

¿Positivismo débil o exhausto?. El positivismo jurídico institucionalista de D. N. MacCormick y O. Weinberger.

Págs. 207 - 239

José Antonio Ramos Pascua
Universidad de Salamanca
ascua@gugu.usal.es

Resumen.

Se estudia aquí la teoría del Derecho neoinstitucionalista de D. N. MacCormick y O. Weinberger, autores que han intentado elaborar no hace mucho una de las últimas y más refinadas versiones del positivismo jurídico. El artículo comienza con una presentación más o menos esquemática de los elementos más característicos de tal concepción, para centrarse, seguidamente, en la determinación del alcance y autenticidad del positivismo que le atribuyen sus propios creadores. Tras analizar por separado el pensamiento de O. Weinberger y de D. N. MacCormick, se llega en ambos casos a una conclusión semejante. Las doctrinas que defienden difícilmente pueden considerarse verdaderamente positivistas. Entre otras muchas razones, porque no pueden dejar de reconocer la íntima conexión que media entre el Derecho y las convicciones ético-políticas; convicciones que en forma de principios, valores, fines, etc., forman parte del Derecho positivo. Una conexión (la conexión entre el Derecho y la moral) difícilmente compatible con tenazmente rechazada por el positivismo jurídico clásico, que tradicionalmente ha cifrado en ese rechazo el núcleo central de su doctrina.

Palabras clave:

Positivismo jurídico, neoinstitucionalismo, conexión Derecho-moral, polémica positivismo-iusnaturalismo, concepto de Derecho.

Abstract.

The article is a review about D.N. MacCormick's and O. Weinberger's neo-institutionalist theory of law, authors who had developed, not long ago, one of the latest and more acute versions of legal positivism. It starts by showing the main features of institutional positivism and then specified how far the theory could go and how authentic as positivism, according to what their creators have adjudicated to it. By analyzing separately Weinberger's and MacCormick's theories we find in both cases a similar conclusion: the doctrines which they hold could not be considered as true positivism because, among many other reasons, they can not deny the close connection between law and ethical and political convictions, convictions which, shapen by principles, values, ends, etc. are part of any positive system. Such a link (between law and morality) has been traditionally rejected by classical legal positivism, which has also considered this rejection as the core of its body.

Key words:

Juridical Positivism, neoinstitutionalism, connection Right-moral, polemic positivism-iusnaturalism, concept of Right.

1. Introducción.

El movimiento al que alude el título es quizá la más reciente versión en que se presenta el positivismo jurídico, corriente de pensamiento que, como es bien sabido, domina ampliamente el campo de la Filosofía del Derecho desde la crisis del iusnaturalismo, en el siglo XIX, hasta nuestros días; pero que desde hace ya algunos decenios sufre también una profunda crisis. Seguramente, la

aparición del positivismo jurídico institucionalista pueda entenderse como un intento de superar esa crisis. El intento de presentar una versión del iuspositivismo inmune a las críticas que afectan a otras versiones anteriores¹. ¿Lo consigue?. En parte, sí. Lo que resulta más dudoso es que lo consiga manteniéndose dentro de los límites del positivismo. Y eso es precisamente lo que intentaré esclarecer aquí.

Conviene tener presente el origen de la corriente de pensamiento que nos ocupa, porque resulta muy condicionada por la forma en que fue construida.

Cuando D. N. MacCormick y O. Weinberger, dos autores de diferente tradición cultural y sin previo conocimiento alguno de sus respectivos trabajos, advierten sorprendidos sus notables coincidencias, deciden presentarlos conjuntamente en sociedad en un mismo libro y bajo una misma denominación: “positivismo jurídico institucionalista”.

El esfuerzo por sistematizar la mancomunada doctrina se reduce prácticamente a la elaboración de sendas introducciones a las ediciones casi simultáneas en lengua alemana e inglesa del citado libro². El resultado casi inevitable de lo anterior es una doctrina o teoría del Derecho no demasiado clara, incompleta, asistemática, no siempre coherente y, desde luego, dualista. Dualista, no tanto en el sentido en que emplea el término A. Ross, para denunciar la dislocación de la visión tradicional del Derecho en un mundo de hechos empíricos y otro metaempírico de ideas eternas (aunque seguramente Ross también podría hacer esta acusación al positivismo jurídico institucionalista), cuanto en el sentido de que nunca deja de ser evidente que estamos ante dos pensamientos muy dispares, si bien con ciertas y significativas afinidades.

Quizá por todo lo anterior, la doctrina en cuestión tiende siempre a parecer al estudioso un tanto enigmática e inescrutable, o simplemente difusa. Y es lamentable que así sea, porque se advierten en ella aportaciones valiosas, análisis convincentes, y deja, en fin, vislumbrar una concepción del Derecho de notable interés y finura.

A continuación resumiré en trazos muy gruesos las líneas más generales de la doctrina, para profundizar después en los puntos concretos que más nos interesan. Aquéllos en los que se muestra su conexión o desconexión con el positivismo jurídico anterior.

2. Consideraciones generales sobre el positivismo jurídico institucionalista.

Como toda teoría del Derecho que se precie, el positivismo jurídico institucionalista trata de esclarecer el concepto de Derecho, explicar lo que el Derecho es.

Tenía ante sí dos caminos, ambos ya muy transitados. Dos concepciones del Derecho alternativas: normativismo y realismo. La primera concibe el Derecho como un conjunto de normas y la segunda como un conjunto de hechos sociales empíricamente verificables.

La nueva teoría del Derecho, el positivismo jurídico institucionalista, aspira en principio a encontrar una vía media entre las anteriores. Una doctrina que destaque como es debido el papel de las normas en el mundo del Derecho, pero sin caer en el idealismo; y que al mismo tiempo sea capaz de dar cuenta de los hechos jurídicos, sin caer en el reduccionismo facticista. Intenta, en fin, “un desarrollo del normativismo en sentido realista”.³

Se trata de un intento de síntesis, aunque naturalmente, se apresura a advertir Weinberger (como, por lo demás, suele hacerse en estos casos), no se trata del producto de un compromiso o componenda sincrética, sino del resultado de una profunda reflexión filosófica.⁴ Reflexión que conduce a una visión de las normas como ingrediente indiscutible de la realidad social.

Se parte de la evidencia de que el hombre es un ser que actúa, y cuyas actuaciones vienen determinadas por la información que posee. Dado que las normas son un tipo especial de información (información práctica), sólo se considerarán realmente existentes aquellas normas que de forma efectiva determinen el comportamiento humano. Queda así puesta de relieve la

inseparable relación que media entre normas y hechos observables de la vida social. Una relación que obligará al estudioso, si quiere dar cuenta fielmente de la realidad, a realizar indagaciones de tipo sociológico sobre las manifestaciones o reflejos sociales de las normas jurídicas.

Obviamente, se está aquí ya muy lejos de la pureza metódica kelseniana, expresamente rechazada por nuestros dos autores, al tiempo que reconocen una mayor cercanía a la metodología empleada por H. L. A. Hart, quien, como se sabe, declara en el prólogo a *El concepto de Derecho*, que su obra puede entenderse como “un ensayo de sociología descriptiva”.

Conviene profundizar algo más en la visión que de las normas y de los hechos, en cuanto elementos constitutivos de la realidad del Derecho, tiene el positivismo jurídico institucionalista.

Comencemos por los hechos. ¿Cuáles son los hechos relevantes para el Derecho? Los hechos institucionales, reflejo en el mundo de los fenómenos de la existencia real de las normas.

La noción de los hechos institucionales es una adaptación bastante libre de ideas procedentes de G. E. M. Anscombe y elaboradas después por J. R. Searle⁵. Ambos distinguían dos tipos de hechos: los hechos brutos (*brute facts*) y los hechos institucionales.

Los hechos brutos son los que no dependen de la voluntad humana ni tienen otras leyes que las de la Naturaleza, como ocurre, por ejemplo, con el hecho de que llueva o de que se produzca una explosión de gas. Mientras que los hechos institucionales son los que adquieren sentido gracias a la existencia de normas u otras convenciones, como ocurre, por ejemplo, con un contrato, un gol, o una sociedad anónima.

Esta distinción, tan elemental como importante, parece haber sido completamente ignorada por los iusfilósofos realistas, especialmente por los más radicales, que tienen una concepción unitaria de los hechos como acontecimientos empíricamente perceptibles. Una concepción que seguramente es adecuada para explicar los hechos brutos, pero totalmente inadecuada para dar cuenta de hechos institucionales, como los hechos jurídicos, cuya comprensión requiere algo más que la simple verificación empírica de meros sucesos. Exige una referencia a determinaciones normativas. Tal reduccionismo (monismo metodológico) explicaría el fracaso de las concepciones realistas del Derecho.

Como digo, para el positivismo jurídico institucionalista los hechos jurídicos, los hechos en que consiste el Derecho, son hechos institucionales, hechos configurados por las normas jurídicas. Algo así como excrecencias o encarnaciones fácticas de las regulaciones del Derecho.

Nuestros autores, N. MacCormick y O. Weinberger, no distinguen expresamente entre hecho institucional e institución. Una institución sería un hecho institucional complejo. Así pues, las instituciones sólo adquieren sentido y existencia dentro de contextos normativos que ordenan ciertas esferas de la conducta social. Son las normas jurídicas (entendidas en sentido amplio, de forma que abarquen también principios, valores, fines, etc.) las que determinan el qué, el cómo y el para qué de cada institución. O dicho de otro modo, las que conforman la estructura, las exigencias y posibilidades de comportamiento, y los objetivos de cada institución. Resulta evidente que la institución se subordina aquí a la norma. Y, por lo mismo, resulta igualmente evidente que el normativismo impera aquí sobre el realismo. Nos obliga ello a dudar de la profundidad del institucionalismo, asumido a modo de estandarte, incluso en su propia denominación, por el positivismo jurídico institucionalista. A mi juicio, es un institucionalismo muy poco radical y escasamente explotado o desarrollado. Nada que ver con las manifestaciones del viejo institucionalismo de autores tales como M. Hauriou o Santi Romano, que MacCormick y Weinberger apenas conocen, y lo poco que conocen lo rechazan o, al menos, rehusan apoyarse en ello y les sirve sólo para marcar distancias⁶.

Podría incluso sostenerse que la doctrina del positivismo jurídico institucionalista no es verdaderamente institucionalista, porque toda auténtica teoría del Derecho institucionalista tendría

lógicamente que caracterizarse por concebir el Derecho como un conjunto de instituciones, y no de normas u otros elementos. Toda auténtica teoría del Derecho institucionalista habría de concebir las instituciones, estructuras mediante las cuales la sociedad se organiza y encauza sus diversas funciones, como los elementos básicos del Derecho, como realidades previas a las normas jurídicas e independientes de ellas.

Precisamente, la principal objeción que ha recaído sobre ese punto de vista es que la institución se construye a base de normas. No puede haber organización social o función social organizada sin normas que la configuren; lo cual demuestra que el fenómeno norma es anterior al fenómeno institución⁷. Y algo parecido es lo que vienen a sostener MacCormick y Weinberger, coincidiendo así significativamente con los más certeros críticos del institucionalismo: que es el Derecho, como conjunto de normas el que dota de realidad a las instituciones y no a la inversa⁸.

Como dice M. Latorre, en este “nuevo” institucionalismo, a diferencia de lo que ocurre con los viejos, institución o hecho institucional no se contraponen a norma sino a hecho bruto⁹.

En definitiva, hay que admitir que en la concepción del Derecho examinada aquí las normas tienen más peso que los hechos. Se trata de una concepción que podemos describir, utilizando palabras de O. Weinberger, como “un normativismo sociológico y teórico-conductual” o un “normativismo en perspectiva institucional”.¹⁰

Volvamos ahora la mirada al otro ingrediente básico, el de más peso, de la teoría del Derecho que nos ocupa: las normas.

Como ya anticipamos, aquí se nos remite a una teoría general de la acción humana. Acción que, según explica sobre todo Weinberger, viene determinada por la información de la que dispone el sujeto, que puede referirse tanto a hechos brutos, a estados de cosas reales, como a hechos institucionales, configurados por normas, fines, valores, etc. En esta línea, las normas se conciben como informaciones prácticas que orientan la conducta humana. Su existencia real depende de la efectividad de esa orientación de la conducta de personas o grupos, y consiste o se traduce en la reiteración en la vida social de un determinado modelo de conducta, combinada con una experiencia o consciencia de deber; esto es, con una actitud interna de aceptación de dicho modelo de conducta como vinculante. La influencia del concepto de norma de H. L. A. Hart parece aquí evidente.

Junto a las normas, nuestros dos autores incluyen, como parte integrante del Derecho, otros elementos directivos o informaciones prácticas, tales como principios, valores, fines, preferencias, etc. Y es que, en efecto, las conductas humanas individuales y las instituciones, elementos en los que se manifiesta la existencia real del Derecho, se ven determinadas o condicionadas no sólo por normas jurídicas de comportamiento y de competencia, sino también por valores socialmente compartidos, principios morales, objetivos o políticas y, en general, por el trasfondo teleológico del sistema político-jurídico. De ahí que el positivismo jurídico institucionalista se vea obligado a incluir tales elementos en su concepción del Derecho. Cosa que le confiere una posición especial y novedosa, si se tiene en cuenta que es o pretende ser una corriente iuspositivista y además normativista, aunque con algún toque realista-institucionalista.

Nos acercamos ya con lo anterior al objeto central de nuestro trabajo, que intenta precisar el alcance y la autenticidad del positivismo en la corriente de pensamiento aquí examinada. Dada la disparidad de estilos y puntos de vista de nuestros dos autores¹¹, sin que con ello pongamos en duda la sustancial coincidencia de sus doctrinas, puede ser conveniente a fin de lograr una mayor claridad examinarlos por separado.

3. El positivismo de O. Weinberger.

¿Qué entiende Weinberger por positivismo jurídico? Lo concibe como un caudal de pensamiento integrado por diversas corrientes que no tienen demasiadas cosas en común, salvo un cierto aire de familia. Cree, a pesar de todo, posible y conveniente determinar aquello que todas las corrientes comparten. Aquello que justifica su común inclusión en la categoría general del positivismo jurídico.

Según afirma nuestro autor, el positivismo jurídico es una línea de pensamiento para la cual el Derecho es un fenómeno de la realidad social que debe comprenderse al margen del problema de la justificación de su contenido. Es decir, considera que el contenido del Derecho es algo socialmente condicionado; algo dependiente de la voluntad humana y no de principios especulativos de la razón o de una esfera de valores absolutos¹². Ciertamente, esta actitud frente al Derecho avalorativa o neutral respecto a las consideraciones valorativas, esta idea de que la identificación del Derecho es algo que debe hacerse al margen de juicios de valor, es prácticamente el único rasgo común a todas las múltiples escuelas y versiones del positivismo jurídico.

Parece obvio, sin embargo, que lo anterior resulta muy pobre como explicación de una doctrina tan ampliamente implantada en el mundo jurídico desde hace siglo y medio. Es natural, por tanto, que Weinberger intente ofrecer una concepción más desarrollada, pero, curiosamente, al hacerlo pasa casi imperceptiblemente de describir el positivismo jurídico en general a presentar su propio pensamiento positivista, el llamado positivismo jurídico institucionalista.

Comienza diciendo que el positivismo jurídico, “tal y como yo lo entiendo”¹³, concibe el Derecho como un hecho constitutivo de la realidad social, accesible a la experiencia, aunque, eso sí, a una experiencia relativa a normas. Lo concibe, pues, como un hecho institucional.

Ya instalado en los presupuestos de su propio pensamiento, Weinberger va atribuyendo al positivismo jurídico (tal y como él lo entiende) los diversos puntos de vista concretos que caracterizan al positivismo jurídico institucionalista y que con bastante frecuencia chocan frontal o parcialmente con algunas de las tesis más características del positivismo jurídico usual o clásico.

Quizá el principal presupuesto metodológico o punto de partida de Weinberger y, en su opinión, del positivismo jurídico en general sea el agnosticismo ético o práctico (lo que en inglés se conoce como no-cognitivism). Es la idea de que resulta imposible extraer de la pura razón principios de justicia. Lo anterior implica el rechazo del iusnaturalismo, que, a juicio de nuestro autor, presupone todo lo contrario. Tal rechazo es otra de las tesis básicas de todas o casi todas las corrientes positivistas.

Pero ocurre que, tanto el agnosticismo ético, que Weinberger declara profesar una y otra vez con llamativa insistencia, como su ataque al iusnaturalismo, son en realidad más débiles y matizados de lo que pueda parecer a primera vista.

Es cierto que afirma tajante y reiteradamente la inexistencia de conocimiento práctico a priori alguno, o lo que vendría a ser lo mismo, la inexistencia de conocimiento objetivo alguno del deber ser correcto o racional, la imposibilidad de justificar de forma puramente cognoscitiva los enunciados prácticos, es decir, los enunciados sobre valores, principios de justicia, etc.

Pero, por otra parte, admite como hecho antropológico indiscutible la existencia en la conciencia individual y también en la colectiva de valoraciones morales y juicios sobre lo justo que se consideran evidentes y ciertos de forma intuitiva, y que son elementos necesarios e imprescindibles de la vida humana. Aunque advierte que tales juicios y valoraciones están condicionados por la biología, por la historia, por la ideología, por la cultura, etc., y son más bien resultado de tomas de posición voluntarias que hallazgos de la razón práctica, reconoce que pueden aclararse y reconstruirse racionalmente mediante el análisis filosófico¹⁴.

Más aún, afirma que es posible partir de dichas convicciones para llegar a dar una justificación sustancial del deber ser estructurada racionalmente.¹⁵

Hay aquí un difícil equilibrio entre la idea de que lo objetivo o absolutamente justo es inaccesible a la razón y la idea de que las sinceras convicciones sobre lo justo realmente existentes en los grupos humanos están justificadas y gozan de una cierta o relativa objetividad.

En otras palabras, parece que por un lado se descarta la posibilidad de una moral crítica, objetivamente correcta, ideal o racional, al tiempo que por otro lado se acepta la existencia de una moral positiva, no como algo arbitrario y de valor sólo relativo, como parecería exigir la coherencia con la idea anterior, sino como algo racionalmente justificable por referencia a un cierto consenso moral tácito de la sociedad, a consideraciones antropológicas y humano-ecológicas, a la naturaleza de las cosas, a consideraciones de utilidad o del interés de la comunidad, etc. Estamos, pues, ante una especie de agnosticismo cognoscitivista difícilmente admisible.¹⁶

Por lo demás, son bien conocidas, y en mi opinión justificadas, las críticas que recayeron sobre H. Kelsen, agnóstico declarado en cuanto a la ética, por su ardiente defensa de la democracia. Y no es que esté mal defender la democracia. Al contrario. Pero no parece adecuado hacerlo desde el agnosticismo ético, porque, entre otras cosas, se priva así a lo defendido de todo valor objetivo; con lo cual resulta vulnerable al ataque de cualquiera que esté dispuesto a afirmar que su pálpito subjetivo respecto al valor de la democracia no se acompasa con el de Kelsen.

Pues bien, Weinberger va aún más lejos que el propio Kelsen y, tras declararse, como él, relativista ético, despliega toda una batería de exigencias materiales de justicia: democracia, tolerancia, paz, seguridad, cooperación, desarrollo de las instituciones, protección del medio ambiente, de los ideales comunitarios, de los derechos adquiridos, etc., etc. Conjunto de exigencias materiales de justicia ciertamente plausibles pero, a mi juicio, precariamente defendibles desde el agnosticismo ético.

Lo inadecuado de la actitud de Weinberger, con ese empeño por declararse, a pesar de todo, éticamente agnóstico y, por consiguiente, indiscutiblemente positivista, lo percibe incluso el mismo N. MacCormick, quien se ve obligado a matizar las afirmaciones de su compañero de viaje. Comienza admitiendo que, en su opinión como en la de Weinberger, hay exigencias de racionalidad que son aplicables tanto a los juicios prácticos como a los teóricos, aunque ciertamente la justificación completa de los juicios morales depende en último término de presuposiciones valorativas no justificables argumentativamente. ¿Esto es cognoscitvismo o agnosticismo ético? MacCormick dice no saberlo, pero termina declarando que si tal agnosticismo supone la creencia de que ningún juicio moral puede tener valor de verdad, entonces él no lo comparte.¹⁷ A mi juicio, la actitud adoptada aquí por MacCormick es más razonable, menos forzada y paradójica, que la de Weinberger.

La debilidad del agnosticismo ético de éste último se advierte también en otros de sus puntos de vista, no sólo mal armonizables con dicho agnosticismo, sino también alejados de algunas de las doctrinas más clásicas del positivismo jurídico. Me refiero concretamente a su creencia en la racionalidad o científicidad de las argumentaciones “de lege ferenda”, a su rechazo de la vieja tesis del positivismo más radical según la cual el Derecho puede tener cualquier contenido, a su idea de que el Derecho desempeña una función esencial en la vida social, y a la idea, relacionada con las anteriores, de que la estructura antropológica de la sociedad condiciona el contenido del Derecho. Más concretamente, la función que atribuye Weinberger al Derecho es la de proteger la libre personalidad moral del individuo y regular la convivencia social.¹⁸ En otro lugar añade que el Derecho debe garantizar sustancialmente la posibilidad de una vida moral justa y libre. “En eso reside la complementariedad de Derecho y moral”.¹⁹ Queda así el Derecho al servicio de la moral. Todo ello resulta muy kantiano pero muy poco positivista o al menos muy poco kelseniano, pues, como se sabe, para Kelsen el Derecho no desempeña función esencial alguna y puede ponerse al servicio de cualquier fin.

Obviamente, si a juicio de Weinberger, el Derecho tiene que cumplir la función antes apuntada, su contenido no puede ser arbitrario, sino que habrá de ser aquél que, habida cuenta de la estructura antropológica de la sociedad, haga viable el desempeño de dicha función. Este planteamiento recuerda mucho a la doctrina de Hart sobre el contenido mínimo del Derecho Natural; aunque donde Hart habla de Derecho Natural Weinberger prefiere hablar de los “caracteres definitorios del concepto de Derecho” en relación con su función social.²⁰

En general, como dije antes, la actitud de Weinberger respecto al iusnaturalismo no es de rechazo radical, como correspondería a un positivista de estricta observancia, especialmente si además profesa el agnosticismo práctico.

Es más bien una actitud conciliadora, que reconoce en el iusnaturalismo algunos aspectos positivos, como su incansable lucha por el Derecho justo, su resistencia a reducir el Derecho a la voluntad del poder político, su operatividad o fecundidad como instancia eliminadora de lagunas, etc.²¹ Si a esto se añade la necesidad, hoy ampliamente admitida, de justificar racionalmente el Derecho, se entenderá la tendencia actual, que nuestro autor advierte, a tender puentes entre un iusnaturalismo débil o matizado y un positivismo jurídico igualmente débil, moderado o refinado.²² Recapitulando: hemos visto que Weinberger se considera positivista, en primer lugar, por suscribir la tesis de las fuentes sociales del Derecho, presentando el fenómeno jurídico como un hecho social, fruto de voliciones humanas y estructuras sociales; y en segundo lugar, por su agnosticismo ético.

Pero la primera tesis no es en realidad específica o necesariamente positivista, puesto que con ciertos matices cualquiera podría suscribirla sin comprometerse por ello a aceptar el grueso de las doctrinas positivistas; y en cuanto a la segunda tesis, hemos podido comprobar que el agnosticismo ético de nuestro autor es bastante discutible.

Una tercera razón por la que se considera positivista es la de concebir el sistema jurídico como algo independiente de la moral. Rechaza, pues, expresamente la tesis de la conexión interna entre el Derecho y la moral.²³

Ciertamente, esta es seguramente la tesis central o más característica del positivismo jurídico, al menos del positivismo normativista, pero en mi opinión Weinberger no está en condiciones de defenderla, porque es incongruente con otros elementos centrales de su pensamiento. Centrémonos concretamente en su concepción de lo que cuenta como Derecho. Ya sabemos que Weinberger, como el positivismo jurídico institucionalista en general, intenta transitar por una senda intermedia entre el normativismo y el realismo, y consecuentemente rechaza, o al menos matiza, la clásica tesis normativista que concibe el Derecho como un conjunto de normas identificable en último término a partir de cierta norma básica.

También rechaza la idea más primitiva de que el Derecho es un producto de la voluntad del poder político; es decir, lo que suele conocerse como imperativismo, una de las tesis clásicas del positivismo jurídico.²⁴

En su opinión, el Derecho no es sólo un sistema dinámico de normas, sino también un hecho social que se manifiesta en determinados fenómenos observables. Subraya, por tanto, el juego combinado de las normas y los hechos en la determinación del Derecho vigente. Quiere esto decir que la delimitación de los contornos del sistema jurídico no vendría determinada exclusivamente por las propias normas jurídicas, sino también por la realidad social. Lo cual parece significar que sólo se reconocerán como vigentes las normas que gocen de existencia social, las normas relacionadas con fenómenos reales, con instituciones sociales tales como jueces, legisladores, funcionarios, etc., es decir, las normas efectivas. No es de extrañar que Weinberger termine afirmando que “los caracteres de la validez positiva son caracteres sociológicos”.²⁵

Esta concepción híbrida y, a decir verdad, poco precisa de lo que constituye Derecho vigente obliga a considerar como tal Derecho a todos aquellos elementos que, como los principios, valores, trasfondo teleológico de las instituciones, etc., de hecho operan eficazmente en la vida del Derecho, en cuanto que indudablemente se recurre a ellos en las argumentaciones de la praxis jurídica.

Es el tributo que rinde nuestro autor al aspecto realista de su pensamiento: está dispuesto a reconocer como parte integrante del Derecho, y junto a las normas jurídicas en sentido estricto, a todos aquellos elementos que de hecho intervienen en la conformación de la existencia institucional del Derecho. No se olvide que las instituciones, factores constitutivos del Derecho, tienen una importante dimensión normativa, pero también poseen dimensiones fácticas y axiológicas, y los elementos a ellas vinculados también deben considerarse Derecho positivo.

Tales elementos van desde los precedentes judiciales, la ciencia jurídica, o la metodología jurídica institucionalizada, hasta los principios, valores y fines sociales, o incluso las consideraciones “de lege ferenda” o política del Derecho, es decir, las consideraciones sobre la oportunidad y justicia del contenido del Derecho, que forman parte del mismo, según sostiene Weinberger, en la medida en que ejercen un peso indiscutible en la fundamentación o argumentación de muchas decisiones jurídicas.

Él insiste en que todos los elementos citados forman parte del Derecho positivo y no de la moral o del Derecho Natural. Se referirá seguramente a la moral crítica o racional, a una moral de validez objetiva, cuya viabilidad rechaza, pero no a la moral social. Ya R. Dworkin ha demostrado convincentemente el enraizamiento de los principios jurídicos en la moral social. Pues bien, el enraizamiento en esa misma moral de elementos tales como valores sociales o postulados de justicia comúnmente aceptados es algo tan evidente que ni siquiera necesita demostración.

Por otra parte, el propio Weinberger reconoce, como vimos antes, que es función del Derecho garantizar la posibilidad de una vida moral justa y libre. Coloca con esto al Derecho al servicio de la moral, y al hacerlo establece una estrecha y necesaria relación entre ambos órdenes. No se entiende que, admitiendo lo anterior, pueda rechazar la tesis de la conexión interna.

En otro lugar llega incluso a sostener que es compatible con el positivismo admitir que las normas jurídicas se apoyan en cierta moral, siempre que no se pretenda dar a esa moral un valor objetivo y universal.²⁶

Da la impresión, en definitiva, de que la conexión rechazada por nuestro autor es la conexión entre el Derecho y esa moral objetiva, puramente racional, inmutable y universalmente válida, cuya existencia siempre niega, y en cuya negación consiste lo que él entiende por agnosticismo ético (Non-Kognitivismus).

Sin embargo, parece que estaría dispuesto a admitir la conexión entre el Derecho y la moral social; aunque, eso sí, advirtiendo que ningún Derecho dejará de serlo por ignorar exigencias morales, es decir, por ser inicuo.

En mi opinión, no es fácil ni conveniente establecer una distinción demasiado nítida entre la moral social y la moral racional u objetivamente válida, porque parece difícil negar que desde el punto de vista de quien adopta una actitud interna hacia la moral social, aceptándola como vinculante (y este es, por definición, el punto de vista de la mayoría de la sociedad), poca diferencia puede haber entre dicha moral y la moral objetivamente válida.

Sea como fuere, lo cierto es que la tesis de la desconexión entre el Derecho y la moral, tal y como parece concebirla Weinberger, resulta bastante matizada. ¿Qué resta entonces de estrictamente positivista en su pensamiento? A mi juicio, más bien poco.

Lo sorprendente del caso es que el llamado positivismo jurídico institucionalista representa el intento de hallar una doctrina sintética respecto a las dos grandes corrientes del positivismo jurídico: la normativista y la realista o sociológica; y, paradójicamente, el resultado final, en vez de

conformar una especie de teoría del Derecho superpositivista, es algo que difícilmente puede considerarse positivismo.

Hemos podido comprobar, en efecto, cómo los elementos del pensamiento de Weinberger entresacados aquí de su obra conforman una teoría del Derecho que acepta como Derecho positivo “la totalidad de la realidad institucionalmente existente”. Consecuentemente, arrojando por la borda el dogma positivista de la clausura normativa, concibe el sistema jurídico como un sistema abierto a otros órdenes normativos, como la moral, con la consiguiente mengua del valor seguridad, el valor positivista por excelencia. El propio Weinberger reconoce ese sacrificio, pero parece darlo por bueno en aras de la verdad científica.²⁷

Todo ello, si bien puede considerarse coherente con el realismo, es difícilmente conciliable con el positivismo normativista, la corriente que ha llegado a imponerse como el positivismo jurídico por antonomasia.

Podría incluso añadirse que, seguramente, los autores realistas más estrictos tampoco aceptarían como auténticamente positivista la doctrina de Weinberger, porque sigue concediendo un lugar central a conceptos tales como los de norma o deber, que ellos considerarían residuos metafísicos sin contrapartida fáctica tangible.

En síntesis, las tesis básicas del positivismo jurídico quedan aquí tan debilitadas que apenas se pueden reconocer como tales. Por todo ello considero inadecuada la insistencia en presentar la doctrina que nos ocupa como positivista. Es cierto que procede del campo del positivismo jurídico. Es el resultado (y también resulta curioso que la propia evolución o lógica interna del positivismo jurídico conduzca fuera de él) de varias décadas de progresivo refinamiento del pensamiento positivista, y sin embargo se halla, parafraseando el título de ese artículo de Weinberger tantas veces citado “mas allá del positivismo jurídico y del Derecho Natural”.

4. La posición de D. N. MacCormick.

A diferencia de Weinberger, preocupado por trazar en síntesis los planos de un sistema completo de teoría del Derecho, MacCormick prefiere ahondar en el análisis de algunos problemas concretos de innegable trascendencia de cara a la configuración de esa teoría del Derecho que él no pretende desarrollar.

Normalmente, toma pie para sus estudios en doctrinas de la llamada Jurisprudencia analítica, corriente filosófico-jurídica británica que partiendo de la obra de J. Bentham y J. Austin culmina en nuestros días en la de H. L. A. Hart; cuyo pensamiento es precisamente uno de los puntos de referencia más constantes en la obra de nuestro autor. El propio MacCormick se considera también continuador de esa misma escuela típicamente positivista²⁸, cosa que parece ser una de las principales razones por las que concibe su propio pensamiento como positivista, aun a pesar de que muchas de sus conclusiones le apartan claramente de las tesis más características de esa corriente de pensamiento.

Trataré de demostrar, a continuación, que el positivismo de MacCormick es más genealógico que doctrinal, y que es perfectamente posible asumir los planteamientos metodológicos de la Jurisprudencia analítica sin tener que hacer por ello profesión de fe positivista.

MacCormick enumera dos postulados irrenunciables para cualquier teoría del Derecho que pretenda pasar por positivista. El primero viene a reproducir la vieja tesis de J. Austin, según la cual la existencia del Derecho es una cosa que nada tiene que ver con su mérito o demérito. MacCormick la presenta de forma algo más matizada en los siguientes términos: la existencia de las normas jurídicas no depende de que satisfagan algún deber moral universalmente válido para todos los sistemas jurídicos.²⁹

El segundo postulado, implícito en cierto modo en el anterior, hace depender la existencia del Derecho de su establecimiento o fijación mediante decisiones adoptadas en la vida social por determinadas personas. Es lo que Hart ha denominado doctrina de las fuentes sociales del Derecho³⁰. Según esta doctrina, tal y como la formula Hart, la existencia del Derecho depende de una práctica social que determine las fuentes últimas del orden jurídico, los criterios últimos de validez jurídica.

Hart reconoce que sus precursores en el movimiento de la Jurisprudencia analítica, Bentham y Austin, defendieron también una tesis semejante, pero para ellos la práctica social relevante era la obediencia habitual del pueblo a los mandatos coactivos del legislador soberano. Se identificaba así, de forma, a juicio de Hart, inaceptable, norma jurídica y mandato del soberano; de manera que la voluntad del soberano político venía a ser el criterio último de validez de las normas jurídicas.

En cualquier caso, en opinión de Hart, “hay importantes conexiones entre esta tesis de las fuentes sociales del Derecho, que considera el último criterio de validez jurídica determinado por alguna forma de práctica social, y la tesis de la separación conceptual del Derecho y la moralidad”.³¹

La peculiaridad de la posición de MacCormick, que en este punto crucial sigue de cerca el pensamiento de Hart, estriba en que cuanto más profundiza en la doctrina de las fuentes sociales del Derecho, tal y como Hart la desarrolla, más dificultades encuentra para seguir defendiendo el primer postulado positivista de la separación entre Derecho y moral³². En otras palabras, mientras que en opinión de Hart la relación entre los dos grandes postulados positivistas sería de complementariedad o apoyo recíproco, en opinión de MacCormick sería de conflicto.

Y es que, efectivamente, cuando se profundiza en determinados aspectos de la concepción del Derecho de Hart o, más precisamente, cuando se profundiza en las implicaciones de su doctrina de las fuentes sociales del Derecho, resulta difícil evitar la conclusión, conclusión que el propio Hart nunca llega a extraer, de que el orden jurídico y el moral están estrechamente relacionados.

Concretamente, MacCormick centra insistentemente su atención en la tan conocida como importante concepción hartiana del aspecto interno de las normas jurídicas. Para comprender adecuadamente las normas jurídicas, viene a decir Hart, no basta la descripción puramente externa que sólo capta regularidades de conducta. Es necesario adoptar el punto de vista interno de quienes aceptan las normas como modelos vinculantes de comportamiento.

Punto de vista que, a juicio de MacCormick, necesariamente implica o conlleva elementos volitivos fundados en determinados valores³³.

Esta verdad implícita en el pensamiento de Hart aflora con especial claridad en diversos pasajes de su obra. Por ejemplo, en su explicación de la noción de norma obligatoria, uno de cuyos requisitos es el de que la norma en cuestión se considere valiosa o importante porque se crea necesaria para la preservación de la vida social o de algún aspecto de la misma al que se atribuye gran valor³⁴. Se deduce de aquí que el grado de relevancia de las normas, dependiente de los valores que se hallen en juego, afecta a su obligatoriedad; cosa que ocurre también con las normas jurídicas, normas fundadas o enraizadas en valores, frecuentemente valores morales, y cuyo fundamento determina, al menos en parte, su obligatoriedad. Queda así puesta de relieve una necesaria compenetración entre Derecho y moral que contradice el primer postulado positivista.

Inmediatamente MacCormick matiza una conclusión tan atrevida (para un positivista) reconociendo la posibilidad de que un sistema jurídico subsista contando sólo con la adhesión de los funcionarios públicos y del pequeño grupo de los privilegiados, sin necesidad de corresponderse con las convicciones morales mayoritarias en la comunidad. “Desde el punto de vista del ciudadano, los principios de su moral pueden divergir o hasta contradecirse con los del Derecho considerado desde el punto de vista del aparato del Estado”³⁵.

Aun sin negar que pueda llegar a darse un sistema jurídico de esas características, cosa desde luego difícil, y aún más difícil que pueda subsistir durante mucho tiempo, es obvio, a mi juicio, que el grueso de los ciudadanos no tendría allí verdaderas obligaciones jurídicas, sino que, más bien, sufriría meras compulsiones coactivas.

Un sistema de opresión en el que no hay auténticos deberes jurídicos para los ciudadanos ¿se puede considerar verdadero Derecho? Sin duda le faltaría uno de sus rasgos más básicos y, en cualquier caso, en tales circunstancias ese supuesto sistema jurídico sería escasamente viable. No gozaría de la mínima estabilidad imprescindible para desempeñar la función básica de todo Derecho, que es asegurar la convivencia humana pacífica. En el mejor de los casos, si nos empeñamos en seguir hablando aquí de Derecho, sería un Derecho bastante imperfecto. Un ejemplo patológico de Derecho, que por su propia excepcionalidad sería poco significativo de lo que representa en realidad un orden jurídico.

En todo caso, como probablemente el propio MacCormick aceptaría, incluso el Derecho incuo parece estar enraizado en determinados valores y actitudes morales: los del grupo dominante; luego, la existencia de Derechos inmorales (inmorales según determinados puntos de vista morales, pero no según otros) no demuestra la independencia del Derecho respecto de la moral. Sólo demuestra la imposibilidad de fundamentar el Derecho sobre unos determinados principios morales objetiva o universalmente válidos para todos los sistemas jurídicos.

Curiosa y un tanto paradójicamente, después de haber afirmado lo anterior: la inexistencia de principios morales universalmente aplicables a todos los sistemas jurídicos, MacCormick no duda en reconocer la posibilidad y conveniencia de que el jurista ejerza respecto al Derecho una crítica moral permanente, apoyada en los principios de una moral esclarecida, que pueden no coincidir con los valores morales acogidos por el sistema jurídico en cuestión³⁶.

Más adelante reconoce también que el legislador no puede determinar libremente el contenido del Derecho imponiendo como jurídicamente obligatorio cualquier capricho suyo, al margen de todo juicio de valor racional. El legislador estaría traicionando la relación de confianza que le une a sus conciudadanos si no apoyara sus decisiones en los valores morales sinceramente aceptados por el grupo. “Tras el reproche que dirigimos al legislador injusto está quizá la idea de que una ley injusta es una corrupción de la legalidad”³⁷. Es evidente, y el propio MacCormick no deja de admitirlo, que con lo anterior se aproxima peligrosamente (para un positivista) a las posiciones del iusnaturalismo. No puede evitar, en fin, la conclusión de que hoy no se puede trazar una frontera de nítida separación entre iusnaturalismo y positivismo, y de que las versiones matizadas de ambas corrientes de pensamiento, que antes se consideraban irreductiblemente antagónicas, llegan hoy a conclusiones similares³⁸.

En otros trabajos y al hilo del análisis de otras cuestiones, llega MacCormick a resultados semejantes a los apuntados antes. Llega a reconocer la íntima conexión que media entre el Derecho y las convicciones ético-políticas dominantes en la sociedad; convicciones que, en forma de principios, valores, fines, etc., forman parte, junto con las normas jurídicas en sentido estricto, del Derecho positivo.

Así, por ejemplo, en un artículo dedicado al estudio de la congruencia en la justificación jurídica, sostiene la necesidad de que cualquier sistema de normas, y por tanto también cualquier sistema jurídico, sea congruente. Será congruente si todas sus normas están al servicio de unos mismos principios, valores y fines, más o menos coherentes y jerárquicamente estructurados.

Ciertamente, sería caótico un sistema cuyas normas estuvieran al servicio de principios o valores incompatibles entre sí. Pero, además de coherencia y ordenación jerárquica, exige MacCormick que ese cuerpo de valores, principios y fines exprese en su conjunto una forma satisfactoria de vida. Literalmente afirma que “la congruencia de un conjunto de normas depende de su justificabilidad

según principios y valores de grado superior (...), en tanto que, considerados en su conjunto, parezcan aceptables en cuanto configuren una forma satisfactoria de vida”³⁹. Aquí reconoce MacCormick, por un lado, la pertenencia al Derecho, y pertenencia operativa, de los principios, valores y fines que dan sentido a sus normas; y por otro lado, la incrustación de tales elementos en la moral, puesto que deben ser capaces de conformar una forma de vida buena.

En otro lugar, examinando el pensamiento de R. Dworkin, llega a reconocer que la moral institucional, la moral implícita en las instituciones jurídico-políticas de una sociedad, desempeña un papel muy importante en la resolución de los casos controvertidos relacionados con el Derecho constitucional; porque el Derecho constitucional está enraizado en o comprometido con una concepción del Estado constitucional como institución que aspira a ser una instancia u orden moral⁴⁰.

No es de extrañar que J. Austin considerara al Derecho constitucional como una suerte de moral positiva. Nuestro autor cree, por el contrario, que es verdadero Derecho, puesto que, entre otras cosas, aporta las normas que identifican a la autoridad legislativa. Esas normas que aportan los criterios últimos de validez del sistema, lo que Hart expresa en su noción de regla de reconocimiento, las concibe MacCormick como costumbres constituidas mediante juicios prácticos ampliamente compartidos sobre la necesidad de asegurar un marco estable y ordenado para el desarrollo de la convivencia humana, distribuyendo el poder político, las facultades legislativas, judiciales, administrativas, etc.

Pero además, esa costumbre, razón práctica compartida, tiende a establecer también “los principios según los cuales debemos conducir nuestra vida y en cuya respetuosa observancia debemos ser gobernados por aquellos que desempeñan competencias constitucionalmente legítimas”⁴¹.

En definitiva, para MacCormick lo que está detrás del Derecho constitucional, detrás de la regla de reconocimiento o lo que él prefiere concebir como costumbres constitucionales, es la razón práctica colectiva, la moral institucional de la que habla Dworkin, las convicciones ético-políticas básicas que comparte la mayoría de la sociedad y sobre las que se asienta su organización jurídico-política.

Termina MacCormick llegando a la conclusión de que no bastan los “análisis iuspositivistas” de las normas jurídicas constitucionales positivas, puesto que no agotan el Derecho constitucional. También debe tomarse en consideración, como parte integrante del Derecho, la llamada moral institucional o razón práctica colectiva que sirve de base al orden jurídico.

Pero sería igualmente erróneo limitar la atención exclusivamente a esas convicciones ético-políticas colectivas, como si en ellas se contuviera todo el Derecho, con el consiguiente abandono de la investigación analítica iuspositivista de las normas jurídicas positivas⁴².

Parece que nuestro autor intenta llegar aquí a una especie de síntesis o compromiso entre positivismo y iusnaturalismo (o quizá mejor entre Hart y Dworkin). Pero incurre en el error de suponer que el análisis de las normas jurídicas positivas necesariamente ha de ser iuspositivista. Lo que sería positivista, en todo caso, es limitar el análisis a las normas positivas excluyendo cualquier otra consideración. En otras palabras: un análisis de las normas jurídicas positivas, combinado o complementado con la necesaria atención a la moral institucional que las envuelve, sería, a mi entender, un análisis “no positivista” más bien que la suma de análisis positivista y análisis iusnaturalista.

En general, MacCormick parece presuponer que la teoría analítica del Derecho, especialmente en la versión que de la misma representa la escuela de la Jurisprudencia analítica británica, necesariamente ha de ser positivista. Pero se trata de un prejuicio infundado. El mismo reconoce que gracias a la obra de Hart la Jurisprudencia analítica se ha visto enriquecida con la posibilidad de hacer uso del punto de vista hermenéutico, el punto de vista de quien describe una realidad dando cuenta del sentido que tiene para quienes participan en ella⁴³. Eso permite, obliga más bien,

a dar cuenta satisfactoriamente desde la Jurisprudencia analítica de la conexión que existe entre el Derecho y las convicciones ético-políticas del grupo social en el que rige. Y sin embargo esa conexión es algo que el positivismo tiende a ignorar (recuérdese el primer postulado positivista antes apuntado). Luego, la Jurisprudencia analítica no está abocada necesariamente a ser positivista.

No es incompatible, en suma, continuar el tipo de análisis característico de la Jurisprudencia analítica y desmarcarse de la vieja adscripción al positivismo jurídico. De hecho, como ha quedado aquí suficientemente apuntado, la doctrina primera y principal del positivismo jurídico, la tesis de la independencia entre Derecho y moral, ha sido puesta en tela de juicio por MacCormick de forma convincente y desde diferentes ángulos⁴⁴.

Por todo ello su teoría del Derecho, y esto se ve más claramente aún en su versión que en la de Weinberger, no se puede considerar positivista y es a mi juicio un grave error haber escogido para ella la denominación de “positivismo jurídico institucionalista”⁴⁵. Es un rótulo que induce a confusión y limita el verdadero alcance del movimiento que designa, pues justamente los aspectos de más calado e interés del mismo, radican en lo que supone de refutación de los defectos más consustanciales con el positivismo jurídico anterior y en lo que implica de apertura de nuevos horizontes en la evolución del pensamiento jurídico, superando definitivamente la vieja y estéril dicotomía iusnaturalismo-iuspositivismo.

Es cierto que las doctrinas de MacCormick y Weinberger proceden del seno del positivismo jurídico y se pueden considerar, desde este punto de vista “genético”, sus últimos desarrollos. Pero aunque su punto de partida es positivista, su punto de llegada no lo es. En realidad, ya Hart con su posición cuidadosamente aquilatada y matizada había presentado una versión “débil” de la doctrina positivista; había cedido todo lo que se podía ceder sin que declararse todavía positivista dejara de tener buen sentido. Pero MacCormick y Weinberger van aún más allá. Para decirlo plásticamente: Hart ya situó al positivismo jurídico al borde del abismo; MacCormick y Weinberger le hacen dar un pasito más.

6 Son muchos los que han advertido la divergencia y recíproca extrañeza entre positivismo jurídico institucionalista e institucionalismo clásico. Cfr., entre otros, Calvo González, J. “Institución jurídica y positivismo jurídico institucional”, en *Racionalidad e irracionalidad en la política y el Derecho*, ed. Por E. Martínez Díaz de Guereñu, Bilbao, Univ. de Deusto, 1999, pp.49 ss. Ansuategui Roig, F.J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una Aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996, confronta con cierto detenimiento las doctrinas de ambos institucionalistas llegando a una conclusión semejante. Termina, además, afirmando que MacCormick y Weinberger no consiguen precisar suficientemente el concepto de institución (p.167).

5 Vid. G.E.M. Anscombe, “On Brute Facts” en *Analysis*, vol. VXIII, 1958, pp. 69-72 y J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, Camb. Univ. Press, 1969, esp. pp. 50-53.

3 Cfr. la introducción de D. N. MacCormick y O. Weinberger a *Il diritto come istituzione*, op. cit. p. 9 (esta traducción reproduce la introducción a la edición inglesa de la obra).

4 Cfr. O. Weinberger, introducción a *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, op. cit., pp.14-15.

1 Me refiero, sobre todo, a las críticas vertidas por R. Dworkin, especialmente en *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, contra el pensamiento de H.L.A. Hart. También puede pensarse en las críticas que desde diversos frentes ha recibido la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen. Precisamente son las obras de Hart y de Kelsen el punto de arranque de MacCormick y de Weinberger, respectivamente.

2 D.N. MacCormick y O. Weinberger, *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, Dunker & Humblot, 1985; *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Reidel, 1986. La edición alemana se inicia con una amplia introducción a cargo de O. Weinberger, seguida por una apostilla de N. MacCormick, en la que muestra su desacuerdo con algunas de las tesis de Weinberger. La edición inglesa, sin embargo, aparece encabezada por una introducción conjunta de ambos autores bastante distinta de la anterior, aunque más por cuestión de estilo que de contenido. Existe además una traducción del libro al francés, que reproduce básicamente la versión inglesa, y otra al italiano, corregida y aumentada, que contiene dos artículos no recogidos en las ediciones anteriores: *Il diritto come istituzione*, a cura di M. Latorre, Milano, Giuffrè, 1990.

7 Cfr., entre otros N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*. Bogotá, Temis, 1987, pp. 10-13.

8 Cfr., la introducción de ambos a *Il diritto come istituzione*, op.cit., pp. 34 ss.

9 Cfr., M. Latorre, Recensión al libro de O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart, Steiner, 1987, en *Rechtstheorie*, vol. 20, 1989, p.550.

10 Cfr., su introducción a *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, op.cit., pp. 19 y 53, respectivamente.

11 Entre quienes destacan los diferentes intereses teóricos de MacCormick y Weinberger cabe citar a M. A. Barrere Unzueta, “Neoinstitutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology”, en *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, p.355.

12 Cfr., su introducción a *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, op. cit., p.41.

14 Cfr., O. Weinberger, “Analytisch-dialektische Gerechtigkeitstheorie. Skizze einer handlungstheoretischen und non kognitivistischen Gerechtigkeitslehre” en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., p. 195.

15 Ibid., p.188.

16 Como expresión ejemplificadora del “agnosticismo cognoscitivista” de Weinberger hay que entender su desconcertante afirmación de que no se puede saber lo que es justo pero sí lo que es injusto. Cfr., p.e., “Die Conditio humana und das ideal der Gerechtigkeit”, en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., pp.243-4, y “Política del diritto e istituzioni”, en *Il diritto come istituzione*, loc. cit., p. 331. Este artículo no aparece en las versiones en lengua alemana e inglesa del citado libro.

17 Cfr., D.N. MacCormick, “Ein Postskriptum zu Weinbergers Einleitung”, en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., pp.57-8.

18 Cfr., O. Weinberger, “Analytisch-dialektische Gerechtigkeitstheorie...”, op.cit., p.193.

19 Ibid.

20 Cfr., O. Weinberger, “Jenseits von Positivismus und Naturrecht”, en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc.cit., p. 148.

21 Ibid., pp. 149 y ss.

22 Cfr., O. Weinberger, “Política del diritto e istituzioni”, op.cit., pp.328-9. El propio Weinberger se muestra receptivo respecto a las versiones débiles del iusnaturalismo en su Introducción a *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc.cit., pp. 43-4. Vid. también al respecto “Über schwache Naturrechtslehren”, en *Ius humanitatis. Festschrift für A. Verdross zum 90. Geburtstag*, Berlin, 1980, pp. 321-39.

23 Cfr., p.e., su introducción a *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., p.50.

24 Esta viene a ser una de las cinco tesis que H.L.A. Hart considera más característicamente positivistas. Cfr., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 57.

25 Cfr., O. Weinberger, “Die Norm als Gedanke und Realität”, en *Grundlagen des Instit. Rechtsp.*, loc. cit., p.74. En la introducción a esa misma obra (p.54) afirma que si bien el positivismo jurídico institucionalista explica la validez del Derecho a través de las relaciones de las normas con

fenómenos observables en la sociedad, no olvida que la respuesta a la pregunta por el Derecho válido depende de relaciones “tipo árbol genealógico” y también del resultado del análisis hermenéutico. En “Soziologie und normative Institutionentheorie. Überlegungen zu Helmut Schelskys Institutionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionenontologie”, en *Recht und Institution*, Berlin, 1985, p.192, afirma que la validez de una norma jurídica “se apoya sobre la fusión esencial de norma y realidad que tiene lugar en la institución”.

26 Cfr., O. Weinberger, “Jenseits von Positivismus und Naturrecht”, op.cit., p.151.

27 Ibid., p. 147.

28 Así lo declara, por ejemplo, en su libro H.L.A. Hart, London, Edward Arnold, 1981, p.7.

29 Cfr., D.N. MacCormick, “Recht, Moral und Positivismus”, en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., p. 158. Nótese que con esta formulación no se excluye la posibilidad de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral social. Se excluye sólo la conexión entre el Derecho y una moral unversalmente válida.

30 Cfr., H.L.A. Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. por L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, en *Sistema*, vol. 36, 1980, p.5.

31 Ibid.

32 Cfr., D.N. MacCormick, “Recht, Moral und Positivismus”, op.cit., p. 160: “la dificultad estriba en que cuanto más se empeña uno en avanzar en la senda indicada por Hart en su libro *The Concept of Law*, más incómodo resulta el primer principio, el de la independencia del Derecho positivo respecto de la moral”.

33 Ibid., pp.162-3. Defiende la misma tesis en “On the internal Aspect of Norms”, en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Osford, Clarendon Press, 1978, pp. 275-92, y en H.L.A. Hart, op. cit., pp.33 ss.

34 Cfr., H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p.108.

35 Cfr., D.N. MacCormick, “Recht, Moral und Positivismus”, op.cit., p. 171.

36 Ibid.

37 Ibid., p. 174. No hace falta advertir que aquí parafrasea MacCormick la conocida cita de Sto. Tomás de Aquino, que declara “legis corruptio” toda ley contraria a la natural.

38 Ibid., pp. 174-5.

39 Cfr., D.N. MacCormick, “La congruenza nella giustificazione giuridica”, en *Il Diritto come istituzione*, loc. cit., p. 341 (este artículo no figura en las versiones alemana e inglesa del libro básico del P. J. I.). Algo parecido había sostenido en “The Requirerment of ‘coherence’: principles and analogies”, en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 152-94. En “Das Recht als institutionelle Tatsache”, en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*, loc. cit., pp. 105-6, afirma, en una línea semejante, que la presencia de los principios en el Derecho, cuya aceptación en la argumentación jurídica garantizaría la necesaria flexibilidad del orden jurídico (ya no sólo interesa el valor positivista por excelencia: la seguridad), genera una forma particular de conexión racional entre las normas, una unidad coherente, en cuanto que dichos principios expresan los fines que subyacen a las mismas. Y, por cierto, una de las condiciones que señala MacCormick para que pueda afirmarse la vigencia de un principio en un determinado orden jurídico es que el fin expresado por el principio sea considerado digno de ser perseguido por las personas que tienen la misión de mantener en funcionamiento el sistema jurídico. También apunta ideas similares en “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, ed. Por J.R. de Páramo y J. Betegón, Barcelona, Ariel, 1990, esp. pp. 20 y ss. (También incluido en *Grundlagen des Inst. Rechtsp.*).

40 Cfr., D. N. MacCormick “Institutionelle Moral und die Verfassung”, en Grundlagen des Inst. Rechtsp. , loc.cit., p. 212.

41 Ibid., p.221.

42 Ibid.

44 En su libro H.L.A. Hart, op.cit. pp.160-1, declara MacCormick expresamente su desacuerdo con la tesis de Hart de que la relación que media entre el Derecho y la moral es meramente contingente.

45 De la misma opinión es J. Calvo González, “Institución jurídica y positivismo jurídico institucional”, op.cit., p.56, quien considera más apropiada la denominación de “normativismo jurídico institucional”. Por el contrario, F.J. Ansuategui Roig, El positivismo jurídico neoinstitucionalista, op.cit. p. 71, insiste en que el positivismo constituye “un rasgo que caracteriza necesaria y definitivamente al PJN”. A pesar de tan rotunda afirmación no puede evitar más adelante algunas vacilaciones: “Desde determinadas perspectivas puede pensarse que a la vista de la amplia concepción del Derecho mantenida por el PJN éste difícilmente puede ser considerado positivista” (p.81); y en todo caso, reconoce que estamos ante un positivismo jurídico débil o flexible. Con todo, Ansuategui intenta siempre salvar la compatibilidad del movimiento que estudia con el positivismo jurídico. Así, por ejemplo, en relación con la tesis de que el Derecho no puede tener cualquier contenido, Ansuategui señala que es compatible con el positivismo, siempre que se entienda en el sentido de que el Derecho no puede tener cualquier contenido porque sus normas superiores determinan el contenido de las inferiores. Sin embargo, a mi juicio, no es ese el sentido que tiene dicha tesis en la obra de MacCormick y Weinberger.

13 Emplea esta significava cláusula (“così come io lo intendo”) varias veces en “Al di là del positivismo giuridico e del giusnaturalismo”, en Il diritto come istituzione, loc. cit., pp. 145 y 147, lo cual es indicio de su consciencia de referirse a una visión personal del positivismo jurídico: su propia teoría del Derecho. Curiosamente, en el texto original alemán no aparece tal cautela. Weinberger la añadió posteriormente en la versión italiana, corregida y aumentada respecto de la original.

43 Cfr., por ejemplo, D.N. MacCormick, “Über analytische Jurisprudenz”, en Grundlagen des Inst Rechtsp, loc.cit., pp. 134 ss.