

CAPÍTULO 5

TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Joxerramon BENGOTXEA*

SUMARIO: I. *Teoría del Derecho, Razón Práctica e Institución*. II. *Teorías Institucionalistas del Derecho*. III. *Una Teoría Institucional del Derecho*. IV. *Bibliografía Recomendada*.

I. TEORÍA DEL DERECHO, RAZÓN PRÁCTICA E INSTITUCIÓN

Dentro de la filosofía práctica, hay enfoques que reparan en aspectos esenciales de la normatividad jurídica y de los sistemas normativos o sistemas jurídicos, se repara en la centralidad de las normas, o en la lógica de las normas, en la estructura del sistema jurídico, en el poder, en el orden, en el discurso, en la argumentación o la retórica, en la semiótica, en la centralidad de la economía a la hora de explicar los fenómenos jurídicos, en el conflicto, en el derecho como sistema de normas o como sistema cibernético, autopoietico, etcétera. La teoría institucional concibe el derecho como institución. Al abordar la teoría institucional, la dicotomía clásica se da, o se daba entre el derecho como norma y el derecho como institución. Así lo veían los primeros teóricos institucionalistas como Romano y Schmitt. Pero hay distintos conceptos de institución, y además se trata de un concepto bastante complejo.

En esta contribución pretendo presentar los rasgos esenciales de la teoría institucional del derecho que supera dicha dicotomía, en la versión que en su día propusieran conjuntamente Neil MacCormick y Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*¹ y que posteriormente desarrollara Neil MacCormick, culminando en su obra seminal

* Profesor titular de filosofía del derecho en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (Donostia-San Sebastian), España.

¹ MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.

Institutions of Law.² Para ello resulta conveniente identificar los tipos de problemas teóricos que interesan a la teoría institucional del derecho, es decir la teoría que concibe el derecho como institución, pero sin por ello negar la centralidad de las normas o del ordenamiento normativo.

Cuando se habla de “institución” en el derecho o en las disciplinas dogmáticas normativas posiblemente se recurre a un concepto distinto del que se usa en ciencias sociales, y ello a pesar de que el vocablo utilizado coincida: así “familia” es una institución social y también jurídica, pero al ser concebida como “institución” en el discurso teórico sociológico y en el discurso teórico jurídico cobran un sentido y un significado o referencia distintos.³ Las instituciones en el derecho se suelen dividir, según el ámbito o categoría de derecho, en instituciones de derecho público o privado. Así, las instituciones de derecho privado son ámbitos conformados por distintos tipos de reglas y que a su vez generan normas estrictamente privadas cuyo efecto se circunscribe a dichas instituciones, por ejemplo la institución del “contrato” o de la “hipoteca” o de la “filiación”, etc. Las instituciones de derecho público están igualmente conformadas por reglas o normas, normalmente de rango primario o constitucional, o como desarrollo de éstas, pero además son, a su vez, generadoras de normas con pretensión de universalidad. Algunas de éstas instituciones son organismos u órganos, por ejemplo un Parlamento, y otras son conjuntos de normas y principios normativos pero que no suponen la creación o la existencia de órganos, por ejemplo la “iniciativa legislativa popular”.

La regla de reconocimiento, mediante la cual identificamos como pertenecientes a un sistema jurídico concreto una serie de normas o de postulados normativos, y la operación práctica de las reglas jurídicas, implican que los agentes y destinatarios de las normas les otorgan un grado suficiente de validez o vinculatoriedad y que comprenden su sentido de un modo suficiente para poder acatar, cumplir, seguir y aplicar dichas normas, o para poder romperlas. Desde un punto de vista externo quizá pudieran describirse las normas con un compendio de regularidades del comportamiento: órdenes o permisos y conductas conformes que crean pautas de comportamiento (el hábito de obediencia austiniano) o sanciones aplicadas, que confirman la existencia de las reglas. Pero esta perspectiva externa no

² MacCormick, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford, 2007.

³ Émile Durkheim entendía por “*institution*” todas las creencias y modos de conducta instituidos por un grupo social o colectividad y que cobran una existencia o realidad propias fuera de los individuos que se guían por dichas creencias y modos de conducta en cada momento”.

nos explica por qué las reglas vinculan, por qué sus destinatarios pueden llegar a considerarlas normas válidas y exigibles. Para ello debemos comprender, desde un punto de vista interno de los usuarios y operadores de las reglas, en qué consiste la regla o la idea de seguir una regla, *to follow a rule*. La cuestión es si también el teórico o científico del derecho debe adoptar ese punto de vista (*verstehende*) o actitud crítica reflexiva hacia las reglas (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

En su libro sobre Hart y en el apéndice a *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick realiza una interesante distinción entre lo que llama el punto de vista interno volitivo y el cognitivo.⁴ Para que funcione el derecho es necesario que los operadores jurídicos y una mayoría social asuman el punto de vista volitivo mientras que el resto de la sociedad puede limitarse a una pragmática e interesada observancia. Para captar el fenómeno de la normatividad basta con asumir la perspectiva cognitivamente interna, la metodología próxima a la antropología social, pero ésta siempre será dependiente del punto de vista volitivo. No es necesario implicarse axiológicamente en la perspectiva de quienes se sienten vinculados por dichas normas, en contra de lo que defenderá Dworkin en *Law's Empire*,⁵ sino que basta con comprender en qué consiste dicho sentimiento de vínculo. En cierto modo, el famoso profesor de derecho anarquista del que hablaba Kelsen, debe tener una comprensión fenomenológica de lo que implica acatar las reglas. En la medida en que las instituciones se conforman por reglas, estas consideraciones son extensibles al contexto de la teoría institucional dentro del ámbito más amplio de la razón práctica.

Algo que caracteriza especialmente al tipo de razonamiento que se utiliza en el derecho respecto de los restantes ámbitos de la razón práctica reside no ya en esta forma de entender el carácter de las normas sino en el peso que tienen los argumentos de autoridad en el derecho, el hecho de que dichas normas y las instituciones que ellas configuran vienen dictadas o emanadas por autoridades a quienes se reconoce una especial legitimidad o autoridad para dictar dichas normas, siendo la fuente de dicha autoridad precisamente otras normas igualmente reconocidas como legítimas en el contexto de instituciones como la democracia representativa mayoritaria, el sistema jurisdiccional, el gobierno elegido por un parlamento, etcétera.

Los argumentos de autoridad ocupan un lugar especial, no exclusivo ni excluyente, pero sí prominente, en la argumentación jurídica. Uno de los

⁴ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Standford University Press, Standford, 1981, pp. 33-44 y MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* (revised edition), Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 275-92.

⁵ Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge M.A., Harvard University Press, 1986.

rasgos del derecho es que allí donde opera, el derecho instituye un tipo especial de razonamiento sobre asuntos prácticos que prescinde de una deliberación general o abstracta sobre lo que en un contexto determinado sería mejor hacer o no hacer. La argumentación jurídica, por ejemplo la aplicada en las sentencias judiciales, es institucional hasta el extremo de poder exigir que se descarten argumentos o razones que desde otras perspectivas discursivas prácticas – éticas, económicas, políticas, técnicas – podrían considerarse pertinentes, pero que vienen explícita o implícitamente descartadas por las normas jurídicas pertenecientes al sistema concreto en el que discurre dicha argumentación jurídica. (ver, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA). Cuando se apela al derecho no se toman en consideración todos los factores posibles sino que se toman en cuenta los requisitos del derecho (incluyendo permisos y capacidades), y la decisión se centra en la aplicación o el cumplimiento de dichos requisitos. La omnipresencia de las razones de autoridad no es sin embargo independiente de las razones más substantivas de la argumentación práctica.

Los argumentos de autoridad presuponen una pretensión de obediencia: donde la autoridad se ejerce legítimamente, la desobediencia es, *prima facie*, incorrecta. Las razones sobre las que se basan las razones de autoridad no pueden ser a su vez, exclusivamente, razones de autoridad. Para hacer inteligible este tipo de razones se debe entrar en una argumentación teleológica o deontológica o mixta. Se debe alegar que es correcto respetar normas dictadas de un cierto modo o ciertos valores – acaso la paz o el orden social - asegurados por la observancia de tales normas. Dicho esto, el derecho es un foro de argumentación institucional o, si se prefiere, institucionalizado en la medida en que otorga necesariamente un lugar central a las “razones de autoridad” en la forma de leyes, precedentes, fuentes doctrinales y similares.

II. LAS TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS DEL DERECHO

Distinguimos ahora entre las teorías institucionales y las teorías institucionalistas del derecho. Para las primeras el concepto de institución resulta esencial para comprender los fenómenos jurídicos y su especificidad dentro de la razón práctica en general. Para la segunda, la explicación del derecho discurre siempre a través de la institución, es como una institución de instituciones (meta-institución) que termina relegando a segundo plano el concepto de norma o el mismo normativismo, y termina diluyendo incluso el

concepto de sociedad. El institucionalismo o teoría institucionalista es una doctrina jurídica que encuentra en el concepto de institución (jurídica) la explicación de todo fenómeno social de modo que el derecho mismo termina por identificarse con la institución que crea las normas según el adagio *ubi societas ibi ius*.

Veamos tres posibles corolarios de esta visión. Un corolario de esta doctrina llega a afirmar la hipertrofia jurídica, ya que toda forma de vida asociada que implique el seguimiento de normas – sociales, éticas, políticas, etcétera - se reconduce a una institución jurídica y no existen formas institucionales fuera del derecho. Es un expansionismo jurídico. Otro corolario de esta doctrina contempla a la institución (jurídica) como la forma más perfecta y desarrollada de organización, apta para asegurar la efectividad de la organización. Nos encontramos frente a un perfeccionismo jurídico. El otro corolario es reduccionista de lo no jurídico: si no se trata de normas jurídicas creadas por o acumuladas a lo largo de la institución del derecho, no son normas, por lo que toda norma resultará ser jurídica. Estos tres corolarios hacen del institucionalismo una teoría poco realista, más bien idealista o formalista, que casa perfectamente con los moldes positivistas clásicos.

El institucionalismo se desarrolla por autores interesados en el derecho público, sobre todo el constitucional o administrativo y responde a preocupaciones del tipo: ¿cómo se puede integrar a las personas en estructuras y proyectos colectivos y asegurar las relaciones interpersonales, la interdependencia mutua? ¿De dónde viene la legitimidad de la autoridad política? Así, el derecho tiene tres rasgos definitorios, la socialidad, el sistema y la pluralidad.

Esta doctrina institucionalista estaba reaccionando contra el normativismo extremo según el cual el derecho se comprende únicamente a través de las normas. Las normas son a su vez expresiones institucionalistas. Los principales exponentes de la teoría institucionalista son Maurice Hauriou y Santi Romano, y en cierto modo también Carl Schmidt.

Para Romano (1875-1947), el derecho es el cuerpo social que coincide con una organización concreta que funciona en una sociedad a través de la actividad jurisdiccional, las administraciones y los órganos estatales. Contra lo que pretenden los normativistas, el derecho alcanza mucho más allá del sistema de normas, ya que muchas de las normas identificables en el ordenamiento jurídico pueden considerarse irrelevantes o inexistentes.⁶ Es un

⁶ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Anali delle Università Toscane, 1917 [hay traducción castellana de Sebastián Martín-Retorillo y Lorenzo Martín-Retorillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964].

postulado cercano al realismo, pero termina postulando un idealismo institucional que reemplaza al idealismo de las normas al que critica. Para Romano, el derecho, antes de ser norma y de regular una relación jurídica concreta, es organización, estructura de la sociedad, entidad unitaria y autosuficiente, aunque nada impide que resulte una pluralidad de dichas unidades, si se identificasen varias sociedades paralelas o adláteres, algo que permite interpretaciones más modernas cercanas al pluralismo. A pesar de estos méritos de la teoría que permite explicar fenómenos pluralistas, nos encontramos ante una teoría circular que presupone de antemano la existencia de organización como presupuesto dado de la institución, en vez de explicar cómo las instituciones pueden generar a su vez organizaciones, no sólo ser el producto de las mismas.

Así Romano pretende ser realista o sociológico y considera por ejemplo a la mafia como una institución dado que lo que importa es que está organizada y desarrollada y que sea efectiva en lo que se propone, y en última instancia evita la discusión de la validez o aceptabilidad de las normas, que está también en la base de la sociabilidad jurídica. El derecho se va moldeando por la producción espontánea y está vigente toda vez que existan relaciones sociales que lo apoyen. El derecho nunca se inicia a partir de cero, sino que se agrega al derecho preexistente o lo modifica de tal modo que el legislador nunca crea en realidad derecho *ex novo*. En cierto modo la institución precede al derecho.

Maurice Hauriou (1883–1929) propuso una teoría de las instituciones que definía al estado como una institución corporativa diseñada para proteger la vida civil y la libertad. La institución a su vez es una idea o un proyecto de obra o de empresa que se realiza y perdura jurídicamente en un entorno social de modo que para realizar esta idea se va organizando un poder y se van creando unos órganos que se rigen por ciertos procedimientos y al mismo tiempo los miembros del grupo social comparten esa idea, ese proyecto, y de mutuo consuno lo reafirman. Así se asegura la legitimidad y el sentimiento de pertenencia e identidad política. El estado sería como una meta-institución o institución que hace posible todo tipo de fundaciones e instituciones que persiguen distintos proyectos o empresas.⁷ Hauriou detecta una lenta evolución social distinguiendo entre instituciones vivas, que requieren del derecho para existir, e instituciones inherentes que han sido corporizadas en un poder organizado, trascendiendo la mem-

⁷ Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Larose, Paris, 1923.

brecía de los individuos que puedan conformarla. Así la institución se personifica, se hace cuerpo, se corporativiza o se incorpora.

Tanto las teorías de Romano como de Hauriou otorgan una relevancia excesiva a un concepto de institución que no llegan a matizar y que termina idealizándose frente a otros elementos importantes del fenómeno jurídico. Indican el lugar dominante, central del Estado a principios del Siglo XX y a pesar de que no excluyen postulados pluralistas, el tipo de pluralismo depende de la co-existencia de sociedades paralelas como en las situaciones coloniales o en las sociedades complejas con subculturas marcadas. Schmitt dará un paso más grande y firme en contra del normativismo.

Un caso especial de institucionalismo es el de Carl Schmitt (1888-1985), conocido por otras teorías, como el derecho de excepción y la tesis amigos/enemigos, el antiliberalismo, la teología política, el Nomos de la Tierra, y no tanto por su institucionalismo decisionista y antinormativista. Se opone a las normas por su presupuesto de igualdad y universalidad para proponer el pensamiento o la doctrina del orden concreto, *konkretes Ordnungsdenken*, en su obra sobre los tres tipos de pensamiento jurídico *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*.⁸ La institución encarnaría, frente a la norma, un ámbito de la decisión adoptado por una comunidad orgánica que no se funda sobre una convención, donde distintas personas se encuentran agrupadas (y atrapadas) en una totalidad que no pueden trascender y cuya regulación es inherente o propia; el organismo se autorregula y no necesita dotarse de ni dictar normas generales, abstractas y universales sino que se desarrolla a través de manifestaciones vitales y a través de las decisiones de los individuos que lo componen y que tienen una relación privilegiada con la comunidad. El institucionalismo se convierte en la ideología que justifica el decisionismo.

III. UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Frente a las clásicas teorías institucionalistas, desarrolladas en los convulsos momentos de la Europa de los totalitarismos (Romano y Schmitt fueron considerados como los ideólogos de los sistemas jurídicos totalitarios de sus respectivos estados, la Italia fascista y la Alemania nazi), aparece en la segunda mitad del S XX en Europa la teoría *institucional* del derecho, más

⁸ Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Hamburg, 1934.

modesta en sus ambiciones, y que recupera elementos esenciales como la acción social y el concomitante concepto de norma social y norma jurídica.

La teoría de la acción es esencial a la filosofía práctica, implica la existencia de actores y un comportamiento o actuación socialmente relevante (conforme o contrario a las normas). Desde un punto de vista ético implica además la libertad de acción y la responsabilidad kantianas. Esa relevancia social viene enmarcada en un contexto de normas jurídicas y prácticas e instituciones, jurídicas y sociales. Las personas son seres actuantes, agentes - conforme a normas o al menos en un marco conformado por normas e instituciones - y actores sociales, generadores de nuevas normas e instituciones. Como explica Weinberger,

[e]ntre las normas sociales y las instituciones hay una relación esencial: la validez de las normas está en el hecho de que éstas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones sólo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica. Esta es la tesis básica de nuestra doctrina institucional que se opone diametralmente a la doctrina clásica de Hauriou y de Schmitt.⁹

Quizá exagere Weinberger en esta afirmación. Al fin y al cabo, los institucionalistas opuestos al normativismo no niegan la relevancia social de la institución y un institucional como Neil MacCormick concibe la institución como un mecanismo jurídico especial – el contrato, la propiedad, el matrimonio, y similares – que sirve como esquema de coordinación de expectativas recíprocas y de ajustes a las conductas. Es cierto que esta concepción reintroduce la teoría de la acción, pero esta teoría no quedaba desterrada completamente en la teoría de Hauriou ni en la de Romano. Al fin de cuentas quizá sea más una cuestión de terminología, ya que el discurso en torno a los “vínculos orgánicos” inherentes a una institución es más decimonónico y más cercano al totalitarismo. Pero las anomalías o anomías que representan los comportamientos, acciones o conductas que se salen de las instituciones sin por ello comportar un quebrantamiento de las normas quedan relegados a la categoría de lo social o jurídicamente irrelevante.

Desde su lección inaugural “*Law as Institutional Fact*”¹⁰ hasta su conferencia de jubilación o “valedictory” titulada “*Just Law*”,¹¹ la teoría institucional

⁹ Bulygin, Eugenio, “Entrevista con Ota Weinberger”, *Doxa*, vol. 11, 1992, p. 320

¹⁰ MacCormick, Neil, “Law as Institutional Fact”, *Law Quarterly Review*, vol. 90, 1974, pp. 102-129,

¹¹ MacCormick, Neil, “Valedictory Lecture: 'Just Law'”, 28 de enero 2008 en Playfair Library, University of Edinburgh (Puede escucharse en formato mp3 en la siguiente dirección: http://law-srv0.law.ed.ac.uk/media/42_professormeilmcormacksvalidictorylecture.mp3)

de MacCormick aparece como una forma de entroncar con la teoría institucional propia de la tradición jurídica escocesa, junto a otras versiones del institucionalismo, y la filosofía analítica aplicada a los actos de habla (Austin y Searle). Las dos obras principales son el libro escrito conjuntamente con Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*¹² y su reciente *Institutions of Law*,¹³ donde define el derecho como “ordenamiento normativo institucional”, “*institutional normative order*”.¹⁴

Se trata de la definición más breve y más acertada que se pueda aportar y recoge magistralmente el pensamiento de MacCormick: el entronque con la filosofía práctica al ser el derecho uno más entre los diversos órdenes normativos –moral, política, estética, costumbre– y su contribución personal, una teoría institucional que distingue al derecho de los restantes órdenes prácticos pero que es suficientemente amplia y alejada de específicas modalidades de derecho –estatal,¹⁵ consuetudinario, internacional– como para captar formas de derecho que otras definiciones suelen expurgar del concepto de derecho, con el objeto de establecer una relación íntima y necesaria entre derecho y estado. De esta forma abre la teoría del derecho al pluralismo, y de hecho MacCormick será uno de los primeros autores en proponer la idea de pluralismo constitucional para comprender la cuestión de la soberanía compartida en la Unión Europea, es decir el hecho de que tanto la UE como los Estados Miembros pretenden ser la base de fundamentación soberana y legitimidad exclusiva u originaria de los respectivos ordenamientos.

Los órdenes normativos existen cuando, y en la medida que, los seres humanos orientan su conducta por referencia a alguna norma de conducta y perciben dicha conducta como “debida”, “ajustada a derecho” u “ordenada” (*orderly*) en contraposición a indebida, caótica, o desordenada (*disorderly*), en razón de su “normalidad”, “regularidad” o conformidad con las normas. Este tipo de orden acontece cuando la vida social se desarrolla de

¹² MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer, Dordrecht, 1986.

¹³ MacCormick, Neil, *Institutions of Law*, *op. cit.* [En adelante, *IL*.]

¹⁴ Pero también resulta muy útil el Volumen IV *Semiotics and Institutional Theory*, núm. 12 de la *International Journal for the Semiotics of Law*, 1991, especialmente los artículos de Pintore, Anna “Law as Fact? MacCormick’s Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence”, pp. 233-253 y de Roermund, Bert van “The Instituting of Brute Facts”, p. 279-308. Véase la respuesta a estas críticas por parte de Neil MacCormick en el volumen 5, núm. 13 de esta revista, “Further Thoughts on Institutional Facts”, *International Journal for the Semiotics of Law*, 1992, p 3-15.

¹⁵ Así derecho estatal es un caso especial de derecho y la relación entre derecho y estado no es necesaria sino contingente.

un modo predecible e inteligible, con una relativa seguridad de que la gente respetará de una forma razonablemente leal las normas de conducta, lo cual genera un sistema de expectativas mutuas incluso entre personas que no se conocen. Las normas, sean del tipo que sean -lingüísticas, de juegos, de prácticas sociales como la danza, de actividades estéticas como la música, o incluso las del orden moral cotidiano- no existen de modo solitario, como preceptos o medidas aisladas sino que se agrupan en conjuntos y pertenecen a sistemas, conformando instituciones. Lo que ocurre es que puede haber un tercer género entre conducta *orderly* y conducta *disorderly*, lo cual plantea el reto de la “anormalidad”, la “irregularidad” o anomia y en definitiva del cambio social a la teoría institucional. Hasta que la aparición de nuevas prácticas sociales, nuevos comportamientos que aparentemente no siguen las normas sociales pre-establecidas conforman una modificación de la institución existente (mutación, transformación) o se crea una nueva institución al cambiar las normas y expectativas que la conforman o constituyen, puede haber una dificultad para las teorías institucionales.

La idea de la agrupación y ordenación de normas en instituciones es especialmente visible en el caso del derecho estatal, que es siempre, en un cierto grado, ordenado y sistemático, institucional o institucionalizado hasta grados extremos, especialmente a través de la dogmática jurídica, cuya labor es especialmente institucionalista al ordenar las reglas existentes en el derecho del foro, dispares y dispersas, en torno a instituciones jurídicas. Pero además esta alta institucionalización favorece la estabilidad social. Creer en, y orientar la propia conducta conforme a, un conjunto de normas del sistema *estatal* -administrativo, burocrático- es un modo particularmente importante de alcanzar un nivel de orden y seguridad entre la gente en sociedades complejas cuyos miembros son socialmente anónimos. Esta visión favorece la estabilidad, la interdependencia y confianza mutua reforzando las expectativas intersociales.

Las normas y los órdenes normativos tienen una existencia particular, son hechos institucionales, como diría Searle.¹⁶ Algunas de estas normas versan sobre hechos brutos y otras versan sobre hechos institucionales. Los sistemas jurídicos en cuanto ordenamientos de normas o de enunciados normativos compartidos por distintas personas no tienen una presencia física tangible sino que son construcciones mentales ideales, son objetos del pensamiento. Sin embargo ello no implica que un sistema jurídico deje de

¹⁶ Interesa en especial su última obra, Searle, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, New York, Oxford University Press, 2010

pertenecer al mundo social real para replegarse en el puro mundo de las ideas, pues en última instancia regulan las conductas en una sociedad con coordenadas espacio-temporales concretas; una sociedad que de forma circular contribuyen a re-definir. Los ordenamientos que existieron y perdieron su vigencia a lo largo de la historia quizá puedan tener esa existencia ideal aunque algunos de sus rasgos o algunas de sus instituciones históricas pervivan, o hayan sedimentado, por usar la expresión de Kaarlo Tuori.¹⁷ En nuestro mundo social al sistema jurídico vigente –válido o existente- le corresponde, aunque sea imperfectamente, un ordenamiento jurídico positivo o real (sociológicamente relevante, lo que nos lleva a postular, con Hart, la tesis de las fuentes sociales del derecho). Aseverar que un “sistema jurídico” *existe* en algún lugar es una forma de dar cuenta de un tipo de orden social que opera en dicho lugar y por eso el derecho es un importante factor que explica la existencia de orden y concierto (*orderliness*). Nos encontramos pues ante un orden institucional. Esta visión supone un importante desarrollo, sociológicamente significativo, de la teoría institucionalista que en su día intuyeran Hauriou o Romano, aunque sigue incidiendo en la idea de orden frente a la importancia del conflicto y cambio concebida la anomía quizá como un paréntesis en el cual no están claramente perfiladas las instituciones o hay grandes divergencias respecto de las normas –constitutivas, consecutivas y terminativas - que las caracterizan, y este énfasis en la estabilidad quizá contribuye a la idoneidad de su caracterización como teoría institucional.

La caracterización del derecho como orden u ordenamiento normativo no debe sorprender, pero es su elemento institucional lo que merece la pena explicar más detenidamente. Se parte del concepto de hechos institucionales en la acepción y expresión acuñada por Searle,¹⁸ *institutional facts*, por contraposición a los hechos brutos, físicos o nudos, no por ello menos problemáticos.¹⁹ Con ello no se pretende que los hechos institucionales que tengan soporte físico o espacio-temporal pierdan su existencia bruta o física, sino más bien que esta posible existencia bruta no determina su significado y sentido, son las normas definitorias (constitutivas principalmente) las que otorgan dicho sentido y dichas normas son sociales, o mejor, culturales, en el sentido de compartidas intersubjetivamente y simbólicas. Los hechos

¹⁷Tuori, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension Between Reason and Will in Law*, Ashgate, Farnham, 2011, *passim*.

¹⁸ Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

¹⁹ En *Making the Social World*, Searle postula una única realidad, evitando postular la existencia de distintos reinos ontológicos, uno mental, otro físico, otro social. La cuestión es cómo la realidad humana se adapta a esa única realidad.

institucionales presuponen la existencia de reglas de conducta existentes en sistemas de normas, en el caso del derecho, de normas jurídicas. Lo que hace que un ordenamiento sea institucional tiene que ver con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al ordenamiento en cuestión y que se identifican o reconocen como válidas en dicho orden.

Instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos son típicamente 'institucionales' en este sentido, son agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter auto-referencial pues quienes operan en su seno tienen autoridad para hacerlo sobre la base de las mismas reglas que hacen que sean el tipo de agencias que son. La influencia de Weber, Luhmann o Teubner no es despreciable.

Pero el concepto de institución abarca también otro conjunto de normas que los juristas designan como 'institutos' o instituciones. Así, la familia, el matrimonio, la filiación, la herencia, el contrato y los distintos tipos de contrato, la "responsabilidad extra-contractual", entre muchas otras, son instituciones de derecho (privado). Aquí se puede introducir una distinción entre la institución abstracta o institución tipo (*institution-type*) como el contrato en general, o los distintos tipos de contrato en abstracto y cada una de las instancias concretas de contrato que se vayan desarrollando y que individualizan la institución, pero que no dejan de ser instituciones individuales y concretas y que podemos llamar *institution-token* o institución-item. Se corresponden grosso modo con las normas universales y las normas individuales.

Esta distinción entre *type* (tipo ideal, categoría) y *token* (caso concreto, muestra, ejemplar) quizás requiera más atención de la que le concedieran MacCormick²⁰ o Weinberger pues gran parte del interés metodológico y epistemológico en las instituciones que muestran el jurista teórico o dogmático o el comparatista se despliega sobre el concepto de institución-tipo mientras que gran parte del interés en las instituciones que muestra el jurista práctico –el jurídico forense o el practicante del derecho– y del interés puntual de los ciudadanos en el derecho se despliega sobre las instituciones-*token* que son instancias particulares de las instituciones tipo. Una parte

²⁰ It is the potentiality for application that gives significance to the legal-scientific construction of institutions as frameworks ... but it is not legal science that carries out the process of application – that is a matter of legal practice...” “Further Thoughts on Institutional Facts”, *op. cit.*, p. 15.

importante de la labor conceptual del jurista práctico consiste precisamente en clasificar situaciones o relaciones jurídicas concretas dentro de las categorías dogmáticas o teóricas de las instituciones-tipo, como ocurre por ejemplo con la calificación de los hechos como constitutivos de un tipo penal determinado o de un tipo de contrato en concreto.

La distinción entre institución-tipo e institución-caso o *token* abre además interesantes avenidas para la sociología jurídica, el derecho en acción interesado en las concretas instancias de instituciones que se van desarrollando y que pueden llegar a transformar las instituciones-tipo a través del cambio social y de la acción social de los agentes y operadores jurídicos. Anna Pintore²¹ ubica por ello la teoría de MacCormick dentro de la corriente de *sociological jurisprudence* más que dentro del iuspositivismo.

Las instituciones están definidas y determinadas por reglas, de forma que no es concebible una institución sin el concepto de reglas y tampoco es pensable que las normas puedan operar fuera de los contextos institucionales. Estas reglas son de tres tipos: constitutivas, consecutivas y terminativas.

Las reglas o normas *constitutivas* o instituyentes son las que definen la institución y las condiciones dentro de las cuales podemos afirmar la existencia de la institución. Estas reglas nos permiten reconocer o identificar la institución tipo, al fijar las condiciones definitorias de las mismas, y nos permiten verificar la existencia de cada una de las concretas y específicas *instituciones-token*. Las reglas *consecutivas* determinan el haz de relaciones que se siguen una vez constituida la institución, los derechos y obligaciones, las prerrogativas, potestades, facultades, inmunidades, sujeciones, poderes, reclamos, sanciones etcétera que se siguen al crearse las instituciones-tipo en general o las instituciones-token concretas y que determinan su operatividad en el espacio y en el tiempo y en gran parte condicionan la acción social desarrollada conforme a dichas instituciones. El último tipo de reglas que conforman las instituciones son las *terminativas* que estipulan las condiciones según las cuales se da por concluida o extinta una institución-tipo o una instancia particular de la misma (institución-token) y se prevén los regímenes transitorios que pueden aplicarse hasta que se consuma su extinción definitiva.

Como se ve la relación entre norma e institución es aquí intrínseca y conceptual, y esto caracteriza la teoría institucional del derecho frente a las teorías institucionalistas clásicas de Romano y Hauriou. El libro de MacCormick *Institutions of Law* representa en este sentido una teoría general del derecho que aplica el enfoque institucional al derecho en su conjunto como

²¹ Pintore, "Law as Fact?", *op. cit.* p. 234.

orden normativo relacionado conceptualmente con la justicia (*IL*, cap 15) y aplica también este concepto de institución a los distintos ámbitos del derecho: al estado y a sus agencias, poderes y órganos, a las personas, a los daños y deberes, a las posiciones y relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), a las cosas (propiedad), a los poderes públicos y la validez (actos administrativos), a los límites al ejercicio del poder (derechos fundamentales), al delito (derecho penal), al mercado, al comercio y a la economía (*IL*, caps 5-14). *Institutions of Law* se inserta de esta forma en la tradición institucionalista de los clásicos, especialmente las *Institutiones* de Gaius (I.8.) para quien todo el derecho que se usa tiene que ver con las personas, las cosas o los actos “*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*”.

Como se puede apreciar nos encontramos ante una teoría general del derecho que pretende y consigue explicar todas las ramas del fenómeno socio-jurídico “derecho” desde una coherencia interpretativa – reconstrucción dogmática racional - que presenta además al derecho como muy cercano a los restantes ordenes normativos o prácticos, y por lo tanto, como orden social. Con esta monumental obra que combina la profundidad teórica con los conocimientos a la vez enciclopédicos y detallados sobre todo el derecho no sólo escocés, sino también inglés y europeo, MacCormick entronca perfectamente no sólo con los clásicos del derecho romano sino también con la obra del jurista escocés pre-ilustrado Lord Stair cuyo significativo título es precisamente *The Institutions of the Law of Scotland* (1681, 1693).²²

No todos los ordenamientos normativos son derecho. En una sociedad podemos encontrarnos con múltiples conjuntos de normas (que conforman instituciones) en la religión, la moral, la política, etcétera. El derecho es quizá el más significativo y desde luego el más “institucional”; en cierto modo el derecho es doblemente institucional, como diría Bohannon, ya que regula las condiciones de adopción, creación, transformación, aplicación y terminación de las instituciones y otorga a ciertos órganos (que también son instituciones) competencias y potestades para adoptar decisiones sobre dichas instituciones. Esto hace que el derecho sea más definible, identificable, aporta seguridad y certeza. Además, no todos los derechos, no todos los ordenamientos normativos institucionales, adoptan o requieren para su

²² Véase la edición tricentenario a cargo de D.M. Walker, Edimburgo y Glasgow 1981. En su dedicatoria al rey Carlos I, Lord Stair lo consideró como un compendio de las leyes y costumbres de su viejo Reino de Escocia presentado según un método claro, racional y natural, en el que la justicia natural se deduce de varios principios evidentes y del que se siguen todos los distintos derechos privados...

existencia la figura del Estado. En todo país donde se haya tenido que estudiar el derecho canónico como una disciplina de la carrera de derecho esto debería parecer una obviedad, lo mismo que ocurre con el derecho de la Unión Europea (o las Comunidades Europeas) cuyos oficiales y funcionarios pueden estar sometidos a la ley o al principio de legalidad (*rule of law*) sin que la UE sea un estado. Del mismo modo que no todo el derecho es estatal, también hay estados que no son “estados de derecho”, aunque sea impensable un Estado que prescinda absolutamente de las formas jurídicas y siga considerándose “estado”.

Institutions of Law muestra cómo el derecho se relaciona con el estado y con la sociedad civil, estableciendo las condiciones para la paz social y para la economía real. En esta tarea MacCormick se hace eco de los avances en la sociología del derecho, especialmente la teoría de sistemas (y expectativas mutuas). Es un loable y logrado empeño por elaborar una teoría general del derecho que al mismo tiempo se base sobre una sociología del derecho.

La definición del derecho como ordenamiento normativo institucional permite además, como lo hacía de un modo más rudimentario la concepción de Romano, abordar conceptualmente el tema del pluralismo jurídico en general - la coexistencia o la existencia paralela, según el caso, del derecho estatal y de otros ordenes normativos institucionales no estatales de comunidades religiosas, o grupos étnicos, sociales, subculturas²³ - y el pluralismo constitucional que caracteriza a la UE en estos momentos: reglas de reconocimiento nacionales según las cuales el ordenamiento jurídico europeo reposa sobre las constituciones de los Estados Miembros y regla de reconocimiento comunitario europeo que engloba a los ordenamientos jurídicos municipales o domésticos en el ordenamiento constitucional común de la integración europea.

Como toda teoría general, la teoría institucional de MacCormick comporta además, o mejor dicho, comporta sobre todo, una epistemología y su correspondiente metodología (*IL*, cap. 16) como hemos subrayado en torno a la distinción entre institución tipo e institución *token*. Pretende analizar la naturaleza de las pretensiones sobre el “conocimiento del derecho”, delimitando críticamente la posibilidad de emprender estudios jurídicos con un carácter genuinamente científico en el que las instituciones jurídicas vienen conformadas por sistemas de normas dogmática y racionalmente reconstruidas a la luz de tales instituciones y a su vez las normas en cuestión tie-

²³ Derecho y moral son órdenes genuinamente diferentes en virtud del carácter “positivo”, institucional y heterónomo del derecho, que contrasta con la autonomía, un valor fundacional de la moral (kantiana) que defiende MacCormick en su última obra, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

nen una existencia o un sentido institucional, en tanto que hechos institucionales. Las reglas de segundo grado, nivel u orden de Hart – reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación - pueden así redefinirse adecuadamente desde la teoría institucional. Pero al mismo tiempo los estudios jurídicos inevitablemente están marcados por una orientación hacia los valores que inspiran toda filosofía práctica, de tal modo que la filosofía jurídica analítica, la rama más teórica o “científica” de la filosofía práctica, ya no puede ser positivista en el sentido de *value-free*. En este punto quizá haya exagerado MacCormick las tesis positivistas: el ius-positivismo clásico no tenía por qué negar la influencia (social) de los valores en el derecho ni en la fase de creación ni en la fase de aplicación e interpretación. Pero la afirmación es mucho más radical: la filosofía jurídica tampoco puede estar conceptualmente separada de la razón práctica. Es aquí donde se da el salto hacia el post-positivismo o el acercamiento con un cierto derecho natural ya que positivismo clásico acometía una separación conceptual tanto en materia de validez jurídica como en materia de conocimiento y descripción del derecho válido.

En consonancia con Dworkin, o incluso el segundo Wittgenstein, la mejor interpretación de una práctica es la que intenta darle su mejor sentido y esto exige construir la versión más atractiva desde el punto de vista valorativo, que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad.²⁴

IV. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- BENGOETXEA, Joxerramon, “Institutions, Legal Theory and EC Law”, LXXVII *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991.
- BRODERICK, Albert (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou. Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.
- CASTORIADIS, Cornelious, *L'institution imaginaire de la société*, Paris 1974.
- CROCE, Mariano, “Does legal institutionalism rule out legal pluralism?: Schmitt’s institutional theory and the problem of the concrete order”, *Utretch Law Review*, vol 7, num. 2, 2011
- HAURIOU, Maurice, *Aux sources du droit: Le pouvoir, l'ordre, et la liberté*, Paris 1933.

²⁴ MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2nd edition, Stanford, 2008, p. 15 (nuestra traducción).

- _____, *Précis de droit constitutionnel*, Larose, Paris, 1923.
- LA TORRE, Massimo "Institutionalism Old and New", *Ratio Juris*, 1993, vol. 6, pp. 190–201.
- _____, *Norme, istituzioni, valori*, 2nd ed., Rome–Bari 2002.
- _____, "Institutionalist theories of law" IVR Encyclopaedia of the Philosophy of Law (http://ivr-enc.info/index.php?title=Institutionalist_theories_of_law)
- MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Standford University Press, Standford, 1981.
- _____, *Legal Reasoning and Legal Theory* (revised edition), Oxford University Press, Oxford, 1994.
- _____, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford, 2007.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.
- MARCH, J. G. y OLSEN, J. P., *Institutional Perspectives on Political Institutions*, Oslo 1996.
- ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 2nd ed., Milan 1983.
- _____, *L'ordinamento giuridico*, Analli delle Università Toscane, 1917 [hay traducción castellana de Sebastián Martín-Retorillo y Lorenzo Martín-Retorillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964].
- SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1934.
- SEARLE, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, New York, Oxford University Press, 2010
- TUORI, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension Between Reason and Will in Law*, Ahgate, Farnham, 2011, passim.
- WEINBERGER, Ota, *Law, Institution, and Legal Politics*, Deventer 1991.
- _____, *Norm und Institution*, Vienna 1988.