

## [TRADUCCIÓN CRÍTICA]

### *La existencia institucional del Derecho\**

OTA WEINBERGER  
*Karl-Franzens Universität Graz*

#### I. CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA

ABORDARÉ LA CUESTIÓN «¿Qué se entiende bajo el concepto 'existencia del Derecho'?»; un problema fundamental de la Teoría del Derecho. Considerando inadecuadas las explicaciones que se proponen como respuesta a esta cuestión presentaré otra concepción, a la que llamo explicación institucional de la existencia del Derecho. Por tanto, será mi tarea esbozar brevemente las más importantes consecuencias que esta concepción tiene para la ciencia y la metodología jurídicas. A este cuadro sobre la Jurisprudencia que —naturalmente sólo a grandes rasgos— dibujaré, se le puede subordinar la concisa definición de «el Derecho como institución y creación de valor normativos».

Nadie, efectivamente, duda de la existencia de sistemas normativos sociales y de diversidad de ordenamientos jurídicos. El año 1973, en su lección inaugural, significativamente titulada «Law as Institutional Fact», mostró Neil MacCormick de modo completo y convincente que nuestra vida cotidiana y el sentido de muchas de

\* Originalmente publicado en alemán bajo el título de «Das institutionelle Dasein des Rechts», en D. Mayer-Maly, O. Weinberger y M. Strasser (eds.), *Recht als Sinn und Institution*, en *Rechtstheorie*. Beiheft 6 (1984), pp. 245-259. Traducción de José Calvo González y María Isabel Loreca Martín de Villodres (Universidad de Málaga).

nuestras manifestaciones lingüísticas está influido por la existencia del Derecho y las instituciones jurídicas<sup>1</sup>. Por qué consideramos un problema la existencia del Derecho:

(i) El derecho es en el sentido de un deber: pero el Derecho también existe, es algo verdadero, un componente de la realidad, es decir, de la existencia. ¿Puede una entidad, que tiene carácter obligatorio, ser considerada existente, por tanto perteneciente al ser, que es un hecho?<sup>2</sup>.

(ii) A causa de nuestra experiencia sensitiva estamos acostumbrados a entender real lo existente. Ahora bien, el Derecho es un sistema de normas y un conjunto específico de conceptos. Estos conceptos pertenecen a una categoría semántica de la que se excluye una confirmación de existencia mediante la experiencia sensitiva directa. Las normas no se pueden ver, ni comprender por medio del tacto, ni percibir. Sólo se las puede comprender a partir de comunicaciones. Pero, no obstante, son algo verdadero, algo real, sin lo que la humanidad no puede conocer el cosmos, ni explicar su estructura y funcionamiento. Aquí, pues, halla su raíz nuestro problema: ¿Cómo puede esta entidad ideal de la norma jurídica no sólo llegar a ser comprendida, sino también, al mismo tiempo, ser aprehendida en tanto que hecho social?

(iii) Nuestro problema puede igualmente enunciarse a través de las dos siguientes interrogantes: ¿En qué consiste la realidad del Derecho?, y ¿cuál es el objeto de cuya existencia se habla cuando se caracteriza el ordenamiento jurídico como realidad social?

<sup>1</sup> D. N. MacCormick, *Law as Institutional Fact*. [Inaugural Lecture Number 52] University of Edinburg, 1973. En esta obra se formula con claridad y, en realidad, por primera vez, el programa del positivismo jurídico institucional que tanto su autor como yo defendemos. Implícitamente y sin utilizar esta terminología yo había expresado esencialmente las mismas ideas en el estudio «Die Norm als Gedanke und Realität», *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 20 (1970), pp. 203-216). Para el problema del positivismo jurídico institucional véase: D. N. MacCormick, O. Weinberger, *Studien zum institutionalistischen Rechtspositivismus*. Berlín: Duncker & Humblot, en preparación.

[N. de Trds.: La edición alemana apareció finalmente con el título de *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*. Berlín: Duncker & Humblot, 1985. Le han seguido versiones en lengua inglesa (*An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Reidel, 1986), italiana (*Il diritto come istituzione*, tr. M. La Torre. Milano: Giuffrè, 1990, cuyo trad. incorpora un 'Appendice' titulado «Linguaggio, norme e validità. Una prospettiva istituzionalista», pp. 360-432, y los autores, por su parte, diversas precisiones que no aparecen en las anteriores eds.) y francesa (*Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, trad. de O. Nerhot-Ph. Coppens, Bruxelles-Paris: E. Story-Scientia-LGDJ, 1992)].

<sup>2</sup> Compárese: H. Kelsen, «Was ist die Reine Rechtslehre?», en *Demokratie und Rechtsstaat*, FS para Zaccharia Giacometti, Zurich, 1953, pp. 143-161; impreso en H. Klecatsky, entre otros, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Wien a.u., 1968, pp. 611-629. «La particular relación entre la existencia natural de actos normativos correspondientes y establecedores, por un lado, y el deber de las normas jurídicas establecidas y correspondientes, constituye la realidad jurídica específica o, lo que es igual, la positividad del Derecho» (p. 615).

(iv) Se trata del mismo problema que cuando se discute el concepto de Derecho vigente. La tarea de dar una adecuada explicación conceptual del término «Derecho vigente» entraña, como se sabe, dos diferentes cuestiones:

1. ¿Qué se entiende por vigencia de un sistema jurídico?
2. ¿Cuándo rige una determinada norma jurídica como elemento de un ordenamiento jurídico legítimo?

Evidentemente, sólo cuando se aclare lo que haya de entenderse por existencia social del Derecho, entonces y sólo entonces, se podrá responder a ambas interrogantes. La abundante literatura sobre el tema «vigencia del Derecho» muestra que los filósofos del Derecho consideran la explicación de la existencia del Derecho y el hallazgo de criterios para la determinación de qué sea el Derecho vigente como problemas fundamentales muy importantes, a los que buscan solución mediante distintas teorías.

En el marco de este estudio no me parece necesario entrar en el problema de las posiciones fundamentales de la teoría del conocimiento, ocupadas de la explicación metafísica de la experiencia. Se presupone un punto de vista que podría ser denominado como realismo crítico.

En cierto modo, la teoría de los campos ópticos de los objetos de la realidad es relevante para nuestras consideraciones, particularmente como fue puesto de manifiesto en la 'ontología de la estratificación' de Hartmann o en la 'teoría de los tres mundos' de Popper<sup>3</sup>. Tampoco entraré en detalles sobre la ontología filosófica, y me limitaré a establecer únicamente una tesis, resultado de estas indagaciones: la existencia real – existencia – no corresponde sólo a los objetos materiales, sino también a entidades ideales en la medida en que, como subraya Hartmann, a éstas se les puede adjudicar coordenadas temporales, es decir, cuando se trata de existencia en el tiempo<sup>4</sup>. También querría añadir que es precisamente entonces cuando las entidades ideales pueden ser comprendidas con procesos visibles en relación a los efectos.

## II. PRINCIPALES TIPOS DE TEORÍAS SOBRE VIGENCIA JURÍDICA

Simplificando, se pueden distinguir tres tipos ideales de teorías sobre la existencia del Derecho:

1. El normativismo puro.
2. El realismo jurídico.
3. Las concepciones del Derecho natural.

<sup>3</sup> N. Hartmann, *Das Problem des geistigen Seins*. Berlin, 1933; id., *Der Aufbau der realen Welt*. Berlin, 1940; K. R. Popper, «On the Theory of the Objective Mind», en *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford 1973. [*Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, tr. C. Solís Santos. Madrid: Tecnos, 1974].

<sup>4</sup> N. Hartmann, *Das Problem des geistigen Seins*, p. 85; así como *Der Aufbau der realen Welt*, p. 62.

Según la concepción normativista hay que comprender la existencia del Derecho como existencia específica de un ordenamiento normativo, cuya razón de ser se fundamenta en su facticidad o eficacia. Estas razones se interpretan, por así decirlo, como síntomas (o bien criterios) de la existencia del Derecho; pero la esencia de la existencia del Derecho se concibe como un modo específico e ideal de existencia.

Según la concepción de las teorías realistas, la existencia del Derecho se juzga exclusivamente por el comportamiento del hombre; en consecuencia, la existencia del Derecho radica en el hecho visible de la preexistencia del aparato estatal (tribunales, autoridades, gobierno, etc.) o bien del cuerpo, es decir, todas las personas relacionales profesionalmente con el Derecho (jueces, funcionarios, abogados, jurisconsultos, etc.) y sus actividades. Algunos representantes del realismo jurídico prescinden por completo de la razón ideológico-normativa, otros, sin embargo, la tienen en cuenta como elemento de motivación y argumentación —como ideología del juez— de decisiones jurídicas.

Como el normativismo puro —por ejemplo, la doctrina de Kelsen— interpreta la existencia de las normas en cuanto existencia ideal, no la puede, verdaderamente, justificar, sino sólo suponer, por ejemplo en forma de una hipótesis normativa fundamental. Entonces, si como para Kelsen la verdadera razón de la vigencia de las normas jurídicas son sólo las normas, y no los hechos sociales<sup>5</sup>, lo visible —especialmente la

<sup>5</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960<sup>2</sup>. «Ciertamente constituye una proposición menor una parte esencial del silogismo, cuya proposición mayor es la proposición obligatoria que expresa la norma superior; hay que seguir los Mandamientos de Dios (o de su Hijo), y cuya proposición final es la proposición obligatoria que expresa la norma inferior; hay que seguir los Diez Mandamientos (o el mandamiento de amar al enemigo), y una proposición que constata el hecho de la existencia: Dios ha establecido los Diez Mandamientos (o el Hijo de Dios ha ordenado amar al enemigo). La proposición mayor y la proposición menor son ambas condiciones de la proposición final. Pero sólo la proposición mayor, que es una proposición obligatoria, es *conditio per quam* en relación a la proposición final, que también es una proposición obligatoria; esto es, la norma expresada en la proposición final. La proposición existencial como proposición menor es sólo *conditio sine qua* en relación a la proposición final; esto es: el hecho de la existencia constatado en la proposición menor no es el fundamento de la vigencia de la norma expresada en la proposición final» (p. 196).

[N. de Trads.: La versión del texto citado se corresponde en la trad. de R. J. Vernengo de igual obra y ed. al siguiente párrafo: «Con todo en el silogismo cuya premisa mayor es un enunciado deóntico que expresa la norma superior —deben obedecerse los Mandamientos de Dios (o los de su Hijo)—, y cuya conclusión la constituye el enunciado normativo que expresa la norma inferior —deben obedecerse los Diez Mandamientos (o el mandamiento de amar a los enemigos)—, el enunciado que establece una circunstancia de hecho —Dios ha dictado los Diez Mandamientos (o el Hijo de Dios ha ordenado amar a los enemigos)— constituye, como premisa menor, un miembro esencial. Premisa mayor y premisa menor son ambas condiciones de la conclusión enunciada. Pero sólo la premisa mayor, que es un enunciado deóntico, constituye una *conditio sine quam* en relación con el enunciado terminal, que también es un enunciado deóntico; vale decir, la norma enunciada en la premisa mayor es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión». H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM, 1981, pp. 201-202].

eficacia del ordenamiento normativo— realmente sólo poder ser un motivo para el presupuesto o la condición axiomática de la norma fundamental, pero los hechos sociales no se consideran fundamento empírico de la norma fundamental. Sobre esta base no se puede verificar una teoría satisfactoria de la vigencia del Derecho, pues los hechos —como también la existencia del ordenamiento jurídico— nunca se puede fundamentar en meras suposiciones.

El realismo jurídico tiende a considerar las actuaciones de la conducta de las personas, o sea, del cuerpo jurídico, como base de la existencia del Derecho. También en la concepción más atenuada de Ross las normas jurídicas son sólo relevantes en tanto que ideologías del juez<sup>6</sup>. Por ello, el concepto de fuente del derecho se define como aquello a lo que el juez recurre como elemento para razonar su decisión. Por el contrario, a mi entender, el camino correcto sería el opuesto a esta argumentación: la fuente jurídica válida sería la base de la toma de decisiones y de la argumentación<sup>7</sup>. Lo específico-normativo del Derecho no se puede reducir a un comportamiento real o (y) a pronósticos sobre un futuro comportamiento del cuerpo jurídico. De ello se deduce que el realismo jurídico no explica adecuadamente la existencia específica de las reglas sociales. Las instituciones jurídicas, así como la existencia y el comportamiento del cuerpo jurídico, son consideradas como hechos reales, aunque tales instituciones y profesiones jurídicas sólo se constituyen mediante el Derecho. Además, considero por principio equivocado relacionar exclusivamente la vida jurídica —y con ello la existencia real del Derecho— con la existencia y la actuación de los órganos estatales y del cuerpo jurídico. El Derecho es real en la vida de toda comunidad jurídica, y sólo una parte muy pequeña de la vida jurídica transcurre delante del juez.

Tanto el normativismo puro como también el realismo son doctrinas positivistas. ¿Cómo influyen supuestos del Derecho natural sobre el concepto de la existencia del Derecho? El defensor del Derecho natural presupone la existencia y el conocimiento de baremos de exactitud del Derecho, ya sea en forma de principios naturales o de valores absolutos. Por eso, su partidario interpreta la existencia del Derecho de un modo más complicado: por un lado, como dualidad de baremos de exactitud inmanentes, referentes al contenido, y de reglas normativas positivas del Derecho; por otro, como postulado con arreglo al cual el Derecho positivo tiene que ser elaborado equitativa-

<sup>6</sup> A. Ross, *On Law and Justice*. London, 1958, p. 75. «The ideology of the sources of law is the ideology which in fact animates the courts, and the doctrine of the sources of law is the doctrine concerning the way in which the judges in fact behave» (p. 76).

[N. de Trads.: A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1977: «La ideología de las fuentes del derecho es la ideología que de hecho anima a los tribunales, y la doctrina de las fuentes del derecho es la doctrina que se refiere a la manera en que los jueces efectivamente se comportan». p. 74].

<sup>7</sup> Compárese también A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik. «The Foundation of Legal Reasoning», *Rechtstheorie* 12 (1981), pp. 133-158, 257-279 y 423-448. Para la crítica del realismo jurídico y su doctrina de las fuentes del Derecho compárese O. Weinberger, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*. Berlin 1983, pp. 159-232, en esp. p. 219.

mente a través de baremos inmanentes y, por tanto, someter a prueba toda norma jurídica, producida de manera formalmente válida, para ver si se corresponde con los baremos de exactitud y para descalificarla como ínválida cuando no la supere.

Afirmar que las medidas o escalas de exactitud inmanentes son válidas es ilusorio mientras no se disponga de un método seguro para conocer los principios generales del Derecho natural. Como positivista dudo de la posibilidad de conocer baremos de exactitud inmanentes del Derecho. Pero, aun cuando se tuviera un conocimiento práctico, todavía no quedaría claro cómo llevar a cabo la purificación del Derecho sin conceder al que lo aplica una legitimación para la arbitrariedad.

¿Por qué se debería suponer que el poder judicial, y no el legislativo, conoce y aplica los baremos de exactitud? A mi entender, el Derecho natural no puede ofrecer una teoría aceptable de la vigencia del Derecho, porque al Derecho institucionalmente existente no se le puede suprimir la vigencia mediante consideraciones especulativas sin abrir las puertas de par en par a la arbitrariedad del poder judicial.

### III. LA TEORÍA INSTITUCIONAL DE LA VIGENCIA

Quiero oponer a las criticadas teorías de la vigencia la concepción institucional que enlaza con la distinción que Searle hace entre brute facts e institutional facts<sup>8</sup>. En analogía con Anscombe<sup>9</sup>, Searle ha diferenciado dos clases esencialmente distintas de hechos: hechos que pueden ser interpretados por medio de descripciones puramente físicas —que llamamos hechos brutos— y hechos institucionales, cuya existencia específica y significado se forma mediante instituciones<sup>10</sup>. Podemos adoptar este instrumental intelectual, mediante el cual se subraya la dependencia de determinados hechos de las personas, de la sociedad, de nuestras acciones así como su significación, y rentabilizarlo en la Teoría del Derecho, sobre todo, en la doctrina de la existencia del Derecho.

Quiero resaltar que Searle, entre otras cosas, emplea el concepto de hecho institucional para respaldar su muy discutida argumentación de que el deber es razonable a través del ser<sup>11</sup>. Ya se sabe que la argumentación de Searle se refiere al concepto

<sup>8</sup> D. N. MacCormik y yo hemos realizado esto al mismo tiempo, pero independientemente.

<sup>9</sup> G. E. M. Anscombe, «On Brute Facts», *Analysis*, 18, 3 (1958), pp. 69-72

<sup>10</sup> J. R. Searle, *Speech Acts. An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, p. 50. [N. de Trads.: J. R. Searle, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, tr. L. M. Valdés Villanueva, Madrid: Cátedra, 1986, p. 58]

<sup>11</sup> Compárese misma obra, pp. 75-198 [N. de Trads.: J. R. Searle, *Actos de habla*, cit., pp. 72-201]; además, su inicial trabajo sobre este tema: «How to derive ought from is», *The Philosophical Review*, 73 (1964), pp. 43-58.

[N. de Trads.: Reproducido en W. D. Hudson (ed.), *The Is-Ought Question. A collection of papers on the central problem in moral philosophy*. London: MacMilan Press, 1983<sup>2</sup>, pp. 120-134, y en versión italiana, «Come dedurre deve da è», trad. de R. Guastini, en R. Guastini (ed.) *Problemi di teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 155 ss. Vid. asimismo, O. Weinberger,

de promesa o, más exactamente, a la institución social del promising-game [prestar promesa], que se compone de (a) las estipulaciones al llevar a cabo una promesa, (b) la obligación de cumplir la promesa y (c) una serie de consecuencias (especialmente expectativas por la otra parte, o eventualmente sanciones en caso de no cumplir la promesa).

Pues bien, Searle opina que el promising-game es un puro hecho institucional que presenta junto con los actos de comunicación correspondientes –meros hechos, es decir, elementos de la existencia– una consecuencia obligatoria en el deber de cumplir la promesa.

Opino, por el contrario, que la referencia a la institución de la promesa como fundamento necesario para las consideraciones y derivaciones de la obligación de estas premisas devirtúa precisamente la demostración de Searle sobre la derivación del deber a partir de la existencia. Sólo muestra que la existencia socialmente institucionalizada del promising-game es una condición necesaria de la validez de la obligación que resulta de prestar una promesa.

El mismo Searle escribe: «Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene un(a) (sistema de) regla(s) del tipo «X cuenta como Y en el contexto C». Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas nos introduce en la hipótesis de que el hecho de que una persona haya realizado un cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional. Por lo tanto, no estamos intentando proporcionar un análisis de tales hechos en términos de hechos brutos»<sup>12</sup>.

No hay duda de que tanto las reglas constitutivas como las regulativas son proposiciones prácticas: se refieren a acciones, determinan posibilidades de actuación y suministran el carácter de acciones con sentido a ciertos actos. Estimo correcto considerar ambas, regulativas y constitutivas, como reglas normativas. Únicamente difieren por la función pragmática que como reglas normativas pueden tener.

En todo caso, cuando el promising-game está institucionalizado rigen determinadas *reglas normativas*, en particular:

- (1) Cualquier sujeto *x* puede prestar promesa a cualquier sujeto *y* cumpliéndose determinadas condiciones.
- (2) Para todo *x*, *y*, *z* es válido: cuando *x* ha prometido a *y* realizar *z*, entonces *x* tiene que realizar para *y* el rendimiento de *z*.

La existencia, es decir, la institucionalización social, de estas reglas normativas determina:

«Is and Ought Reconsidered», *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, LXX/4 (1984), pp. 474 ss., y «Nochmals: Sien und Sollen», en *Alternative Handlungstheorie. Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Georg Henrik von Wrights praktischer Philosophie*. Wien-Köln-Weimar: Böhlau Verlag, 1996, pp. 51-64].

<sup>12</sup> J. R. Searle, *Speech Acts*, p. 51. [N. de Trads.: J. R. Searle, *Actos de habla*, cit., pp. 58-59].

(i) La promesa –un tipo específico de acto lingüístico– cobra sentido; en otras palabras: el promising-game es introducido como hecho institucional –*ésta es la función constitutiva de los preceptos*– y

(ii) En virtud del precepto (2) y de las correspondientes premisas de hechos (constatan una determinada acción de prometer relativa a un rendimiento prometido) *se fundamenta una conclusión obligatoria mediante un silogismo lógico normativo*.

Si la premisa (2) no fuera válida, no se inferiría una obligación del acto de comunicación por medio del cual se presta una promesa. De prestar promesa matrimonial, promesa de contraer matrimonio (§ 45 ABGB) –lo que entonces no es una promesa en el sentido del promising-game– no se infiere una consecuencia obligatoria.

Con este planteamiento es natural que los argumentos de Searle no tengan vigencia: a saber, en el punto culminante de su deducción sitúa el precepto normativo (2). cuando éste no es condicionado, como por ejemplo en las promesas matrimoniales, no puede ser conseguida la consecuencia obligatoria

En antítesis a Searle, la teoría institucional de la vigencia afirma:

1. Las instituciones entrañan siempre informaciones prácticas, especialmente, reglas normativas.
2. La existencia corresponde entonces, y sólo entonces, a las normas cuando son elementos de instituciones sociales porque están incorporadas como informaciones prácticas en la estructura de acción de las instituciones. En este contexto también se relacionan con procesos visibles.

Eventualmente, las normas son un elemento de los hechos institucionales, incluso se puede decir: la circunstancia de que estos hechos institucionales las constituyan como reglas normativas socialmente existentes nada modifica su carácter semántico, es decir, su significado normativo. Precisamente la teoría institucional sostiene que, ciertamente, existe una separación semántica insalvable entre Ser y Deber, proposiciones enunciativas y proposiciones normativas, informaciones descriptivas e informaciones prácticas, pero al mismo tiempo opina que la existencia real corresponde a las reglas normativas y que son hechos de la vida humana, de la estructura social y base del significado de las manifestaciones y actuaciones humanas.

#### IV. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE ONTOLOGÍA, SEMÁNTICA Y LÓGICA DE LAS NORMAS

Si deseo caracterizar de una forma más inmediata la teoría institucional, tengo que comenzar con algunas observaciones sobre la ontología, semántica y lógica de las normas. El establecimiento de normas sólo es significativo cuando se dirige a sujetos

capaces de actuar<sup>13</sup>. Por ello, la esencia de las normas está definida por su papel en la determinación de actuaciones, y la ontología normativa tiene que partir de la teoría de la actuación<sup>14</sup>.

La actuación es una conducta, guiada por informaciones, de los sujetos que disponen de ciertos campos de acción. Los campos de acción son ramificaciones de trayectorias de actuaciones en posibilidades alternativas entre las que el sujeto que actúa elige de acuerdo con un proceso de transformación de la información. Las decisiones de actuar están determinadas, de una parte, por el conjunto de propósitos correspondientes al sujeto y, de otra, por informaciones normativas.

Guiar las acciones por medio de informaciones requiere diferenciar semánticamente la información en: informaciones descriptivas de los hechos (informaciones situacionales –incluso informaciones *feed-back*–, informaciones causales), e informaciones prácticas (decisorias, normativas). Este hecho es la verdadera razón para introducir una semántica diferenciada gnoseológicamente que distingue proposiciones descriptivas y prácticas (valorativas y prescriptivas) en cuanto a categorías. En esta semántica es imposible tanto deducir lógicamente proposiciones prácticas de premisas puramente descriptivas como derivar proposiciones descriptivas de aisladas premisas prácticas.

Hay que establecer la semántica de las proposiciones normativas de manera que corresponda al papel de las normas como determinantes de la acción. Estas afirmaciones semánticas proporcionan los metapostulados para la estructura de la lógica normativa. Los más importantes de estos postulados son:

- un lenguaje con dos categorías proposicionales: proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas;
- el postulado de la recíproca no derivación de existencia y deber; la relatividad sistemática de las proposiciones normativas;
- el principio de vigencia con arreglo al cual son válidas simultáneamente en cualquier sistema normativo con una norma *N* todas sus consecuencias lógicas<sup>15</sup>.

Partiendo del sistema lingüístico idóneo para expresar normas, se puede plantear la cuestión de si existe una determinada norma en este sistema lingüístico, es decir, de si

<sup>13</sup> También en el caso de personas jurídicas que no pueden actuar por sí mismas (personas jurídicas, fundaciones, *nascituri*) la normativa tiene el carácter de disposición sobre conductas que pueden llevarse a cabo por órganos o representantes de otros destinatarios frente a esas personas jurídicas.

<sup>14</sup> O. Weinberger, «Normenontologie in handlungstheoretischer Sicht». Ponencia en el Congreso de Filosofía del Derecho de La Plata, Argentina 1982.

<sup>15</sup> O. Weinberger, «Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik», en U. Klug, Th. Ramm, F. Rittner, B. Schmieder (eds.), *Gesetzgebungstheorie Juristische Logik, Zivil-und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Berlin-Heidelberg, 1978, pp. 173-190, en esp. p. 179.

es una entidad ideal lingüísticamente significativa en ese sistema lingüístico. En una lengua  $L$  existe una norma  $N$ , si ésta tiene el significado de una proposición normativa bien formada del sistema lingüístico. Los límites del lenguaje pueden ser problemáticos. Por eso son interesantes las siguientes cuestiones: ¿Tienen sentido en  $L$  series signos tales como «Es imprescindible  $p$  y  $no-p$ » [ $O(pL\rightarrow p)$ ]; o es significativo «Es indispensable que se ofrezca  $p$ » [ $OO(p)$ ]?

Sólamente a normas lingüísticamente significativas puede corresponder una existencia real. También se puede decir que las normas socialmente existentes forman una verdadera subclase de las lingüísticamente existentes. El marco lingüístico –aunque siempre necesario para poder hablar de normas con sentido– no es una verdadera limitación a la posibilidad de un establecimiento significativo de normas en la realidad social. Esto es, mediante una reorganización del sistema lingüístico pueden surgir ulteriores posibilidades de establecimientos normativos. Naturalmente, no cualquier proposición normativa bien formada lingüísticamente representa una norma razonable desde el punto de vista pragmático.

Así como hay proposiciones enunciativas no informativas (por ej. « $p \text{ } \text{Æ} \text{ } p$ ») se pueden admitir también como bien formadas proposiciones normativas sin información en el lenguaje prescriptivo, por ejemplo « $O(pv\rightarrow p)$ » [«Se ofrece que sea  $p$  y  $no-p$ »], « $(pL\rightarrow p)\rightarrow Oq$ » [«Si  $p$  y  $no-p$ , entonces debe ser  $q$ ]. La primera de estas proposiciones normativas establece, por así decirlo, una obligación sin contenido, o sea, una que no se puede infringir por puras razones lógicas. La proposición normativa estipulada establece, por lo tanto, una obligación condicionada sin sentido, porque esta obligación no puede por razones lógicas ser realizada, entonces la condición es lógicamente irrealizable.

Para poder hablar con sentido de una norma, tiene que existir la posibilidad lingüística de expresar esta norma. Pero la existencia institucional de una norma no presupone que la norma en realidad se exprese mediante una formulación lingüística.

Las relaciones lógicas entre normas y operaciones con normas existen en el ámbito de las normas (de su formulación lingüística), es decir, en el complejo ámbito de las proposiciones enunciativas y normativas.

Las relaciones lógicas son independientes de la vigencia real, o en su caso de la verdad de las premisas.

La existencia real de las normas viene dada por las relaciones reales de las normas con las personas, sus conductas y las instituciones sociales.

La tan extendida idea de que junto al reino del ser existe un reino del deber, de fines y valores, dificulta el camino hacia una concepción aceptable de la existencia del Derecho. Las informaciones prácticas se multiplican allí donde aparecen acciones, como elementos indispensables de la existencia, porque no sería posible el funcionamiento del sistema de actuación y de las instituciones sin tales informaciones. Y es que cabalmente pertenece a la esencia de las entidades ideales de la experiencia –normas, fines, valores y preferencias– ser semanticamente distintas de las proposiciones y pertenecer, sin embargo, a la realidad como elementos de hechos institucionales.

La diferenciación entre normas autónomas y heterónomas es relevante por su sentido para el carácter de la cuestión existencial de las normas. La existencia de normas autónomas consiste preceptiblemente en que juegan un determinado papel en lo que concierne al sujeto en el proceso de determinación de acciones. También aquí, pues, pueden existir, aunque no se cumplan. Es suficiente que sean elementos de deliberaciones; en ciertas circunstancias también pueden tener consecuencias en caso de incumplimiento, por ejemplo en forma de remordimientos. Hay que entender la existencia de las normas autónomas como establecimiento de un propósito normativo para la propia acción. De facto, este establecimiento también se encuentra en determinadas correlaciones con la realidad social. En cuanto al contenido, las normas autónomas también están dirigidas en general a las relaciones interpersonales, por lo menos en la medida en que pertenecen al ámbito de la moral. Parece que ciertos elementos del contenido de las normas autónomas ya están biológicamente determinados con anterioridad (por ejemplo, como consecuencias de instintos del período de lactancia). La norma autónoma también está en gran parte culturalmente determinada en su contenido, no siendo meramente expresión de la libre personalidad. A pesar del establecimiento de normas autónomas la alineación y determinación del contenido del deber autónomo es parcialmente una simple aceptación de las normas sociales<sup>16</sup>.

Las normas heterónomas como hechos sociales son elementos de hechos institucionales, son de por sí entidades ideales socialmente existentes; pero también son reales en la conciencia y en la vida de los particulares sujetos capaces de actuar. También son hechos sociológicos porque son los elementos que determinan las acciones de los individuos. No quiero, pues, dejar sin señalar las muy complejas relaciones que entre la misma existencia institucional de reglas normativas y su institucionalización social tienen lugar en el ánimo hacia su existencia como determinantes para la actuación de los sujetos particulares de la comunidad, a pesar de que no las pueda discutir en profundidad en el marco de este estudio.

Es característico de la existencia institucional de las reglas normativas el que desde el punto de vista social escasamente lleguen a cumplirse del todo alguna vez; que — como se dice— exista cierta tensión y diferencia entre lo situado en el reino del ser y del deber. También en lo relativo a la relevancia normativa y el efectivo reconocimiento de la fuerza de obligar de las normas sociales existe cierta vacilación. En ciertas circunstancias se tolera un comportamiento que difiere de la norma general. Empero, un sociólogo del Derecho tiene que determinar esta condescendencia y esta oscilante aplicación del Derecho; pero este hecho no deberá perturbar el cuadro racional de las relaciones normativas porque sólo conduciría, por decirlo así, a desenfocar los contornos. Desde luego, la imprecisión en algunos puntos no significa de ningún modo que este cuadro lógico de la realidad jurídica sea por principio inadecuado.

<sup>16</sup> Comparese H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*. K. Renghofer, R. Walter, eds., Wien 1979, pág. 74; además, O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*. Berlin, 1981, cap. V, sobre todo p. 149.

El esbozo de las ideas fundamentales de la concepción institucional del Derecho quedaría por principio incompleto de no añadir, además, algunas observaciones sobre el problema del significado de las acciones.

#### V. LAS ACCIONES SIGNIFICATIVAS Y SU DEPENDENCIA DE REGLAS NORMATIVAS

Cuando aplaudo después de una representación teatral, realizo una serie de transformaciones de estado. Mi conducta se puede describir con base a esta trayectoria de acción ciertamente como un proceso físico, pero no como una acción mía, en sí misma significativa. El proceso observado es una acción del tipo intencional –denominada «aplaudir» o «batir palmas»– precisamente porque existen reglas de conducta institucionalizadas que constituyen el acto de aplaudir como un elemento de forma de vida social.

En la práctica diaria, en la vida jurídica, en el culto religioso, en el deporte, en el juego y en otros contactos interpersonales realizamos actos que, si bien ciertamente tienen forma visible, se llevan a cabo como acciones significativas. Significado y función simbólica siempre están determinados por reglas y éstas existen sólo en virtud de sistemas institucionalizados de reglas. Las acciones significativas siempre se basan en reglas normativas.

Se saluda en una situación determinada porque, según la costumbre, se debe saludar en determinadas situaciones y bajo ciertas condiciones; por eso, y sólo por eso, un proceso puramente fáctico tiene el significado y la función de un saludo.

Se ha dicho a veces –y yo también lo he creído durante cierto tiempo– que no puede haber una violación de las normas en los juegos (fútbol, ajedrez y similares instituciones) creados por reglas constitutivas. Según esta concepción no se juega en realidad al fútbol, sino a cualquier otro juego, cuando como jugador se coge la pelota con la mano. Esta opinión es falsa. Se juega al fútbol en cuanto se entra en el juego, se tienen las posibilidades de acción establecidas por reglas y se está sujeto a las obligaciones del juego. Aquí no debe confundirnos el hecho de que tales instituciones no tengan de por sí un carácter obligatorio, sino que rigan sólo luego de entrar a tomar parte en el juego<sup>17</sup>.

Las reglas de juego son normas que constituyen campos y estructuras de significado, así como acciones significativas de una cierta clase. Las reglas de juego, igual que las normas jurídicas, se pueden cumplir o vulnerar.

Vivimos y actuamos en un espacio vital de instituciones que en parte nos son impuestas –así es sobre todo en el ordenamiento jurídico– y a las que por otro lado

<sup>17</sup> Con la indicación de que tipos de juegos como el fútbol y el ajedrez están relacionados con reglas normativas, que determinan conductas normativas, crean espacios de acción en el juego y constituyen acciones significativas en el sistema, no excluyo que también haya reglas sociales de otro tipo con significado no normativo. En este marco no puedo tratar en profundidad todo el conjunto de la formación del significado.

podemos acudir, y que únicamente nos obligan si queremos utilizarlas; por ejemplo, al decidimos a jugar un partido de fútbol y junto con otros participantes tomar parte en el juego.

La conducta no sólo es un cambio de estado en la vida social y en el Derecho, sino que es generalmente una acción significativa. Una teoría puramente transformativa y lógica de la acción —como por ejemplo la de von Wright<sup>18</sup>— no es por tanto suficiente como base de las investigaciones teórico-jurídicas. Aquí se tiene que crear una complicada semántica y hermenéutica de las acciones que esté en situación de explicar adecuadamente el problema de la acción significativa.

#### VI. ALGUNOS PROBLEMAS TEORÉTICO-JURÍDICOS A LA LUZ DEL POSITIVISMO JURÍDICO INSTITUCIONAL

Como conclusión querría hacer algunas observaciones sobre las consecuencias de la concepción institucional del Derecho para con algunos problemas fundamentales de la teoría jurídica.

Según esta concepción, la teoría jurídica tiene que ofrecer una imagen lógica y sistemática de la realidad jurídica (dogmática jurídica). La teoría institucional parte así de un logicismo normativo.

Desde este punto de vista se puede responder del modo siguiente a los problemas de vigencia del Derecho: Hay que considerar como una cuestión fáctica el que un determinado sistema normativo sea un ordenamiento jurídico vigente. La respuesta es una declaración sobre la realidad social. Ésta sólo es definible mediante la experiencia sociológica.

Esta cuestión no representa por lo común un problema actual en la práctica jurídica, porque apenas es cuestionable, por ejemplo, que entre nosotros rige el ordenamiento jurídico austriaco y no el Derecho romano. Pero existen situaciones políticas en las que esta cuestión de vigencia sí es problemática, especialmente en guerras civiles y revoluciones. Ya que determinar la vigencia de un ordenamiento jurídico como una totalidad única depende de constataciones sociológicas de hechos, no siempre es posible contestar con un estricto «sí» o «no».

Una norma fundamental no se puede introducir como una suposición libre, ni como una afirmación axiomática, sino sólo como una simple hipótesis, porque la existencia de los hechos no se puede probar únicamente a través de suposiciones o afirmaciones<sup>19</sup>. La afirmación de que el ordenamiento jurídico depende de normas fundamentales supuestas hipotéticamente y que es un ordenamiento jurídico vigente en la

<sup>18</sup> G. H. von Wright, *Norm and Action*. London 1963 y «An Essay in Deontic Logic And the General Theory of Action. With a Bibliography of Deontic and Imperative Logic», *Acta Philosophica Fennica*, 21 (1968), pp. 1-110.

<sup>19</sup> Para la cuestión de la diferencia entre suposición e hipótesis, véase Ch. Weinberger, *Zur Logik der Annahmen*. Wien 1976, p. 211.

actualidad, parece verificada empíricamente sólo cuando, mediante esta hipótesis, queda aclarada la unidad racional del ordenamiento y suficientemente justificada la facticidad del ordenamiento sociológico<sup>20</sup>.

La cuestión es si una sencilla norma, elemento de un ordenamiento jurídico vigente, puede ser enjuiciada en los ordenamientos jurídicos modernos en virtud de criterios genealógicos, es decir, según si la norma es resultado de un proceso legislativo válido.

La concepción institucional también puede dar una explicación bastante aceptable del desuso, aunque la teoría genealógica de la vigencia del Derecho en verdad excluye el desuso, porque desde su punto de vista la no aplicación de normas jurídicas válidamente creadas es simplemente ilegal.

Cuando se quiere aceptar el desuso como realidad en una concepción lógica del sistema jurídico, se tiene que constatar la no aplicación de determinadas normas jurídicas como hecho social, y reconocer este hecho –cuando se fundamenta en una *opinio iuris*– como proceso de abrogación de un derecho vigente. La *opinio iuris* tiene entonces que basarse en indicaciones sobre circunstancias extraordinarias y consideraciones valorativas jurídico-sociales.

Desde el punto de vista del institucionalismo el ordenamiento jurídico no es sólo un sistema normativo explícitamente dado y determinante del comportamiento y la función organizativa, sino también un sistema basado en fines y principios jurídicos generales sujetos al Derecho –incluso en principios institucionalizados de la metodología jurídica– en cuanto pueden ser extraídos del Derecho positivo o que están socialmente arraigados en las instituciones del Derecho.

El derecho como fenómeno social es un sistema normativo, pero no sólo éso: este sistema normativo constituye junto con las disposiciones sociales un complejo institucional de hechos; *Norma e Institución van inseparablemente unidas*.

La teoría dinámica del ordenamiento jurídico tal como fue desarrollada por la Teoría Pura del Derecho –Weyr, Merkl, Kelsen, Procházka<sup>21</sup>– también coincide con el positivismo jurídico institucional, aunque por supuesto en forma distinta. La dinámica jurídica ya no es un proceso que sólo transcurra en el ámbito de las normas jurídicas, sino un complejo proceso institucional basado en el funcionamiento combinado de normas y hechos.

El positivismo jurídico institucional suministra a la hermenéutica jurídica no solo esquemas interpretativos formales, sino que crea también una base teórica para otras

<sup>20</sup> Esta concepción de la norma fundamental naturalmente no es idéntica a la de Kelsen. Porque convierte el concepto «vigencia del ordenamiento jurídico» en un concepto sociológico.

<sup>21</sup> F. Weyr, «Die Souveränität der Rechtsordnung», en V. Klubes, O. Weinberger (eds.), *Die Brünner rechtstheoretische Schule*. Wien 1980, p. 60; A. Merkl, «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en A. Verdross (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht, FS für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*. Wien 1931, p. 252; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed.; A. Procházka, «Normative Theorie und Rechtserzeugung», en V. Klubes, O. Weinberger (eds.), *op. cit.*, pp. 304-323.

investigaciones analíticas del proceso interpretativo y comprensivo al poner de manifiesto el papel constitutivo de las instituciones y de sus reglas normativas en el establecimiento de formas significativas y la posibilidad de acciones significativas.

POSITIVISMO JURIDICO INSTITUCIONAL  
Addenda bibliográfica 1996-1998

por  
JOSÉ CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga

Se reúne aquí, continuando y extendiendo lo ya recogido por nuestra «Addenda bibliográfica 1990-1992» y 1993-1996, ambas elaboradas para *Cidhppn* (respc. núm. 17, Septiembre-1994, pp. 4254-4256, y núm. 19-20, Diciembre-1996, pp. 5275-5276), un elenco de los principales estudios relacionados con la temática y fundamentales planteamientos teóricos del Positivismo Jurídico Institucional. Se hace posible formar así, en interés a su mejor conocimiento, el más reciente panorama de su recepción crítica. A tal propósito, convendrá destacar lo siguiente:

Al retomar el hilo de lo hasta ahora aparecido se ha de registrar la aparición del primer estudio monográfico dedicado al neoinstitucionalismo jurídico en nuestra literatura científica. Realizado por F. J. Ansuategui Roig, *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista. (Una aproximación)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Edit. Dykinson, 1996. Sobre él, en recensión, J. Calvo González, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII, 1996-1997, pp. 389-394, con singular atención a concretos momentos de la acogida del neoinstitucionalismo en España.

En literatura extranjera, Peter Morton, *An Institutional Theory of Law. Keeping Law in its Place*. Oxford: Clarendon Press, 1998. De la obra, cuyo contenido general enfoca un muy abierto horizonte preocupaciones (así caps. 4 a 9) relativas a una crítica radical del sistema jurídico y a la reconstrucción de conceptos y categorías jurídicas y políticas desde planteamientos de filosofía política y jurídica, destacan a nuestro juicio los caps. 1 a 3: «Taking institutions seriously» (pp. 1-10), «Institutional forms» (pp. 11-55) y «The institutional theory of law», pp. 56-74. En ellos se recibe el aporte del trabajo conjunto de MacCormick y Weinberger *The Institutional Theory of Law* (Dordrecht: D. Reidel, 1986), si bien por volcar la referencia sociológica en estudios como los de Karl Olivecrona, *Law as Fact* (London: Humphrey Milford, 1939) Michel Mandelbaum «Societal Facts» (1955) (en Alan Ryan (ed.), *Philosophy of Social Explanation*. London: Oxford University Press, 1973), Margaret Gilbert, *On Social Facts* (Princeton NJ: Princeton University Press, 1989) o Richard W. Scott, *Institutions and Organisations* (London: Sage Publications, 1995), se diversifica tal vez en exceso el área propia de problemas más característicos del neoinstitucionalismo.

En la producción, siempre activa, de O. Weinberger señalamos *Alternative Handlungstheorie. Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Georg Henrik von Wrights praktischer Philosophie*. Wien-Köln-Weimar: Böhlau Verlag Ges. m. b. H. & Co. KG, 1996. Se trata de una recopilación de estudios que incorpora, entre otros, el titulado «Handlung und Institution» (pp. 227-256), donde incide sobre las diferencias entre el institucionalismo del antiguo (en espec. M. Hauriou, *Théorie de l'institution et de la fondation*. Paris: 'La Cité moderne et les transformations du Droit', Chaiers de la Nouvelle Journée, 4, Bloud et Gay, 1925; R. Schnur (Hrsg.), *Die Theorie der Institution*. Berlin, Dunker & Humblot, 1965) y neoinstitucionalismo. Respecto a N. MacCormick ha de reseñarse lo aparecido en *Law and Philosophy (An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy)*, 17, 3 (1998): Special Issue: 'Laws, Institutions, and Facts» en ed. de H. M. de Jong y el propio MacCormick. A su firma va compuesto el «Preface» como presentación al Symposium celebrado en la University of Twente, con ocasión de los 21 años de enseñanza de Dick W. P. Ruiter, Professor in the Faculty of Public Administration and Public Policy. Ya en el interior, Ruiter, autor de *Institutional Legal Facts. Legal Powers and Their Effects*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1993 (ver. alemana, *Institutionelle Rechtsstatsachen. Rechtlichen Ermächtigungen und ihre Wirkungen, Nomos*. Baden-Baden, 1995), se ocupa en «Structuring Legal Institutions», pp. 215-232, de la estructura de reglas constitutivas, institutivas, consecuenciales y terminativas de las instituciones jurídicas, con un análisis concreto de la regulación y validez de los tratados internacionales, entre los que concretamente se aborda el análisis de la «Vienna Convention on the Law of Treaties» de 1969 y el «Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Destruction in the Sea-bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof» de 1979 [Sea-bed Treaty]. Por su parte, Huib M. de Jong & Wouter G. Werner, «Continuity and Change in Legal Positivism» (pp. 233-250), muestran la *ILT* como transformación del positivismo kelseniano y aprovechan en el desenvolvimiento de su posición diversos planteamientos traídos de la filosofía analítica del lenguaje (speech act), de J. R. Searle, y de las propuestas organizadas desde el pragmatismo filosófico de Ch. S. Peirce. Muriel de Groot & Mirjan Oude Vrielink, «Legal Theory and Sociological Facts» (pp. 251-270), analizan la teoría de la acción de Weinberger en su vertiente instrumentalista y constitutiva, aportando diferentes reflexiones críticas en apuntes en torno a los sistemas dinámicos [Acerca de ello convendrá tener presente el trabajo de Weinberger en *Alternative Handlungstheorie*, cit., «Grundbegriffe und Grundthesen der formal-finalistischen Handlungstheorie» (pp. 103-130)]. Peter Hulsen aborda en «Back to Basics: A Theory of the Emergence of Institutional Facts» (pp. 271-299) las esferas de tipificación en la teoría y sociología del conocimiento. La oferta de trabajos concluye con la contribución de MacCormick, «Norms, Institutions, and Institutional Facts» (pp. 301-345), complementando la trilogía de reglas institutivas, consecuenciales y terminativas o extintivas al distinguirlas también como reglas de «absolute application», «stric application» y «discretionary application».

Finalmente, añadir asimismo los trabajos de D.W.P. Ruiter, «Normative and real institutions», en B. Steunenberg - F. Van Vugth (eds.), *Political Institutions and Public*

*Policy. Perspectives on European Decision Making*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 134-162, y «Legal validity qua specific mode of existence», *Law and Philosophy*, 16 (1997), pp. 479-505.