

ONTOLOGÍA Y DERECHO. “EXISTENCIALISMO” E INSTITUCIONALISMO*

ONTOLOGY AND LAW. “EXISTENTIALISM” AND INSTITUTIONALISM

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

Fecha de recepción: 21-11-14

Fecha de aceptación: 24-12-14

Resumen: *La teoría analítica del derecho ha sido hostil durante mucho tiempo a cualquier intento de definición “realista” del derecho. La acusación de “esencialismo” era la más terrible y temida; la que más marcaba como insuficiente una perspectiva. Sin embargo, como repite Alexy, refiriéndose a Kant, la definición es la representación apropiada de su objeto, de manera que parece tener inevitablemente un carácter “realista”. El nominalismo no se refiere a conceptos que quieren ser “verdaderos” o “apropiados”. De manera que, por ejemplo, Joseph Raz rechaza la idea hartiana, de derivación wittgensteiniana, de los conceptos como “semejanzas de familias”, y asume una posición fuertemente esencialista. Lo mismo hace John Finnis, y toda la discusión sobre positivismo inclusivo o exclusivo. El precio de tal desarrollo es el abandono del punto de vista interno; un precio demasiado alto, ya que olvida el carácter de práctica participativa del derecho mismo. El neoinstitucionalismo podría ser una salida a la alternativa entre nominalismo y esencialismo, ya que reinterpreta el concepto de derecho, no como “esencia” sino como “existencia”, espacio de acción abierto por normas y completado por conductas variables.*

Abstract: *The analytical theory of law has long been hostile to any attempt to “realistic” definition of law. The charge of “essentialism” was the most terrible and feared; the one that marked more a perspective as insufficient. However, as repeated Alexy, referring to Kant, the definition is the appropriate representation of its object, so it seems inevitably to have a “realistic” character. Nominalism does not refer to concepts wanting to be “true” or “appropriate”. So, for example,*

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig. Revisada por el autor.

Joseph Raz rejects the Hartian idea, derived from Wittgenstein, of concepts as “family resemblances” and takes a strongly essentialist position. So does John Finnis, and any discussion of inclusive or exclusive positivism. The price of such development is the abandonment of the internal point of view; too high price as it forgets the character of participatory practice of law itself. Neoinstitutionalism could be a solution to the choice between essentialism and nominalism as reinterprets the concept of law, not as “essence” but as “existence”, as action space open by standards and completed by variable behaviors.

Palabras clave: ontología, existencialismo, esencialismo, nominalismo, neoinstitucionalismo, significado.

Keywords: ontology, existentialism, essentialism, nominalism, neoinstitutionalism, meaning.

I

Imaginemos que un marciano, o el habitante de un planeta hasta ahora desconocido, dotado de facultades perceptivas o sensoriales e intelectuales similares a las del ser humano, se presente en la Tierra y comience a ser instruido sobre lo que es la vida del hombre, hasta ese momento totalmente desconocida para él. Imaginemos que se le habla del “derecho”, y que el “marciano” pregunta qué es. ¿Cómo le responderemos?¹

Podríamos emplear la estrategia que Gilbert Ryle² utiliza para explicar al mismo marciano qué es la universidad, mostrándole los lugares de la propia universidad. Así, podríamos hacerle visitar diversos ámbitos en los que se desarrolla una actividad jurídica, la sala de un tribunal, un registro, el despacho de un abogado, un parlamento, una cárcel. Pero el marciano aún nos podría preguntar si aquellas “paredes” y aquellas “sillas”, el estrado de un juez, o las “rejas” de los imputados, son precisamente el derecho. Y nos encontraríamos con dificultades para responderle afirmativamente.

O bien podríamos mostrarle, en vez de “cosas”, u “objetos”, o lugares y espacios específicos, ciertos acontecimientos, actos, por ejemplo una carga policial contra los manifestantes, o el arresto de un imputado, o el desahucio de un inquilino moroso, o más dramáticamente la ejecución pública de

¹ Vid. S. D. SMITH, *Law's Quandary*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2007, pp. 41 y ss.

² Vid. G. RYLE, *The Concept of Mind*, Penguin, London 1983, pp. 17-18.

un condenado a muerte. Son todos "acontecimientos" que podríamos calificar como "jurídicos", que manifiestan el derecho, que lo hacen palpable y visible. Pero el "derecho", a su vez, ¿en qué sentido se manifiesta en esos acontecimientos? Y, ¿qué se manifiesta en ellos como derecho? ¿Cómo definirlo prescindiendo de aquellos acontecimientos que son cualificados por él? ¿Cuál es su "sentido"?

Si buscamos su "sentido", podemos creer que se encuentra en un "significado" lingüístico o en una suma de ellos. Podremos entonces, a nuestro marciano, con el fin de mostrarle el derecho, indicarle y leerle ciertos "textos". Podremos recomendarle un texto escrito, un código, o una "ley", y reenviarlo a lo que ellos significan. ¿El derecho es entonces –podrá preguntarnos– una entidad lingüística? ¿Y cómo se relaciona ésta con las "cosas" que hemos visto antes y con los "lugares" que hemos visitado anteriormente, entidades que no son lingüísticas?

Podremos entonces intentar encontrar un "objeto" que de forma paradigmática ilustre y señale lo que es el derecho. ¿Una silla eléctrica?, ¿Una toga de abogado?, ¿Las esposas de un policía? ¿Es posible encontrar una "cosa" hecha de derecho, que resuma la noción de derecho?

Podremos intentar referirnos a los "sujetos" en los cuales o mediante los cuales el derecho se expresa o "habla". Podremos mostrar a nuestro amigo extraterrestre ciertos seres humanos que se ocupan del derecho, jueces, abogados, registradores, notarios, oficiales judiciales, policías, alguaciles. ¿Ellos son el derecho? Un juez, ¿es el derecho siempre o sólo cuando actúa como juez? ¿Actuará como juez probablemente sólo cuando en él se manifiesta el derecho o éste está vinculado a sus acciones de un modo específico? ¿Lo mismo vale también para un abogado? ¿Y qué distingue al sujeto humano que hace de juez de aquel que no lo es, cuando se trata de una misma persona por ejemplo?

Aquí podemos decir a nuestro huésped que el derecho en realidad tiene que ver con ciertos ideales, con una idea sobre cómo debe ser el mundo, y que esta idea es buena, y como tal es considerada "justicia", y a ella deben conducirse la conducta del juez (¿y la del abogado?). El derecho es la aplicación concreta (¿coactiva?) de ciertos principios morales, criterios sobre cómo deban ser los comportamientos de unos hombres con otros. Pero, ¿dónde encontrar estos valores e ideales? ¿Dónde "están"? –nos pregunta nuestro amigo–. Y nuevamente tenemos un problema. No estamos en condiciones de hacérselos ver como imágenes o cosas y tampoco de hacérselos leer en cier-

tos textos. Son encontrados, o intuitos, o de manera más simple algunos, incluso muchos, sostienen que se trata de nuestros sentimientos o emociones. Otros hablan de una fantasía. Pero, ¿cómo pueden las fantasías conducir a la construcción de un palacio de justicia? ¿O justificar la condena a muerte de un ser humano? ¿O más bien se trata todo de una locura, de una fantasmagoría del género humano? ¿Un sueño del que lo mejor sería despertar?

Por tanto, buscando el “ser” del derecho, para mostrarlo a quien no sabe nada, podemos referirnos a: (a) ciertos sujetos; (b) ciertos objetos; (c), ciertos textos y “significados”; (d) ciertos hechos o acontecimientos, o aún (e) a ciertas ideas o principios; y en fin, a (f) fantasías, si no incluso alucinaciones. Se trata de una serie de “entidades” muy diversa, y difícilmente reconducible a la unidad. ¿Qué hacer entonces para satisfacer la curiosidad de nuestro marciano? ¿Qué “ser” es aquello que es el derecho, siempre que éste sea algo que en realidad exista verdaderamente? Quizás, en este punto, no nos queda más que decirle algo más sobre lo que ha sido discutido a lo largo de los siglos como la teoría –por así decirlo– del mobiliario del mundo, la “ontología”.

II

Ahora bien, “ontología” es un término en cierto sentido comprometido en la historia de la filosofía. Nos recuerda las grandes y pesadas construcciones metafísicas de Platón, y de Aristóteles, de Tomás de Aquino y de la Escolástica, construcciones que en un cierto punto de su recorrido la filosofía moderna ha encontrado cerrándoles el camino y de las que se ha tenido que desembarazar. De manera que frente a la “ontología” se termina prefiriendo la “gnoseología”, frente a la teoría del “Ser”, que aparece pretenciosa (ya que tiene la pretensión de llegar a explicarnos hasta el último recoveco de la realidad), se prefiere la teoría del conocimiento, más modesta, que pretende sólo explicarnos cómo conocemos las cosas, más allá de resolver la cuestión de si tal conocimiento es completo y del todo satisfactorio.

Con la “modernidad”, la filosofía, pasa de mirar a la realidad externa, del ser de las cosas como son, a convertirse en consideración atenta de la realidad interna al sujeto, o estudio del ser de las cosas como se nos aparecen. La filosofía se hace autobiografía del sujeto cognoscente, y renuncia a ser la narración del ser trascendente al sujeto. Lo cual es también el modo y la estrategia vencedora para superar de una vez por todas el desafío del escéptico, que nos dice que no podemos conocer nada del ser de las cosas como

son. Y por tanto no podemos conocer en realidad nada, en su opinión. No hay justificación para ninguna verdad. La vía de salida de este punto parece que sea volver la mirada de las cosas, de aquello que me rodea, a mí, al sí, a la subjetividad, y encontrar aquí una certeza, de la que partir, prudentemente, a la reconquista de la verdad de las cosas, o a las afirmaciones sobre ellas. La maravilla que pone en marcha la empresa filosófica ya no será aquella que nos provoca el universo, las cosas, sino la sorpresa de mí mismo, de lo que se da dentro de mí, la maravilla de la conciencia, o –en otra perspectiva– la “angustia”, es decir la inquietud respecto a mi vida, el “desasosiego” de Pessoa. Es esta, como es sabido, la estrategia cartesiana, la “revolución copernicana” en filosofía a la que más adelante se referirá Kant con aprobación.

La “cosa en sí” no es cognoscible –se afirma–; aquello a lo que podemos llegar y que es nuestro cometido explicar es el “fenómeno”, lo que se revela frente a nosotros mediante la intuición sensible, la sensación organizada por el intelecto y regida por la razón. El “noumeno” permanece para nosotros un misterio, que sólo se puede solucionar mediante el ámbito de lo inteligible, y normativamente con “el reino de los fines”. Kant le permite por tanto al escéptico (a Hume) no estar en condiciones de ofrecer una explicación ontológica del mundo; pero le contesta que su gnoseología no es practicable. Ciertamente, redimensionando de manera relevante las ambiciones de la “Razón pura” y sometiendo ésta a una atenta censura. Pero a Hume, el escéptico por naturaleza, no se le permite el subjetivismo o el emotivismo metaético. De hecho, es aquí donde en virtud de un análisis del pensamiento moral (parte de la “autobiografía” del sujeto) pueden encontrarse fundamentos a partir de los cuales puede aventurarse nuevamente en el campo ontológico. Es la antropología la que se sobrepone a, o hace las veces de, la ontología. ¿“Qué es el hombre”? es la pregunta filosófica que para Kant –como es sabido– resume a todas las otras.

Nótese que en la construcción kantiana la sociedad, las instituciones, no están dotadas de un estatus específico de realidad; permanecen constreñidas entre el ser fenomenológico y el deber ser moral. El derecho, para el filósofo de Königsberg, no tiene una densidad fenomenológica suficiente como para distinguirse por una parte de la fuerza de la coacción y por otra de lo “justo”. Es una combinación de las dos dimensiones, una muy contingente superposición de ambas en un edificio de dos niveles, sin que estos últimos corran el riesgo de mezclarse ontológica y fenomenológicamente. No hay por tanto aquí una cuestión ontológica del derecho; el problema es sólo normativo. Por

lo demás la ontología misma es “criticada” y reemplazada precisamente con la “crítica de la razón”. Esta última, en fin, para apoyarse sobre una base no meramente subjetiva o psicológica, se dirige al análisis del lenguaje, y entonces la ontología se hace semántica y la “esencia” es reemplazada por el “significado”. Lo señala bien Quine en *From a Logical Point of View*: “*Meaning is what essence becomes when it is divorced from the object of reference and wedded to the word*”³. El significado es lo que se convierte en la “esencia” una vez que ésta retorne al mundo humano desde el más allá. Tan es así que en este proceso de –por decirlo así– desacralización parece a veces que los hechos en el mundo y los significados sean intercambiables, como por ejemplo se perfila en parte en el *Tractatus* de Wittgenstein, cuando se habla del significado de los enunciados lingüísticos como una clase de reproducción en miniatura, de un “modelito”, de la estructura “lógica” de los hechos en el mundo: “*Der Satz ist ein Modell der Wirklichkeit*” (parágrafo 4.04)⁴.

Este movimiento de desontologización de la filosofía había sido iniciado con ocasión de la discusión tardomedieval respecto a los “universales”. En dicha disputa se confrontan –es bien sabido– “realismo”, “conceptualismo” y “nominalismo”. Para el primero tras los “universales”, los conceptos, se pueden observar las realidades específicas, las “esencias”; para el segundo los conceptos son concepciones de la mente, ideas psíquicas; en la perspectiva del tercero tras los conceptos no hay otra cosa que un “nombre”, una convención, una decisión humana, y en fin fundamentalmente divina. Ello obviamente tiene repercusiones evidentes sobre la noción de voluntad divina, reenviando el nominalismo a un poder creativo superior que no se detiene frente a ninguna “esencia”, y menos a aquella de “bien”. Lo que hoy vale como bueno podría valer mañana como malo, si así es decidido por la altísima instancia divina. Pero también la realidad, la naturaleza, en su conformación, depende enteramente de tal soberanía. La naturaleza no tiene un fin propio. La realidad no es esencialmente aquella que es, sino que podría modificarse drásticamente. Dios –como nos dice Odo Marquard⁵– aquí cambia de ropaje, y de garante del Mundo, se convierte en su posible destructor (pues es su creador y dueño absoluto). Tampoco la naturaleza humana tiene

³ W. V. O. QUINE, *Two Dogmas of Empiricism*, en Id., *From a Logical Point of View*, Harper and Row, New York 1961, p. 22.

⁴ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1963, p. 33.

⁵ Vid. O. MARQUARD, *Der Einzelne. Vorlesung zur Existenzphilosophie*, ed. de F. J. Wetz, Reclam, Stuttgart 2013.

una específica densidad ontológica en esta perspectiva. Siguiendo la estrategia nominalista de Ockham, para conocer a Sócrates, no necesitamos saber qué es un ser humano. La individualidad de Sócrates como hombre no necesita el reenvío a la naturaleza del ser humano, o la deducción de ésta, sino sólo una relación de semejanza con otros seres análogamente formados. El silogismo príncipe que nos repite que Sócrates es mortal no parece tener más validez férrea que aquella que nos era dictada por la especulación filosófica.

Recuérdese en este punto que el Demiurgo platónico no es un creador *ex nihilo*, sino más bien un imitador. Su obra está ya predeterminada por las "formas", a las que la intervención divina ni añade ni quita nada esencial⁶. O recuérdese cuanto dice Séneca: "*Non potest artifex mutare materiam*" (*De providentia*, 5.9). Pero para el creador omnipotente ello ya no vale, no hay materia, no existen "cosas" que Él no pueda remodelar o incluso anular. "*Semper parret, semel iussit*" –dice Séneca (*De providentia*, 5.8) del "*parens ille magnificus*" (ivi, 1.5), Dios. Una vez creado el mundo con un acto de voluntad, luego obedece siempre. No está vinculado a ninguna orden, ni a ningún ente, ya que es omnipotente.

La consecuencia de tal movimiento antiesencialista es el enraizamiento del centro del ser no ya en una estructura inmediatamente traducible conceptual y racionalmente, sino en la afirmación del momento ocasional o existencial del ser, en su darse y ser y permanecer aquí y ahora. Pasamos por tanto inequívocamente de la "esencia" a la "existencia". Lo existente no tiene un fin que realizar, que sea intrínseco en su "esencia", sino que su objetivo o "destino" es principalmente el de perdurar en su propia existencia –según la conocida fórmula spinoziana (véase *Ethica*, IV, P22)–, de manera que para el filósofo holandés –como es sabido– realidad y perfección coinciden (vid. ivi, II, D6). Esta fórmula se radicaliza en la doctrina heideggeriana del ser como *Dasein*: "*Das Was-Sein (essentia) dieses Seienden muß, sofern überhaupt davon gesprochen werden kann, aus seinem Sein (existential) begriffen werden (...) Das Wesen des Daseins liegt in seiner Existenz*"⁷. También aquí –y en una versión muy extrema– de la "ontología", de la "cosa en sí", de aquello que es "esencialmente", pasamos a la fenomenología, a la cosa tal y como existe, a lo que es siempre accidentalmente, del "*Was*" al "*Daß*".

⁶ Al respecto reenvío a las consideraciones de C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Gallimard, Paris 1974, p. 295.

⁷ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, XVII ed., Max Niemeyer, Tübingen 1993, p. 42.

En un cierto sentido, es la entera modernidad filosófica la que se rebela contra la ontología (y más en general contra la “metafísica” como “filosofía prima” referida a la cuestión del “ser”) a partir, como se ha dicho, del ataque nominalista contra las certezas “realistas”, pasando por la revolución cartesiana que afirma ahora la centralidad de la teoría del conocimiento como respuesta al desafío escéptico y al fundamentalismo y voluntarismo teológico, para llegar a la filosofía como “crítica” de la razón metafísica (“pura”), centrada en la resignación respecto a la incognoscibilidad de la “cosa en sí”. “El ser de la vieja metafísica –de esta manera resume esta constelación Ernst Cassirer– era la sustancia, algo que constituía el fundamento único. El ser de la nueva metafísica, para decirlo con mi lenguaje, ya no es el ser de una sustancia, sino el ser que viene de una multiplicidad de significados y de determinaciones funcionales”⁸.

El materialismo del Ochocientos, el neopositivismo lógico y la filosofía analítica más o menos explícitamente se mueven por la misma pasión; que un iusfilósofo como Axel Hägerström compendia en su lema “*praeterea censor metaphysicam delendam esse*”⁹. Con todo, esta “pasión” se advierte con fuerza en la teoría moderna del derecho y en las múltiples propuestas de un concepto secularizado de derecho.

III

III.1

La disputa sobre el concepto de derecho gira tradicionalmente en torno a la alternativa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. El iusnaturalismo es “naturalmente” (además de históricamente) proclive al esencialismo. El derecho aquí es concebido con referencia a una “esencia” (*grosso modo* la ουσία, “ousia”, de Platón) que contiene una determinada propiedad moral y una cantidad de “bienes”, que si fueran negados en la actualidad de la forma

⁸ Debate de Davos entre Ernst Cassirer e Martin Heidegger, ahora en M. HEIDEGGER, *Kant e il problema della metafisica*, trad. it. a cura di V. Verra. Laterza, Roma-Bari 1981, p. 234.

⁹ Véase cuanto dice A. HÄGERSTRÖM de la propia filosofía, en *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, ed. de R. Schmidt, Felix Meiner, Leipzig 1929, p. 158. Aquí el conjunto *delle Geisteswissenschaften*, de las “ciencias del espíritu” son “sólo un juego intelectual con expresiones emotivas”, “*nur ein intellektuelles Spiel mit Gefühlsausdrücken*” (*ibid.*).

real que asume el concepto se derivaría de ello o una defectuosa tipificación o lo excluirían del todo. Dicha estructuración del concepto de derecho se encuentra en todas las versiones paradigmáticas del derecho natural, sean antiguas o modernas, tanto en Tomás de Aquino como en John Finnis¹⁰ o Mark Murphy¹¹. Tanto en el caso de que sea "fuerte" o "débil", es decir que mediante la injusticia (o la "irrazonabilidad") de la forma se haga de ésta un no-derecho o bien un derecho "defectuoso", ambas versiones de iusnaturalismo se fundan en una metafísica y en una ontología "esencialista". El derecho, si puede considerarse artificial, es un producto que posee un valor intrínseco. "Law, the natural law theorist can say, is a kind that has certain standards of perfection intrinsic to it"¹². En realidad, no es tanto el resultado de un "trabajo", "work" (en la terminología de Hannah Arendt). Se trata principalmente de un "organismo", o mejor de un "órgano", con una función propia –dice Mark Murphy. "Here the more apt analogies are the systems of organisms"¹³. El derecho no es como una silla, sino más bien como un corazón.

Distinto es el caso del iuspositivismo. Este se afirma conceptualmente (e históricamente) a partir de una tesis convencionalista. El derecho es aquí es producto de una decisión, de una disposición, o de la capacidad toda material de implementar tal disposición, o bien –desde un punto de vista diferente– de la convergencia de conductas que se refieren la una a la otra, en una práctica consuetudinaria o cooperativa o también simplemente imitativa. Aquí no se da una "esencia" del derecho a la que la disposición o la convergencia de conductas deba orientarse o frente a la cual pueda detenerse.

Esto es en realidad –como se ha señalado– uno de los resultados del nominalismo medieval, para el que tras los conceptos no existen "esencias" o "realia" que determinan su formación y realización. En esta perspectiva la naturaleza de las cosas es total y dramáticamente contingente frente a la omnipotencia de quien puede conceptualizarla, del Creador eminentemente. Este puede subvertirla en todo momento. El Creador asume así las características del eminente Destructor. No hay entonces ninguna naturaleza del hombre,

¹⁰ Léase J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford 1980, capítulo primero.

¹¹ Véase M. C. MURPHY, *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, e Id., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

¹² M. C. MURPHY, *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Blackwell, Oxford 2007, p. 44.

¹³ Vid. M. C. MURPHY, *Natural Law Theory*, en *A Companion to Philosophy and Legal Theory*, ed. de D. Patterson, Blackwell, Oxford 1999, p. 26.

exclusivamente a través de la cual el hombre pueda considerarse tal, porque como tal deba tener ciertas cualidades, más allá de la espiritual del raciocinio, *animale rationale*. La definición de lo que es hombre está a completa disposición de quien trabaja con el *definiens*, es absolutamente contingente. Lo mismo vale para el concepto de “bien” y de “justo”. De manera que el justo de hoy podría convertirse en el injusto de mañana, el bien en el mal, y el derecho privado deja de estar vinculado a estos “objetos”, estando a merced de la pura decisión o de la mera o ciega convergencia de conductas. El nominalismo y el convencionalismo, parecen, más que el escepticismo, empujarnos a la incerteza, a la falta de fundamento. Disuelta la “esencia” no nos queda más que la mera existencia contingente.

En tal situación –señalan Odo Marquard¹⁴ e Hans Blumenberg¹⁵– la vía de salida, la estrategia conceptual (e histórica) para una subrepticia recuperación de la certeza, es el retirarse y encerrarse en el estudio puntual y empírico de la naturaleza y de las relaciones matemáticas. La ciencia se afirma –para decirlo con Nietzsche– “cuando los Dioses se vuelven malvados”, es decir cuando no hay “objeto” alguno frente a la omnipotencia definitoria y productora, cuando el sujeto no puede oponer o reivindicar ninguna “esencia”.

El positivismo jurídico, como sabemos, opera con una idea tal de la fuerza o de la decisión. “*Jeder beliebiger Inhalt kann Recht sein*” –dice Kelsen¹⁶. No hay conducta u objeto que resista o pueda sustraerse a la autoridad cualificadora, al *definiens* normativo del derecho. El iuspositivismo por tanto parece pasar de la “esencia” a la “existencia” de manera radical. No hay en el derecho ninguna “esencia” –se afirma con la frase apenas citada–, sino sólo la “existencia”, aquella que es sólo la que le es concedida por la disposición o por la praxis cualificadora de un cierto momento, comportamiento o significado. Y sin embargo no es realmente así.

III.2

La existencia del derecho es esencialmente su práctica, y ésta se da sobre todo o paradigmáticamente en la forma de la controversia, de la “causa”, que

¹⁴ Vid. O. MARQUARD, *Der Einzelne. Vorlesung zur Existenzphilosophie*, ed. de F. J. Wetz, Reclam, Stuttgart 2013.

¹⁵ Vid. H. BLUMENBERG, *Säkularisierung und Selbstbehauptung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1974.

¹⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I ed., Deuticke, Wien 1934, p. 126.

luego se resuelve en general mediante una sentencia judicial motivada o justificada por un "trozo" de razonamiento jurídico. Ello parece innegable. Así como es innegable que tanto la controversia cuanto el razonamiento jurídico que se desarrolla en ella y que la concluye contengan elementos de pensamiento moral. La misma controversia es promovida por una reivindicación moral, como está bien explicado en la "*rights thesis*" de Dworkin. Es decir, en la reivindicación de un derecho se reivindica también lo que es justo, y el juez en parte se pronuncia también sobre esto. Considerado *sub specie existentiae* el derecho entonces se presenta como todo menos "puro" o separado o desconectado de la moral –como por el contrario pretende el iuspositivista que, constatado ello, puede caer en la tentación de incurrir una vez más en una estrategia conceptual "esencialista". Es lo que le ocurre a Joseph Raz, discípulo de Herbert Hart, y sin embargo al final hostil a la adopción del punto de vista interno (antiesencialista) promovido por éste último.

Raz así, tras haber debido constatar que "*legal reasoning is an instance of moral reasoning*"¹⁷, para expulsar a la moral del concepto de derecho, se concentra en la noción de autoridad. Esta, en su opinión parece asumir dos significados, el primero de los cuales es el que diríamos material, el de la capacidad de poder ser aplicado imperativamente. El otro significado, que es para él central, es el de una decisión (razón de segundo grado) que para orientarse en la acción se adopta independientemente de las razones (de primer grado) que mediante tal decisión son satisfechas mejor. Entonces, continúa Raz, el derecho es algo que tiene la pretensión de tener una autoridad legítima sobre sus destinatarios. Ello entonces implica que *pueda* tener autoridad, y como la autoridad es la capacidad de interrumpir la operatividad de las razones morales en el razonamiento práctico, entonces el derecho resulta autónomo respecto a estas razones –tesis que nos sitúa completamente en el marco del paradigma teórico iuspositivista–.

El sentido de la argumentación de Raz se desarrolla según modalidades que nos llevan a la dialéctica entre "sustancia" y "accidente". En un ensayo de los años ochenta, que en cierto sentido es un programa de investigación y una manifestación de intenciones, y que rubrica su alejamiento de la filosofía del derecho centrada en el análisis del lenguaje, Raz distingue tres modos de actuar a la hora de llegar al concepto de derecho. Distingue (i) una aproximación lingüística, (ii) la perspectiva del operador jurídico y, en fin, (iii) la que

¹⁷ J. RAZ, *On the Autonomy of Legal Reasoning* en Id., *Ethics in the Public Domain*, ed. revisited, Clarendon, Oxford 1996, p. 340.

define como la aproximación “institucional”¹⁸. Raz rechaza con decisión las dos primeras perspectivas.

El método lingüístico en su opinión no está en condiciones de ser selectivo entre los diferentes usos: su proceder lexicográfico nos obliga al registro de muchos usos lingüísticos (de “derecho”, o “law” en el caso de la lengua inglesa) que no son pertinentes en el ámbito jurídico. ¿Qué tiene que ver, por ejemplo, la “ley de la gravedad” con la “ley constitucional” en el Reino Unido? Realmente, poco o nada. En la definición de un concepto de derecho el método lexicográfico nos ayuda muy poco. En realidad el método lingüístico para ser eficaz y fructífero debe partir de una precomprensión del concepto al cual dirige su atención y que él mismo no puede ofrecer. Igualmente insatisfactorio es para Raz el método que gira en torno a la perspectiva del operador jurídico, sea juez, o abogado, o “parte”. Aquí el derecho es visto esencialmente como la serie de aquellas razones que son vinculantes para la decisión del juez. “*From the lawyer’s point of view, the law does indeed consist of nothing but considerations appropriate for courts to rely upon*”¹⁹. Pero ello significa –nos dice el iusfilósofo británico– perder de vista la trama comprensiva de las relaciones jurídicas, y también puede hacer colapsar la teoría en la práctica del derecho, transformando aquella que es una cuestión exquisitamente filosófica en un problema *grosso modo* práctico o técnico.

De modo que la aproximación “institucional” es el método de estudio apropiado. Aquí no nos concentramos sólo sobre el juez y su razonamiento, sino que se toma en consideración toda la trama del derecho, que está hecha de “instituciones”, como el parlamento, o el gobierno, que son tan importantes para explicarnos el fenómeno jurídico como los tribunales y los sujetos que trabajan en ellos. Pero el método “institucional” sufre rápidamente un vuelco “esencialista”. El derecho –se dice– está hecho de razones autoritativas, y de “autoridad” que pretende legitimidad. Pero para pretender autoridad es necesario en realidad tener las propiedades exigidas para ser autoridad. “*The fact that the law claims authority for itself shows that it is capable of having authority*”²⁰. Sin autoridad no es posible pretensión de legitimidad. Condición necesaria de esta última es precisamente la autoridad, que es un hecho, una cualidad observable en términos avalorativos. El derecho por tanto, para existir, debe poseer todas las propiedades esenciales a la auto-

¹⁸ J. RAZ, *The Nature of Law*, ahora in Id., *The Ethics of Public Domain*, capítulo nueve.

¹⁹ Ivi, p. 200.

²⁰ Ivi, p. 217.

ridad. "Since the law necessarily claims authority, and therefore typically has the capacity to be authoritative, it follows that it typically has all the non-moral, or non-normative, attributes of authority"²¹. La pretensión de legitimidad es degradada a "accidente", y la condición necesaria (la capacidad de autoridad) parece asumir la dignidad de condición suficiente y en definitiva de "esencia".

III.3

Se ha dicho que en la "teoría pura" de Kelsen el objeto de la investigación se constituye neokantianamente mediante el método de la investigación misma²². El derecho sería por tanto un ámbito "puro" de conocimiento porque es el conocimiento en cuestión que se concibe y se proyecta precisamente "puro". Sin embargo, es el mismo Kelsen el que desmiente esta tesis en las primeras líneas de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, donde se afirma que la pureza de dicha doctrina corresponde a la especificidad de su objeto, "eine reine, das heißt: (...) ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie"²³. No es por tanto la "pureza" de la teoría un presupuesto metodológico, sino más bien un dato ontológico. El derecho no es "puro" porque "pura" (avalorativa) se propone su teoría y conocimiento, sino, al contrario, dicha teoría y conocimiento no puede ser más que pura, si quiere resultar adecuada a la *Eigenart*, a la especificidad, a la *Eigengesetzlichkeit*, a la legalidad propia e intrínseca de su objeto. Esta es originariamente, esencialmente, "pura". La pureza de la doctrina jurídica es el producto de la necesidad metodológica de registrar apropiadamente ese tipo específico de realidad que es el Derecho. La pureza de la *Reine Rechtslehre*, por tanto, repitámoslo, no es un presupuesto gnoseológico; es principalmente una tesis ontológica.

Por otra parte, la "existencia" que fortalece el iuspositivismo es el hecho de la "decisión", o el hecho de la "fuerza" que acompaña a esta última, o aún el "hecho" de la convención (o costumbre) entendida como práctica convergente de actos humanos. Tal "hecho" asume por tanto varias apariencias en función de la teoría que lo afirme. Puede ser una convención, una costumbre, un acuerdo, una serie de mandatos, un texto, o bien el reconocimiento

²¹ Ivi, p. 218.

²² Lo sostiene entre otros Matthias JESTAEDT en *Hans Kelsens Rechtslehre. Eine Einführung*, ensayo introductorio a la reedición de H. KELSEN *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, ed. de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. XXXIII ss.

²³ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I ed., cit. p. III.

y la aceptación de un cierto evento o de una cierta pretensión, o aún el hábito de dicha aceptación. Puede tratarse de la sanción o pena repetidamente aplicada. De una amenaza que cause temor e induzca a la obediencia. De dicho “hecho” o “fuente” que se puede, al menos eso se dice, sólo identificar y describir, el iuspositivismo deriva su pretensión de ser “neutral” en la determinación de lo que es el derecho. Lo que le interesa –se repite siempre– es identificar el derecho tal y como es, no sus méritos o deméritos. Lo que es derecho es accesible de manera descriptiva, y de ello el iuspositivismo da cuenta neutralizando toda intervención externa de la moral en ese ámbito de identificación. El derecho así también podrá revestirse con el manto de la “ciencia”, de referencia objetiva. “*Silete philosophi in munere alieno*” –podrá proclamar el jurista frente al teórico que se mueva con categorías normativas demasiado fuertes. De ahí por tanto la convicción del jurista teórico de poder representarse y presentarse precisamente como “científico”.

Debido a esta centralidad del “hecho” en su concepción del mundo el iuspositivista al final es un realista. Y en realidad el realismo jurídico, que reduce el ámbito de las normas a contexto causal de connotaciones más o menos pre-*visibles ex ante*, resulta el más consecuente y radical de los positivismos jurídicos. Hägerström u Oliver Wendell Holmes, para entendernos, no son una alternativa al positivista, ya que comparten la idea principal, que la “fuente” y su identificación radiquen en la experiencia jurídica y que de tal fuente se puedan obtener, según varias metodologías en función de la teoría adoptada, las respuestas necesarias para la solución de casos concretos. En el realismo, sin embargo el “hecho” es específicamente dimensionado, su contingencia es extrema, se trata de un hecho puntual, en el que la dimensión temporal se contrae dramáticamente. Para usar una vez más la observación de Odo Marquard, pero adaptándola a un contexto diferente, podríamos decir que la comprensión positivista del tiempo es una especie de “golpe de estado del presente” (“*der Staatsstreich der Gegenwart*”). Y además se trata de un hecho del todo material, sin contenido de sentido. Puede tener un impacto psicológico, pero como puede tenerlo el ruido de un trueno que hace estallar en lágrimas a un niño. El sentido es completamente dado por “señales”; los “símbolos” son engullidos por “señales”, al igual que las “razones” que son todas ellas transformadas en “motivos” y luego en “causas eficientes”. Desde este punto de vista las razones para actuar son irreflexivas, o, si bien emergen de la irreflexividad de la relación causal, no están en condiciones de modificar o de influir en éste último. La libertad en todo caso es la conciencia de la necesidad.

IV

El institucionalismo jurídico conceptual (e históricamente) es afín al iuspositivismo. A menudo aparece como una versión suya. Así lo parece en el caso de su "padre fundador" Santi Romano. Menos cierta es la descendencia positivista por lo que se refiere al institucionalismo francés, el de Hauriou o el de Renard, este último en particular empapado de tomismo con implicaciones iusnaturalistas.

Carl Schmitt es otra historia. En su texto *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*²⁴, el institucionalismo resulta para él una alternativa tanto al normativismo cuanto, curiosamente, al decisionismo, pero cuando luego lo leemos bien vemos que su *konkretes Ordnungsdenken* reenvía a la decisión de un soberano radical. La decisión extrema que se abre sobre la "nada" y que por lo tanto parece sin "causa", para ser efectiva, necesita también ella del fundamento, y el "ordenamiento concreto" –una fuerte idea de comunidad–, está allí para impedir la deriva nihilista o mejor la futilidad del gran decisor. Obviamente en tal perspectiva no hay nada de iusnaturalista. Y parecería afín al "existencialismo" heideggeriano allí donde remite a la decisión del sujeto frente a la inautenticidad que le aflige. Si no hay "esencia", sino sólo "existencia", por ésta y en ésta debo decidirme. Schmitt y Heidegger por tanto parecen tocarse, e incluso acariciarse en las respectivas perspectivas²⁵.

Sin embargo, Schmitt es demasiado "católico" para renunciar a la "esencia" que se representa en la homogeneidad de la comunidad de la que la decisión es una expresión. La distinción entre amigo y enemigo, y la decisión sobre la misma, ya está prejuizada y dada por la "naturaleza" de la comunidad respectiva de amigos y enemigos. Schmitt no es Kierkegaard, que consciente de la injustificabilidad de la decisión se refugia en la ironía y en la irresponsabilidad, en la "cuarentena" –como dice agudamente Odo Marquard. Schmitt es cualquier cosa menos irónico; se lo toma demasiado en serio. Y el individuo heroico no puede afrontar las gravosas tareas de la lucha amigo-enemigo sin tener las espaldas bien cubiertas por el "orden concreto". Así, el católico Schmitt se aproxima sobre todo al protestante y neohegeliano Karl Larenz que le ofrece una artillería más potente que la del "Man" (siem-

²⁴ Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.

²⁵ Vid. Ch. GRAF VON CROCKOW, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Campus, Stuttgart 1990.

pre frágil, siempre con riesgo de descomponerse) del que se fía (pero hasta un cierto punto) Heidegger²⁶.

Todo ello hace que Schmitt permanezca dentro del paradigma positivista, ciertamente no aquel normativista de Kelsen, sino aquel más general de la celebración del “hecho” y de la “fuente”. También para Schmitt no todo en el derecho es decisión; lo será quizás en el momento extremo del estado de excepción, que es aquel en el que la comunidad de referencia y su “esencia” están en peligro. La “excepción”, podría sostenerse, es como un “accidente”, que no modifica lo “esencial” de la naturaleza del derecho, que reside en la dimensión espacial (*Grossraum*), en la toma de posesión (“*nomos*” del griego “*nemein*” que se parecería al alemán “*nehmen*”²⁷), y se toma posesión de una extensión y de un espacio y por un tiempo prolongado. La toma de posesión no es puntual, no es mero consumo. Es división, *actio finium regundorum*, atribución, “*Zuweisung*”²⁸ –dice Heidegger, por tanto una vez más normatividad, potencia, posibilidad, no mero acto. Schmitt no es un platónico. Pero tampoco un sincero heideggeriano.

El mundo de referencia del neoinstitucionalismo es distinto. Los dos actores de referencia aquí son, como es sabido, Ota Weinberger y Neil MacCormick. Su teoría es el resultado de una creciente insatisfacción respecto a la estrecha ontología de las diversas versiones del positivismo, en particular el imperativismo, el normativismo y el realismo. Ni Weinberger ni mucho menos MacCormick, por razones diversas, han conseguido dar una forma completa y avanzada a su propuesta institucionalista. En cierto sentido, influidos como lo están por el mundo filosófico del positivismo lógico y de la filosofía analítica anglosajona, se quedan –por así decirlo– a medio camino. Sin embargo, hay en su obra un nutrido número de fecundas intuiciones y de formulaciones acabadas.

Weinberger es un lógico y es de los primeros que elaboran una específica lógica de las normas. Ahora bien, esta no consigue adecuarse y responder al imperativismo que concibe la norma como un acto de voluntad. Este es un hecho del que no se consiguen extraer las consecuencias que bien exi-

²⁶ Al respecto, vid. A. VILLANI, *Heidegger und das “Problem” des Rechts*, in *Die ontologische Begründung des Rechts*, ed. de A. Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1965, pp. 350 ss.

²⁷ Vid C. SCHMITT, *Nehmen/Teilen/Weiden*, en Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Dunckel & Humblot, Berlin 1954, pp. 489 ss.

²⁸ M. HEIDEGGER, *Über den Humanismus*, Vittorio Kostermann, Frankfurt am Main 1949, p. 53.

ge un tratamiento lógico del derecho. En primer lugar, siguiendo las enseñanzas de Husserl, Weinberger constata que "*logische Beziehungen nur unter Abstraktion von psychischen Akten studiert werden können*"²⁹. La voluntad y el mandato no se dejan tratar lógicamente en el sentido de ser capaces de someterse a estructuras formales de deducción. Pero sobre todo la norma como mandato, plena como está de psicologismo, hace posible dos consecuencias que son fundamentales para la operatividad de la comunicación jurídica: (1) El significado de la norma debe ser *grosso modo* idéntico en el emisor y en el destinatario; (2) el significado de la norma debe ser *grosso modo* idéntico, o retornable en idénticos términos, en el nivel de quien opera con la norma y en el nivel de quien la observa o explica. "*Der Normgedanke im Geiste des Befehlenden, im Geiste des Normadressaten, des Pflichten- oder Rechtssubjektes und des bloßen Normbetrachters (z. B. Rechtsgelehrten) muß als derselbe Gedanke mit denselben logischen Beziehungen angesehen werden*"³⁰. Ello queda demostrado –subraya Weinberger– por la inoperatividad de la lógica standard aplicada al derecho, que trata las operaciones lógicas del derecho como operaciones por así decirlo de segundo grado, es decir la "lógica deóntica" de Georg Henrik von Wright. Para el cual, por ejemplo, de O (si p entonces q) se sigue q, es decir de "se debe cerrar la puerta o encender la luz" se sigue, como alternativa posible y válida, que "se debe encender la luz" de acuerdo con lo que ocurre en la lógica de los enunciados descriptivos. Pero ello no vale en el ámbito de las normas, y por tanto conduce a resultados claramente contradictorios y paradójicos. Ello significa que un enunciado normativo no puede ser incluido en una cadena de razonamiento, aún de manera subrepticia, como o mediante un enunciado descriptivo³¹.

Por otra parte, el acto de voluntad tiene coordenadas temporales distintas de la norma que puede producir. Pero el ser no es sólo ser en el espacio, sino también en el tiempo. Al contrario, –y aquí Weinberger se aproxima a Nicolai Hartmann y a la perspectiva existencialista– es eminentemente ser en el tiempo: "*Als real bezeichnen wir alles was Dasein in der Zeit hat*"³². Pero si

²⁹ O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, en N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1985, p. 62. Resaltado en el texto.

³⁰ Ivi, p. 63.

³¹ Léase O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, Manz, Wien 1970, pp. 222-223. Vid. También O. WEINBERGER, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz, Wien 1988, p. 67, p. 103.

³² O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, cit., p. 67.

mandato o acto de posición de la norma y norma tienen coordenadas temporales diversas (el acto de creación se agota, mientras que la norma perdura en el tiempo), entonces las dos “realidades” son cosas diferentes y como tales debe ser tratadas.

La reafirmación del “ser” de la norma como entidad ideal permite a Weinberger salvar y proyectar una lógica específica de las normas, que él hace girar en torno al *principio de co-validez*. Una vez que una norma “es”, es decir “vale” o mejor “es válida”, entonces serán válidas todas las posibles normas inferibles de la primera. “*Das reale Dasein der Normen ist also mit dem idellen Wesen der Normen eng verbunden. Wenn eine gewisse Norm N real gilt (als Bestandteil einer institutionellen Tatsache anzusehen ist), dann gelten auch alle logische Konsequenzen von N, ferner auch die Konsequenzen aus N, die unter Heranziehung wahrer Tatsachenfeststellungen gewonnen werden können*”³³. O, dicho en términos “inferencialistas”, que una norma es válida significa que son válidas todas las posibles inferencias lógicas derivables de ella. Lo que significa la validez, lo que ella es, se comprende mediante la aplicación del principio de co-validez.

Parecería entonces que Weinberger le exige al derecho una fuerte dimensión normativa, *a la Kelsen*. Pero no es así. Por dos razones. Ante todo, la norma en la teoría de Kelsen se presenta como un ente ambiguo, atrapado tras el juicio hipotético (que es un “ser”, si bien etiquetado como “deber ser”). El *Rechtssatz* kelseniano es descriptivo/normativo, en una mezcla difícilmente resoluble manteniendo en concreto la noción de “juicio hipotético” (que no es obviamente “categórico”). Y luego la norma kelseniana está vinculada a la sanción, es juicio hipotético sobre la aplicación de la sanción. En general una pena afflictiva. Pero la sanción no puede definirse como tal de manera independiente. No es identificable como tal, si no existe una cualificación normativa previa. Es esa por tanto la que necesita la norma, y no la norma la que se cualifica como tal mediante la sanción³⁴. Y luego –añade Weinberger–, la función del derecho es cualquier otra cosa que principalmente coactiva o represiva: “*Das Recht ist durchaus nicht nur repressiv motivierend. Seine Hauptfunktion ist lenkend und organisierend, und hierzu taugt die positive*

³³ O. WEINBERGER, *Norm und Institution*, cit., p. 80.

³⁴ Léase al respecto O. WEINBERGER, *Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik*, en *Normenlogik. Grundprobleme der deontischen Logik*, ed. de H. Lenk, München 1974, pp. 89 ss.

Motivation oft besser als Zwangsmaßnahmen"³⁵. Pero tampoco se puede adherir al realismo jurídico que interpreta el significado de la norma como del todo congruente con la conducta de los sujetos de derecho. La conducta de los destinatarios de las normas debe ser bien tenida en cuenta; "*doch ist das Verhalten der Subjekte nicht mit dem Realdasein der Norm gleichzusetzen*"³⁶.

Una vez excluidos imperativismo, normativismo y realismo, pareceríamos estar atrapados en un impasse. ¿Cómo definir entonces el derecho? Y aquí Weinberger regresa de nuevo a la vieja tradición del institucionalismo, pero renovándola profundamente. Ello tiene lugar por una parte en las categorías de referencia que ahora ya no son *lato sensu* sociológicas, sino de proveniencia analítica. Y luego depurando el institucionalismo de cualquier implicación político-normativa o comunitarista. La institución es un espacio de acción, una posibilidad abierta de normas, pero sólo si tales normas son empleadas y actuadas³⁷. Y es un específico espacio de realidad de manera que la ambigüedad kelseniana, y no sólo kelseniana, entre *Sein* y *Sollen* puede preverse como resuelta.

En la distinción entre *Sein* y *Sollen* el deber ser no es un "ser" (por definición). Ello es bastante plausible en la construcción kantiana, donde el *Sollen* termina por coincidir con el mundo no sensible, el mundo inteligible, el "reino de los fines", una realidad que así puede considerarse completamente contrafáctica. Pero el derecho es contrafáctico, a diferencia de la moral. El derecho existe cuanto menos en el tiempo (las normas tienen un inicio y un término de validez); cosa que no ocurre a las normas morales cuya universalizabilidad sobrepasa también la perspectiva temporal. ¿Y entonces? ¿Cuál es el *Sein*, o qué *Sein* es aquel que sostiene aquel *Sollen* que se dice ser diferente del *Sein*? El neoinstitucionalismo, con la noción de *institución*, que sitúa juntos lo normativo y lo fáctico, en términos de posibilidad real parece ofrecer una solución. Dicha naturaleza "dual" del derecho resulta también de la naturaleza misma de la institución tal y como es presentada por Weinberger. La institución en realidad es el producto de normas definitorias, o constitutivas, y de normas regulativas, o prescriptivas, y de un plus de efectividad, que es una cierta praxis dada, empíricamente observable.

³⁵ O. WEINBERGER, *Tatsachen und Tatsachenbeschreibungen*, en N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 121.

³⁶ O. WEINBERGER, *Die Norm als Gedanke und Realität*, cit., p. 68.

³⁷ Sobre la diferencia entre "viejo" y "nuevo" institucionalismo me permito reenviar a mi "Institutionalism Old and New", *Ratio Juris*, vol. 4, 1991.

Neil MacCormick es el otro neo-institucionalista que es considerado en este trabajo. Su formación es diferente a la de Weinberger. Este último es un alumno de Franz Weyr, amigo estrecho de Kelsen, y cabeza de la rama checa, la escuela de Brünn, de la “Teoría pura del derecho”. Y Weinberger es también sobre todo un estudioso de lógica, formado en la tradición de la Escuela de Viena y del neopositivismo lógico. MacCormick se forma por el contrario entre Escocia y Oxford, donde comienza su carrera como *lecturer* junto a Herbert Hart. Su referencia teórica es la filosofía del lenguaje ordinario, la de John Langshaw Austin, y luego obviamente la filosofía analítica tal y como es interpretada por Hart³⁸. Su ambiente es el muy rico contexto de discusión filosófica que se produce en Oxford en los años cincuenta y sesenta. Ryle, Anscombe, y obviamente tras ellos Wittgenstein, le son bien conocidos.

Así, el problema en torno al cual se concentra MacCormick no es la lógica de las normas (como por el contrario ocurre con Weinberger), sino más bien el análisis de los conceptos del lenguaje de los juristas, tema con el que Hart había comenzado su carrera de investigador y docente de *jurisprudence*. Ahora, aquí, MacCormick se encuentra con dos planteamientos que le satisfacen poco. De un lado, está la descomposición de los conceptos en puntos de confluencia de normas, o su reducción a momentos del lenguaje fácilmente identificables mediante un análisis que pretende ser fundamentalmente lexicográfico, sin pretensión existencialista alguna. Un poco a la manera de *The Concept of Mind* de Ryle, pero radicalizando más tal perspectiva y terminando por transformarla en una especie de crítica de la ideología. O bien a la manera de Quine, que si bien predica “tolerancia” en la adopción de la ontología de referencia, repropone una especie de doctrina de los *idola tribus*, que más allá de una estructura del universo entendida en términos rígidamente fenoménicos nos introduce –aunque necesariamente– en el terreno de la “mitología”³⁹.

Obviamente el concepto de “mente” al que dedica atención Ryle tiene implicaciones mucho más graves y densas que el concepto de derecho, o de derecho subjetivo o de contrato. Pero de estos últimos parte el análisis y el desarrollo neoinstitucionalista de MacCormick. Que, debe añadirse, está

³⁸ Así, Neil MacCormick es el autor del volumen que constituye la más atenta y sensible reconstrucción del pensamiento iusfilosófico de Hart: vid. N. MACCORMICK, *H. L. A. Hart*, Arnold, London 1981.

³⁹ Léase la conclusión de W. V. O. QUINE, *On What There Is*, en Id., *From the Logical Point of View*, cit., pp. 18-19.

próximo al prescriptivismo, que aún transmite Hart: la idea de que el derecho a fin de cuentas sea sólo la suma de "prescripciones", lenguaje prescriptivo contrapuesto al lenguaje asertivo de las ciencias empíricas. Hart en realidad centra su atención en las "normas secundarias", que adscriben poderes, y no imponen obligaciones, se distancia del prescriptivismo, pero lo hace sin proclamarlo, y sin extraer las consecuencias ontológicas por lo que se refiere a la específica forma de ser que es el derecho.

El manifiesto del programa neoinstitucionalista de MacCormick ya está completamente enunciado en su lección inaugural como *Regius Professor* de la Universidad de Edimburgo, *Law as Institutional Fact*, de 1973⁴⁰. Por el título, el problema a tratar parece ser qué sea el tipo de cosa o mejor de hecho que es el derecho; pero la atención de MacCormick sobre todo está concentrada en los conceptos jurídicos, o mejor son estos el punto de partida para llegar a definir el "hecho", el "ser" del derecho. Sobre los conceptos jurídicos el positivismo a menudo tiene problemas; asumida una posición voluntarista o imperativista, *grosso modo* la omnipotencia del legislador, o de la "fuente", los conceptos deben reducir su propia "esencia", ya que de otra manera podrían constituir una especie de contrapoder al momento soberano de la decisión o del hecho imperativo o convencional. Recordemos que el antepasado del positivista es el "nominalista", y para este los conceptos son meros nombres o instrumentos, sin que "detrás" de ellos haya nada de sustancial.

MacCormick se encuentra así con un panorama teórico donde se dan fundamentalmente tres vías o doctrinas. Para una primera y más radical, los conceptos jurídicos son justo "magia", nociones "metafísicas" sin referente concreto en la realidad (el ejemplo siempre citado es el derecho subjetivo), por tanto -como dice Bentham a propósito de los derechos del hombre "non-sense upon stilts", sinsentidos sobre zancos....-. Egregio representante de esta visión es, en el siglo XX, Karl Olivecrona⁴¹, pero todo el realismo jurídico, en especial el escandinavo, defiende el mismo punto de vista. "Magia", por tanto palabra vacía, eso son los conceptos jurídicos. El mundo del realista está hecho de cosas sólidas, que se pueden tocar y ver, que duelen físicamente cuando se choca con ellos, que se mueven y te mueven mecánicamente, y los conceptos jurídicos no son nada de esto. En una ontología estrechamente

⁴⁰ N. MACCORMICK, "Law as Institutional Fact", ahora en N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Kluwer, Dordrecht 1986, pp. 49 ss.

⁴¹ Léase por ejemplo K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, II ed., Stevens & Sons, London 1971, capítulo sexto, en particular pp. 182 ss.

empirista o materialista no hay derechos u obligaciones que cuenten, ni contratos o negocios jurídicos.

La segunda perspectiva es la que reprocha a los conceptos jurídicos ser “ideológicos”, hipóstasis de normas o de relaciones de normas. Esa es la famosa interpretación de Alf Ross en su ensayo *Tu-tu*⁴². “Tu-tu” es un concepto normativo de una tribu hipotética, al que no le corresponde ningún objeto en el mundo. Tiene una función ideológica, en cuanto que da nombre y valor a lo que son sólo relaciones entre varias normas. Si puede tener alguna utilidad es como “técnica de presentación” de las normas mismas. Hans Kelsen, en cierto sentido, al menos respecto a algunos conceptos, vuelve a proponer una visión de este tipo. El derecho subjetivo es para él una figura ideológica que bien puede ser reducida al derecho objetivo; sin embargo puede servir como instrumento técnico de actuación de la obligación y de la norma.

En fin, está la posición de Hart. Esta es más articulada, menos agresivamente escéptica. Se construye a partir de intuiciones de Wittgenstein y de su discípulo “renegado” Friedrich Waismann. Hart obviamente rechaza el esencialismo, la idea de que los conceptos jurídicos puedan definirse por género y especie o diferencia, por sustancia y accidente. A esta vetusta visión él contrapone la idea wittgensteniana de la semejanza de familia corregida un poco con el añadido de la noción de caso “paradigmático” o “central”, una especie de “tipo ideal” weberiano. Debe añadirse que esta idea le permitirá a John Finnis proponer una especie de esencialismo neoplatónico, en donde el tipo ideal weberiano –ignorando las recomendaciones del mismo Weber– es colmado de una normatividad fuerte⁴³.

Pero no es esta la vía de Hart, que se mantiene aún en el interior del positivismo y el descriptivismo, sin concesiones a la conexión entre derecho y moral (que es por el contrario la que reafirma Finnis con su versión del caso “central”). Éste para Finnis supone una especie de “perfección” de la que participan los diversos ejemplos del concepto, de manera más o menos integral o avanzada. Lo cual es del todo extraño a Hart, que por el contrario habla de “*Porosität der Begriffe*”⁴⁴, (retomando una idea de Friedrich Waismann, el

⁴² Vid A. ROSS, “Tu-tu” en *Harvard Law Review*, 1957-1958.

⁴³ “The Weberian programme –proclama Finnis– is part of Aristotle’s” (J. FINNIS, “On ‘Positivism’ and ‘Legal Rational Authority’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, p. 76). Cfr. M. LA TORRE, “On Two Distinct and Opposed Versions of Natural Law: “Exclusive” Versus “Inclusive”, *Ratio Juris*, 2006.

⁴⁴ Vid H. L. A. HART, “Jhering’s Heaven of Concepts”, ahora en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford 1983, pp. 274-275.

discípulo de Wittgenstein⁴⁵) y vincula los conceptos jurídicos al lenguaje ordinario, también porque ello le es posible por su asunción del punto de vista interno. Los conceptos del jurista teórico no son diferentes de los del jurista práctico, por cuanto puedan situarse en un plano más elevado de tecnicidad o de abstracción. El punto de vista del científico del derecho y sus conceptos deben *grosso modo* ser superponibles a los conceptos de aquellos que operan dentro del derecho y a sus prácticas con aquellos conceptos. Sin embargo, Hart parece mantener el carácter en buena medida "instrumental" de dichos conceptos, sin concederles una onza más de significación y de "realidad".

MacCormick no parece distinguir demasiado entre "institución" y "hechos institucionales", a diferencia de Weinberger. De manera que es éste último el que quizás ofrece una ontología institucionalista más elaborada y sofisticada. Weinberger por ejemplo, anticipa esta conclusión de Searle, el "descubridor" de los "hechos institucionales": "*Institutional facts can exist only within human institutions*"⁴⁶. Y es de aquí desde donde ataca MacCormick, o mejor este es el punto de partida. Él ha estudiado a Searle y es consciente de la distinción elaborada por éste entre "hechos brutos" y hechos institucionales", los primeros meramente empíricos, los otros lógicamente posibles mediante reglas. Éstas, para Searle, como es sabido, o son regulativas, prescriptivas, cuyo objeto es lógicamente posible independientemente de las reglas mismas, o bien son constitutivas, reglas cuyo objeto depende lógicamente de la regla misma.

Entonces, contratos, derechos, *trusts*, sociedades, etc., además de conceptos jurídicos, son realidades que tienen lugar mediante el empleo de normas y su actuación. O al menos esto es lo que cree MacCormick. Tales conceptos, en cuanto realidades, y no sólo como nociones técnicas, designan por tanto los "hechos", que determinan efectos empíricos sobre los sujetos. Un resarcimiento de daños depende de la presencia o no de un cierto contrato, y el resarcimiento en dinero abre posibilidades empíricas claras. Por no hablar de los conceptos de derecho penal, cuya operatividad y actuación puede conducir a la celda de una cárcel. Pero tales hechos no son empíricos; el contrato -Ross tiene razón- no designa un "objeto" en el mundo, y sin embargo tiene un significado densísimo, porque hace posible una práctica y es invocado por una práctica para ser orientada.

⁴⁵ Léase F. WAISMANN, "On Verifiability", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplement, Vol. 19, 1949.

⁴⁶ J. R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Penguin, London 1995, p. 27.

Por tanto, tales hechos, que existen, que “son”, a pesar de no ser empíricos, y no son entonces “brutos”, deberán ser “institucionales”. Los conceptos jurídicos, operativos en una práctica jurídica, son para MacCormick precisamente y de manera principal hechos de este tipo. La “institución” de MacCormick es eminentemente la realidad, la práctica, que se manifiesta gracias a la operatividad de un concepto jurídico, del tipo de un “contrato” o de un “derecho subjetivo”⁴⁷. Y el derecho, el ordenamiento jurídico, es un hecho institucional, en cuanto resulta de la suma de los conceptos jurídicos operativos y de las prácticas que éstos explican. Es hecho institucional en cuanto sistema de “hechos institucionales”.

Podría parecer que esta propuesta vuelve a poner sobre la mesa la vieja concepción de los “institutos jurídicos” de la *Begriffsjurisprudenz* que está aún en boga en la ciencia jurídica alemana e italiana. Se piensa que se puedan identificar ciertos *Rechtsinstitute* con específicas características esenciales, por ejemplo el matrimonio, que requeriría la diferencia de sexo entre los cónyuges, o la familia que requeriría la presencia de un padre y una madre, y así sucesivamente. Y mediante esta “naturaleza” de los conceptos jurídicos, *melius* de los “institutos”, se ha creído poder decidir casos concretos. Y en realidad se ha hecho, de acuerdo con un razonamiento pleno de esencialismo. Ahora bien, MacCormick no tiene intención alguna de recorrer esta vía, por la simple razón de que el contenido o la operatividad del “instituto”, o del “hecho institucional”, ha sido dado por las normas de referencia⁴⁸, y luego por la práctica que se sirve de estas. Aquí no hay, en suma, una “esencia” independiente de la “existencia”.

Y sin embargo hay quien lo duda. Así podría ser resumida la crítica que Ronald Dworkin dirige al neoinstitucionalismo. Dworkin cree encontrar en la perspectiva de MacCormick (sobre Weinberger no se pronuncia) el resurgir de la concepción “criteriológica” del concepto de derecho. Es decir, una vez satisfechas ciertas condiciones necesarias, identificadas ciertas reglas, sería posible decir qué es el derecho. La verdad de un enunciado sobre lo que es el derecho dependería completamente de la satisfacción de ciertas condiciones semánticas. Esta perspectiva –sostiene Dworkin– se reproduce en el derecho entendido como “hecho institucional”, si la verdad sobre el derecho

⁴⁷ Vid. N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI, “La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques”, en *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, ed. de P. Amselek, Presses universitaires de France, Paris 1991, pp. 195 ss.

⁴⁸ Vid. N. MACCORMICK, “Law as Institutional Fact”, cit.

se hace depender exclusivamente de la identificación del hecho institucional pertinente. En particular la tesis institucionalista –continúa el filósofo americano– haría imposible la solución (y la explicación) incluso de los casos judiciales más simples. "*Pour moi, la thèse soutenant que le droit est vrai (quand il est vrai) en tant que fait institutionnel, ne permet pas d'expliquer la décision même dans les cas simples*"⁴⁹. La referencia al "hecho institucional" implicaría un razonamiento jurídico que resolvería la cuestión de la verdad del derecho en una "cuestión histórica"⁵⁰, lo cual haría implausible la interpretación por fines o por principios, que por el contrario es una necesidad y una constante en la interpretación de los materiales jurídicos.

Dworkin comparte la idea de que el derecho no es un hecho bruto, siendo por tanto un hecho dependiente de la praxis humana, un "hecho sobrevenido" –"*a supervenient fact*"–. No es posible que todas las otras cosas del universo sean verdaderas y que el mundo resulte diferente sólo porque, por ejemplo, es abolida la prohibición de fumar en un aula universitaria⁵¹. Los hechos del derecho se superponen al mundo empírico, lo "sobrevienen". En este sentido Dworkin se adhiere a la idea de que el derecho es un hecho institucional, y sin embargo toma distancia, si el hecho en cuestión es entendido en términos "esencialistas", como un evento en el mundo, un "existente" –diría Heidegger–, no un "ser", un hecho definido históricamente, cuya historia se ha concluido de manera que es sólo observable o constatable, pero al que no puedo ni contribuir ni participar. El hecho institucional es así "histórico", pero no "hermenéutico". "*Selon la vision institutionnelle, le droit existe, les propositions concrètes du droit sont vraies, en vertu de l'histoire propre à une communauté politique donnée. Cette histoire est le produit d'un certain type de pratique coutumière et de décisions prises par des institutions visant des buts précis*"⁵². Sobre ello, sobre el carácter "histórico" del hecho institucional", Dworkin no disiente; añade sin embargo la idea de que la historia de la que se habla y de la que el hecho institucional es expresión se da en la controversia sobre la manera de concebirla y de dictarla según una red de principios y conceptos con una fuerte universalizabilidad.

⁴⁹ R. DWORKIN, "La complétude du droit", en *Controverses autour de l'ontologie du droit*, ed. de P. Amselek e C. Gregorczyk, Presses universitaires de France, Paris 1989, p. 131.

⁵⁰ Ivi, p. 32.

⁵¹ Vid. ivi, p 128.

⁵² Ivi, p. 129.

Dworkin apunta a lo que puede ser un problema y una deficiencia en la doctrina neoinstitucionalista; pero nada fundamental en ésta la compromete en términos antihermeneúticos. El principio de co-validez de Weinberger –como se ha visto– hace del sentido de la norma una dinámica continuada de inferencias posibles, y en la concepción de MacComick las “*institutive rules*” permiten e incluso constituyen un ámbito de acción que es constantemente reinterpretado y definido⁵³. Sin embargo ni Weinberger ni MacCormick piensan que la argumentación sobre las normas y sobre los conceptos jurídicos sea eminentemente de carácter ético-político, y que exista un paso necesario, en el razonamiento jurídico, de la operación mediante normas a la deliberación moral, como por el contrario sostiene Dworkin. El *esprit géométrique* parece, tanto en Weinberger como en MacCormick, prevalecer a menudo sobre el *esprit de finesse*. De manera que posiblemente el filósofo estadounidense no se equivoca del todo en su crítica del institucionalismo, en donde el paso de la “esencia” a la “existencia” es aquí aún tímido, inconsciente, no suficientemente desarrollado.

V

En la perspectiva esencialista clásica (platonismo, aristotelismo, tomismo), la “esencia” precede a la “existencia”, en el sentido de que es más que ella. Ello en cuanto que la excede por contenido y posibilidades. Dicho en otros términos, aquí la “potencia” es mayor que el “acto”. En la perspectiva “existencialista” por el contrario la “existencia” precede a la “esencia”; la primera es más que la segunda, que no logra contenerla ni resumirla. El accidente está en la “existencia”, que no se deja abarcar en su concepto. Lo “universal-concreto” de Hegel se da sólo en la contingencia de un ser, de una práctica. La “potencia” es absorbida en el “acto”. Una vez que la “esencia” de las cosas se retira, se retrae y se esconde, “*deus absconditus*”, la naturaleza del hombre y de su mundo se manifiesta sólo en la trama de las decisiones y de las conductas de la “existencia”, “*homo absconditus*”⁵⁴. Por otra parte la “esencia” es “una”, singular, mientras la “existencia” es “múltiple”, plural. Más que de “*homo absconditus*”, deberá hablarse entonces de “*homines absconditi*”.

⁵³ Vid.. N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI, “La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques”, cit., pp. 207-208.

⁵⁴ Vid. H. JONAS, *Zwischen Nichts und Ewigkeit. Zur Lehre des Menschen*, Vandenhoeck, Göttingen 1963, capítulo primero.

Traducida al ámbito del derecho y de la disputa ontológica sobre su naturaleza, la contraposición entre "esencialismo" y "existencialismo" se despliega *grosso modo* del siguiente modo. Para el "esencialismo" el concepto de derecho consigue resumir tanto su posible esencia, sus propiedades fundamentales, o al menos las centrales o "focales", cuanto las ejemplificaciones o concreciones del concepto mismo, de manera que la práctica del derecho, su *modus operandi*, y la percepción que se tiene de él en el interior de la práctica misma, no tienen especial relevancia, o en todo caso no poseen relevancia definitoria. La definición se da fuera de todo "acontecer", es decir eminentemente desde el punto de vista externo.

Esta vía es explícita y radicalmente declarada y asumida en la fenomenología husserliana, cuyo requisito de "pureza" no se ejerce tanto contra y respecto a la dimensión del "deber ser" cuanto mucho más dramáticamente respecto a la dimensión de la "efectividad", o "existencialidad" del fenómeno considerado. Es el "epoché", la abstinencia de lo real, recomendada por el fenomenólogo. "Die Sachen selbst" se encuentran, sólo si no nos distraemos con su contingente versión existencial: „Der naturliche Seinsboden ist in seiner Seinsgeltung sekundär, er setzt beständig den transzendentalen voraus"⁵⁵. Lo que cuenta aquí es encontrar –por decirlo con Juan Ramón Jiménez– "el nombre exacto de las cosas": "Que mi palabra sea la cosa misma". Algo del género, si bien no tan radical o extremo, volvemos a encontrarlo de manera permanente en las doctrinas de estrategia esencialista. La abstinencia del "acontecer", refleja de alguna manera la sospecha hacia el mundo de la percepción sensible y de su "caducidad" o "no fiabilidad" que encontramos como *leit-motiv* de mucha reflexión filosófica y que quizás –dígase de paso– no es del todo injustificada. El refugiarse en el ámbito circunscrito del "epoché" no es diferente de la duda metódica de Descartes, o de la búsqueda de la "forma" en la filosofía platónica.

Ahora bien, para el "existencialismo" vale lo contrario. Es la práctica, el "acontecer", lo que nos puede, quizás, ofrecer la intuición de la naturaleza del derecho. De hecho, ni siquiera es correcto aquí hablar de "intuición", ya que el proceso de aprehensión de lo real en este caso es sobre todo sensible y pragmático, más que intelectual. La naturaleza del derecho no es buscada en su concepto a priori, o en un punto de vista externo, sino en su contingencia, en su "existencia", en su practicarse. El lugar de la definición es por tanto

⁵⁵ E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationen*, ed. de E. Ströker, III ed., Felix Meiner, Hamburg 1995, p. 23.

aquí trasladado a la praxis, en la suma de las concretas operaciones y acciones, el punto de vista “interno”.

Subráyese que el “existencialismo” no coincide con una perspectiva naturalista. La “existencia” aquí no es ser meramente biológico o determinísticamente gobernado. Se da por mediante hechos de (incluso baja o mínima) reflexividad, por ejemplo mediante la conciencia de su finitud, de la “apertura” a la muerte de la que nos habla Heidegger a propósito del *Dasein*, el “acontecer” propio de los animales. La definición, como una novela, puede tener un fin; de ella puede escribirse la palabra final. Se concluye una definición, como se concluye una novela o una historia, un relato. Pero una vida desde el punto de vista de quien vive se define precisamente porque el final no es conocido ni aún está escrito. Lo mismo vale para la práctica humana, la “existencia”. La “esencia” tiene un fin, porque no es limitada temporalmente. La “existencia” no lo tiene, porque es por el contrario delimitada en el tiempo, precedera, “abierta a la muerte”. Resultado paradójico podrá decirse, pero no por esto implausible. Si tuviera todo el tiempo de este mundo a disposición, podría siempre posponer o esperar. Por desgracia no lo tengo, y entonces tengo que decidirme, debo actuar, antes de que mi tiempo termine.

La exigencia de conciencia y de reflexividad (o de finitud) a la que reenvía la perspectiva existencialista no puede considerarse satisfecha por ninguna forma de teoría del derecho naturalizada, por ningún realismo jurídico que dilate la finitud de la experiencia humana en la infinitud de cadenas causales o de conexiones neuronales. Ahora bien, el institucionalismo no es de hecho una *jurisprudence* “naturalizada”. Su problema es precisamente el de ofrecer una explicación de un “concepto”, mejor de una realidad, que no es la inerte de una piedra, o la irreflexiva de la flor de una planta, o aún la de la activa pero “infinita” (ya que no “abierta a la muerte” de un animal en constante búsqueda de comida), de aquella “naturaleza” es decir causal o determinista estudiada por las ciencias empíricas o naturales.

La contingencia del institucionalista no es el mero encontrarse –por así decirlo– de una causa y un efecto, sino más bien lo “nuevo” que se abre allí donde una conducta se proyecta como aplicación e intensión de reglas. La acción del derecho se desarrolla en un espacio que tiene un comienzo y tendrá un fin, y más allá del comienzo no se puede regresar causalmente (determinísticamente), ya que la cadena de eventos aquí no es causal, puesta en marcha y actuación de “sentido”. Las reglas constitutivas de una institución, las “institutive rules”

de MacCormick⁵⁶, ya no son condiciones necesarias y suficientes del darse y de la validez normativa de la institución. La "open texture" del derecho no se clausura nunca de manera definitiva. No es casual que Weinberger lea y cite a Nicolai Hartmann, como fuente teórica de su concepción del derecho, ya que para el filósofo alemán –como es sabido– es "das Gesetz des Novum" lo que expresa la característica principal del estrato ontológico que emerge y se condensa en la convivencia social⁵⁷. Lo "nuevo" –nótese– es también contrario al "Uno"; se da en la dimensión de la "existencia", no de la "esencia", de la "praxis", no del "concepto", de la "historia", no de la "naturaleza"⁵⁸.

VI

¿Y nuestro marciano? Después de lo dicho, ¿qué habrá entendido del derecho? ¿Qué podrá contar sobre él al regreso a su planeta? Probablemente tendrá ahora las ideas más confusas que nunca. Y la cuestión sobre qué es el derecho le queda sin resolver, un misterio. Estos "humanos", pensará, son unos tipos bien extraños, que se complican sobre cosas extrañas, que no se ven, que no se tocan, no se sienten, y que por el contrario dicen que existen. ¿Pero cómo haré para conocerlo?, se preguntará aún. Y la respuesta no podrá ser más que la siguiente. Quédate un poco más con nosotros, habitantes de la Tierra. Si quieres conocer lo que hacemos socialmente, la "institución", debes participar un poco, situarte en su espacio de posibilidades de acción. Observar las prácticas o las "instituciones" es de alguna manera participar en ellas, adoptar las reglas que son su condición de perceptibilidad⁵⁹. Para entender el ajedrez hay que ver y observar jugar a los dos adversarios, pero

⁵⁶ Vid. N. MACCORMICK, "Law as Institutional Fact", cit.

⁵⁷ Vid. N. HARTMANN, *Neue Wege der Ontologie*, W. Kohlhammer, Stuttgart 1949, p. 65. Al respecto dicen cosas similares también H. ARENDT, *On Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago 1958, e C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, cit.

⁵⁸ En relación con esto, me complace recordar, aunque el tema debería profundizarse más, que uno de los más originales institucionalistas italianos, Guido Fassò, vincula estrechamente la institución a la historia, en una perspectiva llena de idealismo pero que es muestra del antiesencialismo implícito en parte de la doctrina institucionalista. Véase G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1954.

⁵⁹ Vid. C. CASTORIADIS, "Mode d'être et problème de connaissance du social-historique", en Id., *Figures du pensable*, Seuil, Paris 1999, p. 328: "Ainsi, après la "description extérieure" d'une société (de son organisation ensidique et fonctionnelle), nous devons tenter de saisir son *eidós* particulier, ce qui implique de pénétrer et comprendre le magma de ses significations imaginaires sociales".

sólo observar nos dice aún poco. Hay que jugar una partida, o meterse en la piel de quien juega la partida, usar las reglas.

Para el derecho es lo mismo. No participamos en el “mundo”, en la “naturaleza”, como participamos en una “práctica”. Sufrimos las “leyes” de la naturaleza, adoptamos o usamos las “reglas” de la práctica. Y el derecho es una “práctica”, que –como subraya Robert Alexy– bien puede prescindir del observador, pero que desaparecería y se disolvería sin el “participante”⁶⁰. Si tiene una “esencia”, ella es dada por el punto de vista del participante. Que el marciano, entonces, para poder saber que es el derecho debe poder hacer suya.

La “esencia” tiene que ver con la determinación del “ente”. Es así y no puede ser de ninguna otra forma. A lo más puede tener accesorios, revestimientos, reproducciones, duplicados, o “reflejos”. La “esencia” puede ser “identificada”, observada, quizás también (si se la considera una “especie natural”, la “natural kind” de Dworkin⁶¹) “verificada”, pero no imaginada, no inventada, no creada. Y el derecho es así, porque es producción de derecho, y por tanto su “esencia” se da en los términos de una “existencia”. Lo cual sitúa fuera de juego por lo menos al positivismo jurídico “excluyente” y reenvía para la definición del concepto de derecho a la controversia sobre el contenido de lo que es el núcleo duro, o, si se prefiere, el elemento magmático, “caótico” ya que más profundo, o sumergido (¿el Witz de Wittgenstein?), de la “institución” misma o del razonamiento de los juristas y de aquellos que practican y viven el derecho.

MASSIMO LA TORRE
 Facoltà di Giurisprudenza
 Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto
 Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro
 Campus Universitario “Salvatore Venuta”
 Viale Europa –Località Germaneto (88100) Catanzaro (Italia)
 e-mail: mlatorre@unicz.it

⁶⁰ Véase R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoles 2015, capítulo primero.

⁶¹ Véase la Introducción de R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2006, y especialmente su distinción entre “criterial concepts”, “interpretive concepts”, y “natural kind concepts”.