stuttgart, 1987.
- : *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- : "The Role of Rules", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 224-240.
- : "Droit et connaissance du droit au regard du positivisme institutionnaliste", en *Droits*, 10, 1, 1989, pp. 109-112.
- WRIGHT, G. H. von.: "Is and Ought", en *Man, Law and Modern Forms of Life*, E. Bulygin, J. L. Gardies, I. Niiniluoto (eds.), Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263-281.