

Hobbes, Locke, Rousseau, Kant y Hegel —los mayores filósofos políticos de la edad moderna— al tiempo que rinde tributo a la huella reconfortante e iluminadora que dejó la de Croce, Cattaneo, Kelsen, Pareto y Weber.

Respecto de la suya en España, para terminar anotando ese rasgo de humor que nunca ha de faltar en la coherencia científica del intelectual, quizá hable alto y claro la anécdota que el profesor Ruiz Miguel refiere de la última visita de Bobbio a nuestro país, en noviembre del 83, cuando casi a mitad de camino en la reforma universitaria preguntó a sus acompañantes si habían dotado ya la cátedra de bobbiología en la Universidad española.

J. CALVO GONZÁLEZ

Ota WEINBERGER/Donald Neil MACCORMICK: «Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus». Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

El origen de esta obra es ciertamente curioso. Pretende ser expresión de una teoría desarrollada separadamente por estos dos prestigiosos teóricos del derecho, sin que en la época de las primeras y fundamentales exposiciones de la misma mediase entre ellos —tal como se dice en el prefacio— conocimiento personal, ni de la obra respectiva. Mas, a pesar de ese desconocimiento y del diverso contexto cultural e, incluso, lingüístico en que los dos autores se mueven (Ota Weinberger, es profesor en la Universidad austriaca de Graz y D. Neil MacCormick lo es en la escocesa de Edimburgo), entienden ambos que la coincidencia teórica es suficientemente significativa como para que la teoría de ambos pueda recibir una denominación común (Positivismo Jurídico Institucionalista) y los trabajos más importantes en los que uno y otro la han desarrollado a lo largo de más de quince años puedan ser objeto de publicación conjunta en el texto que nos ocupa, los de Weinberger en su idioma original, el alemán, y los de MacCormick traducidos a esta lengua del inglés (1). En todo caso se trata de trabajos que, salvo la introducción, ya habían visto la luz con anterioridad, ya sea en revistas, libros homenaje o ponencias de congresos.

Quizá convenga resaltar que la denominación «Positivismo Jurídico Institucionalista» no ha acompañado el desarrollo de ninguna de estas dos teorías a lo largo de los años, ni mucho menos ha servido como denominación conjunta para ambas, lo cual no ocurre, por lo que sabemos, hasta la presente obra. La primera vez que aparece el nombre en cuestión es en un trabajo de Ota Weinberger de 1981 (*Zur Idee eines institutionalistischen Rechtspositivismus. Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Setzungspositivismus*, en: *Revue Internationale de Philosophie*, núm. 138, 1981, págs. 487-507).

El libro que analizamos se inicia con una introducción de Weinberger, tendente a presentar los «puntos de partida del Positivismo Jurídico Institucionalista», ofreciendo una visión panorámica de las líneas principales de la

(1) La versión en inglés de este libro aparece bajo el título: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, 1986.

teoría. Siguen unas breves notas de MacCormick, en las que se reconoce sustancialmente de acuerdo con la exposición de Weinberger y apunta únicamente algunos matices diferenciadores de importancia no esencial a los efectos de esta obra. Lo que viene a continuación son diez artículos, cinco de cada uno de los autores sobre temas diversos, pero a cuyo tratamiento supuestamente subyace el denominador común constituido por los postulados de la nueva teoría que da título al libro.

Aquí no vamos a proceder a un resumen lineal de estos diversos trabajos contenidos en el libro, sino que intentaremos mostrar, entresacándolo de ellos, cuál es el contenido esencial de esta supuesta teoría común del Positvismo Jurídico Institucionalista. Esta teoría pretende ocuparse ante todo de la ontología jurídica, de responder a la pregunta acerca de «la esencia del derecho y el modo de existencia de los sistemas sociales normativos» (Weinberger, pág. 12).

Se intenta superar la radical escisión entre ser y deber ser, presente en las concepciones ontológicas predominantes, esto es, el realismo jurídico, para el que el derecho no poseería ningún tipo de existencia distinta de la pura facticidad, y el normativismo, para el que la esencia de lo jurídico encarnaría en algún tipo de «entidades ideales» del reino del deber ser. Lo que los autores de esta obra pretenden desarrollar una ontología jurídica en la que las normas de derecho compatibilicen su dimensión ideal y su existencia como fenómeno social y dotado, por tanto, de realidad empírica y sometido a los consiguientes determinantes fácticos (Weinberger, 15).

El punto de arranque teórico en ambos autores se sitúa en una reinterpretación de la distinción que Searle en su obra *Actos de habla* lleva a cabo en 1969, tomándola de un artículo de Anscombe de 1958, entre hechos brutos (*brute facts, rohe Tatsachen*) y hechos institucionales (*institutional facts, institutionelle Tatsachen*). La tesis central de Weinberger y MacCormick consiste en afirmar que el derecho existe no meramente como hecho bruto, como dato puramente material, como puede existir una piedra, por ejemplo, sino como hecho institucional (así, v. gr. MacCormick, pág. 76).

¿Qué se quiere decir al definir el derecho como hecho institucional? El punto de partida tiene que ver con una determinada filosofía de la acción. Se entiende que el «mundo» en que el hombre se mueve y actúa no está constituido solamente por puros datos empíricos, sino que en la realidad hay también hechos que trascienden lo fáctico (*faktentranszendente Tatsachen*), cuyo conocimiento es esencial para la orientación práctica del hombre en el mundo, para la acción (Weinberger, 112). Pues bien, la acción humana, que en su núcleo básico descansaría en el procedimiento de informaciones (Weinberger, 246), no se podría explicar plenamente sin el tipo de informaciones prácticas, distintas de las informaciones sobre meros objetos o sucesos materiales, y que indican metas, normas de conducta preferencial, etc. Las informaciones de este tipo son informaciones socialmente institucionalizadas, por lo cual se sostiene que la acción humana sólo se puede producir y explicar en el marco de hechos institucionales, y tal es —se dice— la «tesis ontológica central» del Positvismo Jurídico Institucionalista (Weinberger, 17). Lo específico de cada institución, radicaría en la cualidad de presentar estructuras para la acción, ofreciendo el marco de posibilidades de acción y regu-

lando normativamente el comportamiento en un ámbito determinado (Weinberger, 26). El derecho no sería sino un tipo importante de hechos institucionales, es decir, de informaciones prácticas institucionalizadas y, consiguientemente, actuaría como forma específica de determinación de acciones por medio de la estructuración de instituciones (Weinberger, 16).

Conforme a lo anterior, por derechos, más aún, por derecho positivo, se entiende «la totalidad de la realidad jurídica institucionalmente existente» (Weinberger, 155), y de esa realidad, es decir, del sistema jurídico, forman parte no sólo las normas positivas generales o particulares, sino también «aquellos elementos objetivamente presentes y operantes, que pueden ser extraídos del sistema o que, como conocimientos subyacentes, pueden ser descubiertos»: principios, fines, doctrina, postulados metodológicos, etc. (Weinberger, 33, 147, 149). Toda normatividad institucional y, por tanto, también el derecho presenta una doble dimensión de su existencia, un doble tipo de realidad igualmente esencial: como esquema intelectual o entidad y como realidad social fácticamente existente, es decir, en los precisos términos alemanes de Weinberger, como *Gedanke und Realität*.

El derecho no se agota en la facticidad, con ser ésta una nota constitutiva de su esencia, sino que posee además una dimensión ideal. La norma no es meramente una realidad material que se pueda percibir sensorialmente, sino que es también idea, mas no en sentido platónico, sino en cuanto construcción intelectual objetivizada, pero que tiene su origen en la voluntad humana y no en ningún tipo de mundo ideal o conceptual autónomo. La objetivación quiere significar aquí la existencia ideal independizada de los actos psicológicos o de las determinaciones sociales que la crean.

Pero la necesaria imbricación en la esencia de la norma entre esta dimensión ideal y su dimensión fáctica hace que carezca de sentido hablar de la existencia meramente ideal de la norma. La norma como tal sólo existe cuando ese contenido ideal, intelectual, está vinculado a la esfera de la realidad material, del acontecer real determinándolo de modo efectivo. Es cierto que, en virtud de su idealidad, la norma no se agota en el acto psicológico que la crea, ni en su concreta expresión lingüística, ni en los comportamientos de los sujetos a que afecta; pero tampoco se puede entender si no es en relación con datos fácticos, como el efecto motivador sobre las conductas, la relación con organismos sociales, la vivencia psicológica del deber, la posibilidad de su expresión lingüística, etc. El derecho sería, en suma, un «sistema ideal dotado de facticidad» (Weinberger, pág. 71) y, como todo hecho institucional, sería a la vez formación normativa dotada de sentido y entidad social real (Weinberger, 143).

Tanto de la dimensión ideal como material del derecho se puede predicar existencia real, pero en un sentido diferente: mientras que en el aspecto puramente fáctico poseería existencia en el espacio y en el tiempo, en el aspecto ideal la existencia sólo se da en el tiempo (McCormick, 79-80, Weinberger, 67, 117). Esto lleva a Weinberger a relacionarlo con el «tercer mundo», de Popper, o el «ser espiritual», de N. Hartmann (p. 117).

La consecuencia que para el estudio del derecho se sigue de lo dicho es que una auténtica y completa teoría del derecho ha de abarcar tanto un estudio empírico, de carácter sociológico, como un estudio hermenéutico

de averiguación del sentido que trasciende de lo empírico. Los hechos puramente materiales se pueden describir; los hechos institucionales necesitan, además, ser comprendidos (McCormick, 137).

¿Qué requisitos normativos se precisan para que surja una institución jurídica? Según McCormick, cuando se habla de propiedad, testamento, sucesión intestada, contrato, hipoteca, etc., etc., no se están empleando meros conceptos, sino haciendo referencia a la estructura del sistema jurídico, esto es, a instituciones. De tales instituciones se puede hablar desde un punto de vista filosófico o sociológico, como corresponde a su doble dimensión como normatividad ideal y como fenómeno social. Desde el primero de los puntos de vista se puede decir que una institución existe a partir de la presencia en el sistema jurídico normativo de tres tipos de reglas relativas a tal institución: constitutivas (las que establecen qué acciones o sucesos han de darse para que un acontecimiento determinado se convierta en un caso particular de la institución —ej., para que una unión de hombre y mujer sea un caso de matrimonio), consecuenciales (las que ligan a cada caso particular de la institución determinadas consecuencias en forma de obligaciones, responsabilidades, facultades, etc.) y extintivas (las que establecen qué tipo de acciones o sucesos hacen que un caso particular de institución pierda su carácter de tal). Las mismas instituciones, como las que hace un momento ejemplificábamos, son, según McCormick, relativas en cuanto a su existencia a un sistema jurídico dado, de modo que tal existencia depende de si este sistema contiene el correspondiente conjunto de reglas constitutivas, consecuenciales y extintivas (para todo esto: McCormick, *Das Recht als institutionelle Tatsache*, págs 76-107).

La pregunta que a la vista de esto último debe plantearse es dónde encuentra su fundamento último, su apoyo primigenio, esa normatividad jurídica que es al tiempo institucional y fuente de instituciones, lo cual no es sino preguntarse, supuesta la diversidad de grados o niveles del sistema normativo, por los fundamentos últimos de las decisiones jurídicas constitucionales. A esta cuestión responde McCormick sosteniendo que las diversas respuestas que se han dado al tema, tales como la teoría de la moral institucional de Dworkin, la de la norma básica de Kelsen o la de las normas primarias y secundarias de Hart, suponen siempre un momento previo de fundamentación de la normatividad, que en estos autores se deja sin tratar. Tal fuente originaria de lo normativo vendría dada, según McCormick, por la costumbre, entendida no como mero hecho o sucesión de hechos empíricamente observables, sino como «producto de la razón práctica del hombre» aplicada para la obtención de un marco estable para la coexistencia de una comunidad, y establecedora, por tanto, de un cierto consenso básico. La organización básica del grupo social cristalizaría en algún tipo de constitución normativa básica a partir de su prefiguración en la costumbre del grupo social. Incluso a cualquier tipo de moral institucional que se quiera invocar, tal como hace Dworkin, como fuente última de la normatividad jurídica, le habrá de anteceder la práctica social como base de la existencia de sus reglas (para todo esto: McCormick, *Institutionelle Moral und die Verfassung*, págs. 202-221).

Juan Antonio GARCÍA AMADO