

TEORIAS INSTITUCIONALISTAS DEL DERECHO (ESBOZO DE UNA VOZ DE ENCICLOPEDIA)*

INSTITUTIONAL THEORIES OF LAW
(DRAFT FOR AN ENCYCLOPEDIA CONCEPT)

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi di Catanzaro

Resumen: *El artículo trata sobre el institucionalismo jurídico como una corriente de pensamiento que se opone a la concepción estrecha del derecho que se sostiene desde el positivismo jurídico. Los principios de esta teoría fueron desarrollados por el jurista italiano Santi Romano, quién sostuvo la equiparación del ordenamiento jurídico como una forma social organizada. Otra vertiente de esta teoría, es la que representa Maurice Hauriou que distinguía entre instituciones-personas e instituciones-cosas y equiparaba con éstas últimas al Estado representativo. El jurista alemán Carl Schmitt es otro representante de esta teoría aunque en una vertiente ilegítima debido a su carácter antiiluminista, irracionalista y antiliberal. La teoría ha sido renovada por los aportes del llamado neo-institucionalismo de Ota Weinmberger y Neil MacCormick, y la teoría institucional de Cornelius Castoriadis.*

Abstract: *This article is about the juridical institutionalism as theory opposed to the closed conception of law supported from the legal positivism. The principles for this theory were developed by the italian jurist Santi Romano, who stated the description between the juridical organization as a ordered social form. Another variation for this theory is that one supported by Maurice Hauriou, who distinguished between institutions-persons and institutions-things and put as equivalent these last ones with the representative State. The german jurist Carl Schmitt is another representative from this theory, nonetheless from an illegitimate variation, due to his anti illuminist, irrational and anti liberal character. The theory has been renewed by the academic contributions made by the neoinstitutionalism from Ota Weinmberger and Neil MacCormick, and also by the institutional theory made by Cornelius Castoriadis.*

PALABRAS CLAVE: institucionalismo, positivismo, teoría del Derecho

KEY WORDS: institutionalism, positivism, theory of Law

* Traducción de Fco. Javier Ansuátegui Roig.



I.

El institucionalismo jurídico es una corriente de pensamiento que se incluye en la más amplia “revuelta contra el formalismo” que ha tenido lugar desde finales del siglo XIX. Ello vale tanto para el institucionalismo “clásico” vinculado a los nombres de Santi Romano y Maurice Hauriou como para las más recientes teorías neo-institucionalistas propuestas por Ota Weinberger y Neil MacCormick. El institucionalismo es por tanto uno de los intentos de encontrar una vía de salida a los muchos problemas creados por una concepción estrecha del Derecho, concebido fundamentalmente como mandato del “superior político” o del Estado, y de la ciencia jurídica vista como ejercicio puramente lógico y sistemático sobre normas e “institutos”.

Al positivismo jurídico que no permite recurso alguno a argumentos normativos fuertes (morales, políticos) y que menosprecia cualquier reenvío al, o cualquier consideración del, contexto social en el que se van a insertar las normas jurídicas, se reacciona, desde varios sectores, con la reivindicación del valor normativo, y por tanto también jurídico, de los hechos sociales. Pues bien, uno de estos sectores, y de entre ellos uno de los menos radicales y de los más pertrechados epistemológicamente, es precisamente el institucionalismo jurídico.

II.

Una teorización explícita del institucionalismo como doctrina jurídica es la ofrecida por el jurista italiano Santi Romano que en un escrito de 1917 (*L'ordinamento giuridico*), ofrece una primera y completa versión de la teoría. Esta se compendia en dos asuntos principales: la equiparación del ordenamiento jurídico con una “institución”, y la equivalencia de ésta última a una forma social organizada. Ello tiene como consecuencia la ruptura de uno de los dogmas principales del iuspositivismo, el carácter único de las fuentes del Derecho comprendidas todas ellas en la forma estatal. El institucionalismo romaniano se presenta así como una doctrina de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y de la apertura de éstos a la sociedad y a sus movimientos. Lo cual se hace sin embargo sacrificando en cierta manera el concepto de norma, al que se contrapone un tanto tajantemente el de institución.

Romano es antivoluntarista y –podría decirse– anticreacionista en materia de fuentes del Derecho. Para él, el Derecho se crea por producción espon-



tánea y está siempre vigente en presencia de un ámbito de relaciones sociales. «La ley –escribe– nunca es el comienzo del Derecho: es, por el contrario, un añadido al Derecho preexistente (...) o una modificación de aquel». El legislador por tanto no es el creador del Derecho en sentido pleno.

Otra importante versión del institucionalismo es la ofrecida por Maurice Hauriou, constitucionalista francés. Este, altera la construcción de Romano en tres direcciones. Por una parte introduce una discutible ontología de objetos jurídicos, distinguiendo entre instituciones-personas e instituciones-cosas. Politiza posteriormente la noción de institución-persona haciéndola en buena medida equivalente al Estado representativo. En fin, ofrece de la representación una discutible concepción en sentido irracionalista, introduciendo el concepto, por otra parte interesante, de “idea directriz”. En la base de la institución existiría una tal idea-fuerza, y la representación de la institución es a sus ojos esencialmente existencial, en el sentido de ser portadora de aquella idea. Los resultados de una teoría así se presentan en ocasiones genuinamente antiliberales. A Hauriou y a su concepción de la representación política se reconduce de hecho la teorización del Estado autoritario de Eric Voegelin. Puede decirse lo mismo del espurio institucionalismo alemán de los años Treinta, cuyo máximo representante es Schmitt y que aún contrapone, si bien dramatizando, la norma a la institución, también porque entrevé en la idea de norma un principio de igualdad, intolerable para un pensamiento radicalmente antidemocrático como el suyo.

Del institucionalismo “clásico” existen por tanto tres versiones, dos –por así decirlo– legítimas, y una más o menos “ilegítima”, cuya atribución al específico ámbito institucionalista es controvertida. Las primeras dos versiones, las “legítimas”, son una francesa y otra italiana, representadas respectivamente por la obra de Maurice Hauriou y de Santi Romano. La tercera versión, la “ilegítima”, es germana, y está representada en primer lugar por la obra de autores moderadamente autoritarios como Rudolf Smend y Eric Voegelin, pero sobretodo por la teoría constitucional de Carl Schmitt, particularmente en el período que va de los inicios de los años Treinta a la mitad de los años Cuarenta y que fue bautizada también como *konkretes Ordnungsdenken* (teoría del orden concreto). Puede ser significativo, y es sugerente, el hecho de que todos los autores mencionados sean estudiosos de Derecho público y constitucional. Es posible entonces que el institucionalismo sea una respuesta a cuestiones que se sienten más urgentes en el ámbito del Derecho público, como por ejemplo la exigencia de la integración de los indivi-

duos en estructuras colectivas, la estabilidad de las relaciones intersubjetivas, y la necesidad de legitimidad de la autoridad política.

Ciertamente en la diversidad de las tres versiones “clásicas” del institucionalismo puede descubrirse alguna de sus características comunes. Para todas ellas el Derecho comparte tres rasgos: la socialidad, la “ordimentalidad”, la “pluralidad”. El Derecho así es visto sobre todo como estrechamente conectado a la sociedad, de manera que para algunos institucionalistas los dos términos devienen sinónimos; luego es concebido como “ordenamiento”, como organización; en fin, es “plural”, en el sentido que no se cree que en un mismo ámbito territorial se dé sólo un sistema de normas, coherente y cerrado en sí mismo, sino que se considera que se dan más sistemas jurídicos recíprocamente integrados entre sí.

Las dos teorías “legítimas” de la institución –como se ha señalado– son las de Hauriou y de Romano; entre ellas existen no obstante algunas diferencias importantes. Su enunciación bien puede servir para ofrecer un cuadro sintético de sus respectivas doctrinas. Para Hauriou la institución es de alguna manera precedente al Derecho. Una institución –afirma– es una “idea de obra o de empresa” que se realiza y permanece jurídicamente en un ambiente social. Para Romano sin embargo Derecho e institución coinciden. «Todo ordenamiento jurídico –escribe el jurista italiano– es una institución y, viceversa, toda institución es un ordenamiento jurídico: la ecuación entre los dos conceptos es necesaria y absoluta». Para Hauriou además las auténticas y verdaderas instituciones tienen forma constitucional y representativa, deben por tanto realizar aunque sea a escala mínima una especie de Estado de Derecho; idea esta que es vivamente criticada por Romano, que ve en ella una confusión del plano descriptivo propio del “científico” (y por tanto del jurista teórico) con el descriptivo más apropiado para el moralista o el político (y por tanto extraño a la “ciencia jurídica”). Según Hauriou los elementos constitutivos de la institución son la realización de una idea de acción social, la existencia de un poder organizado para tal realización, y la aceptación social de la idea; Romano, por el contrario, identifica esos elementos en una pluralidad de sujetos, en la organización que los vincula, y en un poder de normación expresión de la organización. La idea de Hauriou, influida por el vitalismo de Bergson, se presenta en ocasiones como una filosofía política; la de Romano, toda ella perteneciente a la tradición iuspositivista y en todo caso influida por al *Genossenschaftstheorie* de Otto von Gierke, traspasa las fronteras del campo sociológico. Para Hauriou de



hecho el elemento ideal es determinante; además él no está dispuesto a aceptar cualquier “idea de obra” como núcleo normativo de la institución, sino sólo aquella que expresa los principios del *rule of law* o de la “representación” política. Para Romano, más realista o –si se quiere– más cínico, también la mafia es una institución; lo que importa es el nivel de elaboración de la institución, su estado evolutivo, y su efectividad.

Por lo que se refiere a la versión “ilegítima” del institucionalismo, cuyos rasgos son esbozados de manera paradigmática en un escrito más o menos de ocasión de Schmitt, *Ubre die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), puede decirse aquí que la institución es contrapuesta de manera neta a la norma y se concilia por el contrario con la “decisión”. La institución de la que se habla en el *konkretes Ordnungsdenken* es una comunidad orgánica, no convencional, en la que los individuos se encuentran insertos como partes de un todo que no pueden trascender, y cuya regulación es intrínseca al organismo mismo, y por tanto no necesita de normas (abstractas y generales) sino que se manifiesta en las concretas manifestaciones vitales entre los miembros y en fin (o mejor antes que nada) en la *decisión* de individuos que tienen un contacto privilegiado con la comunidad. Un institucionalismo así repudia el normativismo porque ve con sospecha las reglas convencionales en cuanto disposiciones universalizables (aunque sea limitadamente dentro de un cierto “supuesto de hecho”) y razones explícitas de acción respecto a las que se puede ejercer la capacidad reflexiva de los sujetos.

Schmitt utiliza por tanto el institucionalismo como justificación ideológica del decisionismo, que es el punto de llegada sustancial del considerado *konkretes Ordnungsdenken*. Obviamente ni Hauriou ni Romano son decisionistas; y el segundo es también un defensor de la perspectiva normativista, que no contrapone –como hace sin embargo Schmitt– a la institucionalista. El institucionalismo “legítimo” permanece vinculado a una concepción del mundo racionalista y –en el caso de Hauriou– en cierto sentido aún iluminista; no es este el caso de la obra de Schmitt cuyo motivo conductor es anti-iluminista, irracionalista y antiliberal.

III.

Otra historia es la emprendida muchos años después por el neo-institucionalismo desarrollado por Ota Weinberger y Neil MacCormick, que parte no del antiformalismo, sino más bien del lenguaje ordinario y de la idea de



los “hechos institucionales”. La diferencia fundamental de este segundo institucionalismo respecto al primero es sobre todo la recuperación y la utilización plena de la noción de norma.

El neo-institucionalismo jurídico es la resultante de dos tradiciones de pensamiento convergentes entre sí: la *analytical jurisprudente* tal y como es renovada por H. L. A Hart (del que MacCormick había sido discípulo) y la “teoría pura del Derecho” en la versión crítica y heterodoxa construida por el checo Franz Weyr, gran amigo de Kelsen (que le dedica el libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*) y docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Brno (donde desarrolla sus estudios Weinberger). A pesar de algunas diferencias (en ocasiones relevantes) de posición filosófica entre MacCormick y Weinberger pueden identificarse algunos rasgos comunes del neo-institucionalismo.

Existe ante todo una general posición antirreduccionista. Ella se manifiesta en primer término en el campo ontológico, de manera que la realidad social no es considerada como reducible completamente a aquella material espacio-temporal (como afirman sin embargo los realistas escandinavos *à la Olivecrona*), y se distingue entre “hechos brutos” y “hechos institucionales” (reconduciéndose a una propuesta del filósofo John Searle). Así, el Derecho no es reducido a una serie de normas, si bien sistematizadas entre sí, sino que se considera que en la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal. Además no se tiene una visión obsesivamente prescriptivista de las normas, sino que se considera que no sólo restringen sino que también extienden el campo de acción de los seres humanos. Gracias a las “instituciones” (contrato, propiedad, matrimonio, etc.), los seres humanos –dice MacCormick–, están en condiciones de aumentar el número de hechos existentes en el mundo, sin necesariamente acrecentar el número de objetos físicamente existentes.

Pero el neoinstitucionalismo es también principalmente antirreduccionismo *metodológico*; de manera que los conceptos jurídicos por eso no son reducibles a estructuras representativas de normas o prescripciones, a meros instrumentos en manos del dogmático (como querían los realistas *à la Ross*). Otros caracteres comunes son el *antiprescriptivismo*, por el que las normas no pueden ser reducidas a imperativos, mandatos, o a directas prescripciones



de conducta, y un *iuspositivismo moderado*, para el que el Derecho se concibe como producto voluntario de los seres humanos, y no de entidades sustraídas a la consciente intervención del hombre, aunque admite la posibilidad de normas no expresamente establecidas por el legislador. Otro punto en común, a pesar de alguna duda al respecto de MacCormick, parece ser el *no cognoscitivismo metaético*, de manera que se afirma que mientras el Derecho es susceptible de conocimiento (una vez establecidas las normas), no puede decirse lo mismo para la moral (crítica), pretendiéndose que Derecho y moral sean ámbitos netamente separados.

Respecto al institucionalismo “clásico”, el neoinstitucionalismo es mucho más refinado metodológicamente. No obstante existen notables afinidades entre las dos versiones. Romano, por ejemplo, compartiría tanto el anti-reduccionismo ontológico como el metodológico, aceptaría sin demasiados problemas una visión no prescriptivista del Derecho, y no se detendría en la defensa de la separación entre Derecho y moral; también él puede ser definido sin dificultad como un “iuspositivista moderado”. Sin embargo existen importantes diferencias. Estas son por lo menos dos.

Para MacCormick y Weinberger “institución” equivale sobretodo a “hecho institucional”, para Romano equivale a “sociedad”; obviamente no todo “hecho institucional” constituye una “sociedad” (piénsese, por ejemplo, en un contrato). Romano posteriormente intenta en un cierto momento de su trayectoria teórica reconducir el “deber ser” (la *validéz* de las normas) al “ser” (su *eficacia*); la distinción de las dos categorías en el neoinstitucionalismo es por el contrario neta e inequívoca. Lo cual, sin embargo, se paga al precio de alguna oscuridad y de un exceso de ambigüedad: ¿cómo se puede aceptar, por ejemplo, la idea de “hecho institucional” sin hacer lo mismo con el concepto de “norma constitutiva”, tan criticado por Weinberger?

En resumidas cuentas, la versión “clásica” de Romano, en tanto que menos refinada filosóficamente, parecería tener ventaja, por coherencia, sobre teorías institucionalistas más recientes. Sin embargo la coherencia de una teoría no constituye necesariamente un mérito. Una teoría coherente y sin embargo no-informativa tiene poco valor. Y precisamente de las incoherencias y de las tensiones del neo-institucionalismo podemos aprender algo más sobre el concepto y sobre la pragmática del Derecho. Piénsese en la tensión entre una noción sustancialmente aún prescriptivista de la norma jurídica y la conceptualización de ésta en el cuadro de los “hechos institucionales”, o en el mantenimiento de una semántica simple de dos elementos



(descriptivo/prescriptivo) y la aceptación de una ontología “liberal” (que comprende “instituciones” y “hechos institucionales”).

IV.

La de “institución” es en cierto sentido una noción “comprometida”, de manera que vehicula implícitas asunciones normativas concretas. “Comprometida” lo es también por su historia en absoluto simple o meramente conceptual.

En un primer sentido a-teórico institución equivale, y es asumida, como “organización”, “órgano”, “autoridad”, “poder”. La locución “institución pública” bien puede significar “poder público”. En la teoría del Derecho institución tiene un primer empleo específico en la noción de *Anstalt*, concepto fundamental del pensamiento iusfilosófico de Friedrich Julius Stahl, que se presenta como alternativa a la de libre asociación, expresión de la voluntad de los coasociados. El *Anstalt* de Stahl expresa una idealización de la “corporización” feudal, concebida como expresión auténtica e irreflexiva del tejido social. Es el “lenguaje”, construcción espontánea, producto del hombre aunque no de sus diseños, el modelo paradigmático de dicho concepto.

La institución, de la que *Anstalt* puede ser una traducción en alemán, se encuentra por tanto desde el inicio contrapuesta al ámbito de las relaciones voluntarias, a la deliberación, y también a la norma como manifestación jurídica voluntaria y reflexiva. Es sólo con Santi Romano y Maurice Hauriou cuando la noción de institución asume una específica y explícita relevancia en la teoría del Derecho. Aquí sirve para configurar el concepto de Derecho. Institución, escribe Romano, es «cualquier ente o cuerpo social que tenga un orden estable y permanente y forme un cuerpo en sí, con vida propia».

Definida de esta manera la institución es muy similar a la idea de comunidad, y por tanto es empleada teóricamente contra la figura del individuo. Desarrolla una concepción normativa antiindividualista, implicando la afirmación de una prevalencia ontológica de la comunidad respecto al individuo y en la formulación que ofrece Romano también una cierta separación entre Derecho y moral. De hecho, el primero es equiparado al fenómeno comunitario, mientras que la moral es reducida a manifestación meramente subjetiva, individual. Esta configuración teórica de la institución se encuentra confirmada por Maurice Hauriou, que la define de la siguiente manera:



es una idea de obra o de empresa, que se realiza y permanece jurídicamente en un ambiente social. Para Hauriou, que distingue entre “instituciones-personas” e “instituciones-cosas”, también las normas son instituciones (“instituciones-cosas”). Tal reduccionismo institucionalista tiene antes un motor comunitarista muy potente en la radicalización tomista de la doctrina de Hauriou llevada a cabo por el francés George Renard, hasta llegar al paroxismo en la configuración que la noción de institución asume en la filosofía jurídica alemana de mano de estudiosos como Carl Schmitt, Karl Larenz, y Arnold Gehlen. Para Schmitt y Larenz el Derecho es institución en cuanto *Selbstgestaltung*, autoafirmación de la comunidad. Para Gehlen, además, ¡el propio individuo es una institución!

La noción de institución ofrecida por el neoinstitucionalismo jurídico y por el político es producto de una diversa serie de reflexiones. Sí, por que también en el ámbito de la ciencia política asistimos más recientemente a una revalorización de la noción de institución respecto a una perspectiva meramente comportamentista centrada en torno al mito del *homo oeconomicus*. En el primer caso se trata de una tematización avanzada de la noción del “hecho institucional” como ámbito resultado de reglas constitutivas. En el caso del neo-institucionalismo de la ciencia política, defendido eficazmente por James G. March y Johan P. Olsen, se trata por el contrario de una reacción frente al reduccionismo de la teoría de la decisión y al individualismo metodológico de origen empirista.

Importante es también la teoría de la institución desarrollada por Cornelius Castoriadis (fallecido en París en 1997) para quien la institución designa la específica realidad social humana en general, y el Derecho puede considerarse sólo “segunda institución”. La institución para Castoriadis es el punto de intersección de dos movimientos constantes propios de lo humano social: el “instituyente” y el “instituido” en una incesante dialéctica de cristalización y de fusión de significados y de formas de vida. Castoriadis distingue posteriormente entre “institución primaria”, que es esencialmente la sociedad, e “institución secundaria”, que es un ordenamiento de mayor densidad normativa, como el Derecho, el cual sin embargo es posible sólo porque se apoya sobre la “institución primaria”. De esta manera evita Castoriadis la vaga identificación entre Derecho y sociedad en la que a menudo incurre el institucionalismo jurídico. La teoría de Castoriadis, tras la que subyace una articulada y refinada metafísica, podría servir para hacer más fecundo filosóficamente el proyecto de investigación del neo-institucionalis-

mo jurídico. Este hasta ahora se ha demostrado algo ambiguo en su intento de emanciparse de los dogmas del neoempirismo y del positivismo.

Bibliografía esencial

- C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, 1974.
 M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933.
 M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1925, 2ª ed.
 M. LA TORRE, "Institutionalism Old and New", *Ratio Juris*, 1993, Vol. 6, pp. 190-201.
 M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, Roma-Bari, 2002, 2ª ed.
 N. MACCORMICK & O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986.
 J. G. MARCH, J. & P. OLSEN, *Institutional Perspectives on Political Institutions*, Oslo, 1996.
 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 2ª ed.
 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 3ª ed.
 C. SCHMITT, *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1936.
 O. WEINBERGER, *Norm und Institution*, Wien, 1988.
 O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics*, Deventer, 1991.

MASSIMO LA TORRE
 Università degli Studi di Catanzaro
 Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto
 Viale Pio X, 250. 88100 Catanzaro. Italia
 e-mail: mlatorre@unicz.it

