

**Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, editorial Dykinson, Madrid, 1996, 184 páginas.**

Creo que, en estricta índole científica, sólo tres valores deberían ponderarse al elaborar el análisis crítico de una obra: interés de la elección temática, acierto en su tratamiento y resultado obtenido. El resto, ya en otro ámbito, serían preferencias subjetivas, así la devoción o –también no infrecuentemente– el contrario fervor despertado por su autor, o bien ciertos motivos de oportunidad más o menos disimulados, y no obstante evidentes casi siempre, en orden, por ejemplo, a determinada orientación «académico-escolar». Por fortuna, el libro que examino me ahorra todo esfuerzo en esa línea, evitándome, además, el riesgo de no ser correctamente entendido. Bastan sus méritos objetivos, por la materia que trabaja, por la forma y sistemática aplicada, así como por las conclusiones extraídas. Es, pues, el global de la obra quien hace favor a su autor, no al revés, y de ahí, por extensión, también que sean por sí mismos obra y autor, no su comentarista, quienes promuevan el prestigio de la dirección «de escuela» a que se acogen. Sin embargo, dicho esto, también debo declarar que acerca de la obra y el autor algún juicio personal no desinteresado sí he llegado a formar, y es, ciertamente, que me hubiera gustado poderla escribir, y no me abstengo en admitir la sana envidia que su autor me produce. Detallaré las circunstancias de mi «fracaso» de escritura y confesable «pecado» capital.

Hace ahora diez años enfrenté, en un intento interpretativo de los usos del lenguaje jurídico, la noción de «institución jurídica». De la problematicidad del sentido en su proteica dimensión semántica y pragmática pude aislar hasta siete variantes, refiriendo en último lugar la utilizada por los representantes de la concepción institucional del orden jurídico, tanto en su dirección francesa (Hauriou, Renard, Delos) como italiana (Romano y Cesarini Sforza), a cuyo examen pormenorizado dedicaba la parte restante de aquel estudio, cerrando finalmente con un balance de su recepción en la literatura iuspublicista, privatista y de filosofía jurídica españolas<sup>1</sup>. Para entonces, el positivismo jurídico neoinstitucionalista era todavía sólo un sugestivo vislumbre, apenas recién surgido, al horizonte de otras numerosas novedades<sup>2</sup>. El primero en detectarlo fue Juan A. García Amado,

---

<sup>1</sup> CALVO GONZÁLEZ, José, *La Institución jurídica. Interpretación y análisis del lenguaje jurídico*, Dpto. Derecho Natural y Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga, 1986.

<sup>2</sup> MACCORMICK, Neil-WEINBERGER, Ota, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

que publicó en este mismo *Anuario*<sup>3</sup> una reseña a *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985). La versión inglesa de esta obra, aparecida poco después, en 1986<sup>4</sup>, dotó a las tesis de MacCormick y Weinberger un amplio eco internacional. En esa difusión, y por lo que a nuestro país se refiere, me iba a corresponder la oportunidad de una modesta contribución durante el I Simposium Internacional sobre «Problemas actuales de Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho», celebrado en el mes abril de 1987, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, al que también fue invitado y donde efectivamente participó el profesor Weinberger. Mi comunicación se registró con el título de «Institución jurídica y positivismo jurídico institucional», y en presencia de uno de sus mentores defendí la extrañeza que suscitaba observar la falta de referencia a la mayoría de los autores del institucionalismo clásico, cuyas teorías me parecía que abonaban, aún desde el silencio o la injustificada omisión, varias de las posiciones del neoinstitucionalismo jurídico, al que consideré como un «normativismo jurídico institucional»<sup>5</sup>. Weinberger, interesó algunas de aquellas observaciones, pero fue sin duda en la estimulante atmósfera del debate científico así suscitado donde obtuve mayor gratificación. De Enrico Pattaro, otro de los asistentes, recibí para mis puntos de vista un entusiasta ánimo en la idea de abordar por *suite* el estudio entre W. Cesarini Sforza –de quien no hacía mucho yo había preparado la traducción y estudio preliminar a *El Derecho de los Particulares* (1986)<sup>6</sup>– y G. Fassò. Becado en Italia (Istituto Giuridico A. Cicu), trabajé de finales de 1987 a principios de 1988 el tema «Experiencia jurídica e institucionalismo trascendental en la obra de Guido Fassò», siéndome de inestimable valor lo ya avanzado por el propio Pattaro<sup>7</sup>.

El fruto de esa estancia no materializó más allá del preceptivo informe. Más tarde, cuando quise retomar el asunto me urgieron otros proyectos, y así abandoné también, luego de diferentes incursiones preparatorias, indagar el institucionalismo germano de preguerra en C. Schmitt, y de posguerra en H. Schelsky, visto que del primero la doctrina del «orden jurídico concreto» sólo consentía analogías incidentalmente pertinentes y que para el segundo eran otros, mejor y con más solvencia que la mía, quienes ya disponían y señalaban lo adecuado<sup>8</sup>. Es cierto que, con posterioridad, en absoluto he ignorado cuantas referencias a lo «institucional» iba acumulando a través de diversas lecturas; especialmente en J. Raz, *The Concept of a Legal System* y *The Institutionalized Nature of Law*<sup>9</sup>. Sin embargo, en demorarme a censar más tendencias y trayectorias muy poco útil

<sup>3</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Recensión a Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus», de Neil MacCormick y Ota Weinberger, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. III, 1986, pp. 695-698.

<sup>4</sup> MACCORMICK, Neil-WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.

<sup>5</sup> En su obra, ANSUÁTEGUI dedica precisamente con carácter presupuestario un detenido examen del institucionalismo de Santi Romano en sus relaciones con el positivismo jurídico institucional. *Vid.* cap. I, pp. 23-47.

<sup>6</sup> CESARINI SFORZA, Widar, *El Derecho de los particulares*, trad. y estudio preliminar (pp. 9-21) de J. Calvo González, Civitas, Madrid, 1986.

<sup>7</sup> PATTARO, Enrico, «In che senso la storia è esperienza giuridica: l'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983, 2, pp. 389-428.

<sup>8</sup> *Vid.* KRAVUETZ, Werner: «Rechtssystem als Institution? Über die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie», en Mayer-May, Dorotea, Weinberger, Ota, Strasser, Michaela, *Recht als Sinn und Institution*, en *Rechtstheorie*, Beiheft 6, 1984, pp. 209-244, y Küsters, Gerd-Walter: «Institution-Recht-Personalität: Ein Schelsky-Symposium», en *Rechtstheorie*, 18, 1987, 4, pp. 524-530.

<sup>9</sup> RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford U. P., London, 1970, 2.<sup>a</sup> ed. Clarendon Press, Oxford, 1980; «The Institutionalized Nature of Law», en *The American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, pp. 94-111, (hay trad. esp. de R. TAMAYO Y SALMORÁN en *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y Moral*, UNAM, México, 1979, pp. 133-155) y *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975, 2.<sup>a</sup> ed. Princeton U. P., London, 1990 (hay trad. esp. de J. RUIZ MANERO, *Razón práctica y normas*, CEC, Madrid, 1991)

podía seguirse, sobre todo cuando era claro que, aun guardando relación, habían adquirido una identidad cada vez más autónoma e independiente. Esto, por el contrario, resultaba más discutible en Weinberger y MacCormick. Con todo, las actas de aquella provechosa y reconfortante reunión de Bilbao en 1987, cuidadosamente atendida por Ernesto Díaz de Guereñu, no se imprimieron hasta 1990<sup>10</sup>, y en el entretiem po, la teoría institucional del Derecho no detuvo su desarrollo<sup>11</sup>.

Fue por eso que, de 1991 en adelante, intenté incorporarme a su marcha emprendiendo la divulgación del institucionalismo jurídico contemporáneo mediante traducciones de diversos textos «menores» a firma de MacCormick y Weinberger, así como de algún comentario en particular esclarecedor, por ejemplo, de Bankowski<sup>12</sup>. A lo largo de ese período, nunca ha dejado de causarme asombro comprobar el que nuestro país, en una suerte de curiosa extravagancia<sup>13</sup>, se mantenía materialmente sordo y de espaldas al diálogo científico suscitado en torno al positivismo jurídico institucional.

En efecto, aparte la ya mencionada versión inglesa de 1986, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cuenta desde 1990 y 1992, respectivamente, con traducciones al italiano y al francés<sup>14</sup>. El texto de origen todavía, sin embargo, «no ha sido recibido» en España ni en Iberoamérica; y quiero confiar en que mis palabras, que sí son plenamente «de recibo», nada desmerezcan en sentido e intención. No obstante, más grave aún me parece el que tampoco se registre «mayor inquietud» por aprovechar en algo lo mucho que neoinstitucionalismo jurídico claramente permite. En otros lugares, y sólo aludiendo al último trienio, la experiencia de contacto y discusión científica ya ha traído numeroso fruto, y alguno muy sobresaliente. Así, el enfoque de teoría jurídica en la línea del positivismo jurídico institucional, presentado por D. W. P. Ruiter, *Institutio-*

<sup>10</sup> Vid. MARTÍNEZ DÍAZ DE GUEREÑU, Ernesto (ed.): *Racionalidad e irracionalidad en la Política y el Derecho*, Publics. de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. Mi comunicación «Institución jurídica y Positivismo jurídico institucional», va en pp. 49-57. Antes, todavía, se publicó en la revista *Estudios de Deusto* (Bilbao), vol. 37/2, 1989, pp. 373-381.

<sup>11</sup> La circunstancia de esta cronología editorial origina que en el autoexamen de oportunidad o mérito en ciertos juicios y opiniones vertidos «a fecha cerrada» pero presentados muy posteriormente a veces precise de alguna revisión. En efecto, me reclamaría varias. Ese tipo de demoras también ocasiona, o al menos favorece, la aparición, por inadvertencia, de algún error material. Entre las citas que F. J. Ansuátegui hace a mis trabajos, desde luego agradecidas, hay una a la comunicación de 1987, de donde considera que «no es justa la observación relativa a la falta de referencia a los autores del Institucionalismo clásico, como Renard, Delos, Romano, Schmitt o Schelsky...» (cap. I, p. 25, núm. 13). Puede, quizá, que no sea justa, pero es ciertamente precisa. Los lugares a que acude en respuesta a mi punto de vista pertenecen a *Law, Institution and Legal Politics (Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy)*, obra que Weinberger edita en *Kluwer Academic Publishers*, Dordrecht, el año 1991.

<sup>12</sup> A las tres más señaladas por Ansuátegui para su detallado balance de recepción en España (Introducción, p. 20, núms. 15 y 16), añadir BANKOWSKI, Zenon: «¿Positivismo Jurídico Institucional?», (en colaboración con F. Navarro Martínez), en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, núms. 19-20, 1996 (en prensa). Por otra parte, entre 1992 y 1995, he realizado un seguimiento bibliográfico del positivismo jurídico institucional manteniendo sobre él un apartado de carácter específico en la *Crónica Bibliográfica* anual a mi cargo, publicada por este *Anuario*.

<sup>13</sup> En el preliminar a la trad. de «Derecho y conocimiento jurídico bajo el prisma del iuspositivismo institucional», *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, núm. 17, 1994, pp. 4249-4256, señalé: «Hemos considerado oportuna la traducción de este texto, a pesar de la presentación en ocasiones demasiado lacónica que en él se hace de algunos temas y problemas fundamentales, para con ello contribuir modestamente a una mayor difusión entre nosotros de las más importantes tesis del iuspositivismo institucional, en cuyo completo conocimiento quizá sea hoy nuestro país, dentro del área de filosofía jurídica europea actual más relevante, el único en no haber registrado todavía una adecuada y merecida recepción».

<sup>14</sup> En Italia, la colección «Legal Philosophical Library», dirigida por C. FARALLI y E. PATARO, editó *Il Diritto come Istituzione* (trad. de M. la Torre), Giuffrè, Milano, 1990, 435 pp. Dígase que WEINBERGER y MACCORMICK prepararon para esta versión italiana una específica *Introduzione* con matices a textos de las traducciones alemana e inglesa. Para el ámbito de los países francófonos, se ocupó E. STORY-SCIENTIA, con *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, (trad. de O. Nerhot y Ph. Coppens), Kluwer Edition Juridique Belgique-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1992, p. 237.

*nal Legal Facts. Legal Powers and Their Effects*, (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1993. En versión alemana, *Institutionelle Rechtstatsachen. Rechtlichen Ermachtigungen und ihre Wirkungen*, Nomos, Baden-Baden, 1995). Imprimiendo sesgo característicamente institucional, trasciende la concepción del derecho como mera agrupación de normas. En orden a la validez jurídica se incardina en la filosofía analítica del lenguaje de J. Searle. Muestra las nociones de acto institucional y de actos de habla «específicos» utilizadas como categorías en la clasificación de actos y normas jurídicas y concreta siete modalidades de acto de habla jurídico: *declarative, hortatory, imperative, purposive, commissive, assertive* y *expresive*. Otro importante aspecto va dado, en lo ontológico, por el tránsito de los hechos jurídicos institucionales a las instituciones. Sobre este último punto, y en general acerca de la teoría de los actos de habla, también puede consultarse el trabajo de W. G. Werner, «Legal Signs and Legal Science. The Relevance of Pragmaticism for the Institutional Theory of Law» (*International Journal for the Semiotics of Law*, VIII, 23, 1995, pp. 207-218).

El número 6, 2, 1993, de *Ratio Juris* trajo colaboraciones de Weinberger, «Institutional Theory of Action and Its Significance for Jurisprudence», pp. 171-180, C. Faralli, «Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison», pp. 181-189 (ello, en ampliación de la línea de un anterior comentario, «Il diritto come istituzione», *Sociologia del Diritto*, 3, 1992, pp. 142-145) y M. la Torre, «Institutionalism old and New», pp. 353-365. Un remonte a la sociología jurídica alemana de posguerra, centrado sobre la obra de Helmut Schelsky (1912-1984), en P. Werner, *Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines neuen Institutionalismus* (Dunker & Humblot, Berlín, 1995). Partiendo de la idea de Derecho en Schelsky, esto es, lo jurídico como estructura social normativa o «hecho institucional», explora relaciones con Hauriou y Santi Romano y precisa diferencias con el neoinstitucionalismo jurídico de MacCormick y Weinberger. En la producción de este último, «Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz», *Rechtstheorie*, 1994, 1, pp. 1-17), acogiendo facetas de relación entre realismo jurídico y lógica de los sistemas jurídicos dinámicos, planteamientos de normativismo jurídico institucional e implicaciones metodológicas y teórico-políticas del neoinstitucionalismo. El monográfico número 14, 1994 de *Rechtstheorie*, presentado bajo el título de *Institution und Recht, Grazer Internationale Symposium zu Ehren von Ota Weinberger*, contuvo entre otros los estudios de MacCormick, «Legal Reasoning and the Institutional Theory of Law» (pp. 117-139), y M. la Torre, «Ota Weinberger and the theory of Action (a formal-finalistic approach)» (pp. 143 y ss). Por último, reseñar asimismo dos recientes monografías: una, la de M. la Torre. *Linguaggio, norme, istituzioni. Contributo a una teoria istituzionalistica del diritto* (European University Institute, Florence, 1995), que en lo básico reproduce el «Appendice» de cierre a ed. it. 1990 (cit. *supra*), y conviene considerar también junto a su estudio titulado *Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma «Evolución del derecho»* (European University Institute, Florence, 1995).

Frente a todo ese panorama, en nuestra literatura únicamente es posible hallar dos aportaciones. Una es la constituida por el conjunto de notas de lectura que bajo título de *Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law* Barrete Unzueta<sup>15</sup> dedicó a la ya referida versión italiana preparada por La Torre, y lleva sobre la comparación entre las tesis neoinstitucionalistas y otras diversas

<sup>15</sup> BARRETE UNZUETA, María A.: «Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law», en *Ratio Juris*, 7, 3, 1994, pp. 353-365.

doctrinas dogmáticas y sociológicas actuales; así, con distinto alcance, respecto a Rottleuthner, Ferrajoli, Baratta, Cotterrell, Ost, Kerchove, Luhmann, Ferrajoli y Opalek. La otra es el mismo trabajo de Ansuátegui que aquí me ocupa. Y ello mismo prueba suficientemente lo antes señalado. También Ansuátegui lo ha sabido destacar: «si se repasa el panorama que ofrece la investigación iusfilosófica en nuestro país, resulta que las contribuciones sobre el Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista son prácticamente inexistentes», siendo «difícilmente explicable la poca atención que en nuestro país se (le) ha prestado» (p. 19). Y es muy cierto esto último.

Recuérdese cómo durante una larga y en ocasiones agria controversia pareció que sólo existían acerca de lo normativo dos vías de acceso, comprensión y validez, bien desde la pura facticidad, porque las normas valían a causa de los hechos, de los modelos típicos normalizados de comportamiento, o bien porque las normas valieran a causa de otras normas, por su pertenencia a un ordenamiento, es decir, por formar unidad con un sistema normalizado de comportamientos jurídico-típicos, así el constituido por reglas de organización o atribución de competencias determinadoras del criterio de la validez y definidoras de la posición de los sujetos y los hechos en el proceso de aplicación y creación del Derecho. Hoy, no obstante, la perspectiva de análisis es muy distinta, y frente a la insalvable divergencia entre partidarios de una y otra alternativa, son inmensa mayoría quienes, declaradamente o no, participan de la solución de «tercera vía» conocida como «normativismo realista» o «realismo normativista». En vistas al necesario ejercicio de resemantización que ahí se implica, no habría sido inconveniente disponer mayor diligencia y atención a la propuesta de doble fundamentación defendida desde el iuspositivismo institucionalista contemporáneo. En ese propósito de fondo, creo, es donde más ha arriesgado Ansuátegui, y donde también más notables resultados ha obtenido (*vid.* cap. II «Caracterización General del Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista», pp. 49-96, y cap. VI, «Consideraciones finales», pp. 167-172). La ocasión tampoco despreció otros riesgos; una investigación que tuvo por destino dar contenido al segundo ejercicio del concurso a titularidad, brillantemente superada, y que no siempre suele aceptar la dificultad de un compromiso semejante. En cuanto a la complejidad del tema, muy poco habré de insistir; es profunda y abarcadora, alcanzando problemas ontológicos, semántico-pragmáticos<sup>16</sup> y lógicos. En la teoría neoinstitucional del Derecho las relaciones lógicas entre normas y operaciones con normas se plantean desde el marco lingüístico semántico de las proposiciones enunciativas y normativas, así como en el pragmático de las «informaciones prácticas» que determinan procesos significativos y acciones relevantes y que, además, es donde se localiza, como núcleo normativo, el ligamen entre hechos institucionales y reglas exigidas para la existencia de una institución<sup>17</sup>. Y así, efectivamente, Ansuátegui no elude medir el análisis ni de la teoría de la acción, ni de la idea de información práctica, ni de la teoría de los actos de habla, ni el examen crítico

<sup>16</sup> Desde el enfoque de la Semiótica jurídica, se ha producido una importante reflexión de cuyo valor e interés cabría haber aprovechado, muy seguramente, otras perspectivas además de las sugeridas con el trabajo de PINTORE, Ana: «Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law», en *International Journal for the Semiotics of Law*, IV, 12, 1991, pp. 233-253. Me refiero al resto de las contribuciones que figuran en ese mismo vol. y núm, monográfico sobre «Semiotics and Institutional Theory». Así, JACKSON, Bernard S.: *Introduction: Semiotics and Institutional Theory*, pp. 227-232; DEN BOER, Monica: *Two in One Trolley: Reflections on the Relation between MacCormick's Institutional and Narrative Theory of Law*, pp. 255-266; PAYCHERE, François: *Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle*, pp. 267-278; VAN ROERMUND, Bert: *The instituting of Brute Facts*, pp. 279-308; SAMUEL, Geoffrey: *Epistemology Legal Institution*, pp. 309-333, y en el V, 13, 1992, a cargo MACCORMICK, Neil: *Further Thoughts in Institutional Facts*, pp. 3-15.

<sup>17</sup> Sobre ello, tempranamente (1984), WEINBERGER, Ota: «Das institutionelle Desein des Rechts», en *Recht als Sinn und Institution*, cit., pp. 245-259.

requerido ante las parciales –pero sustantivas– posiciones encontradas de Weinberger y Searle (*Vid.* cap. III, § A, B y C. 1-2, pp. 97-143). Lo anterior repercute, en cualquier caso, desde la previa (ontológica) comprensión de «institución», en cuyo concepto se interaccionan hechos y realidades normativas.

Para terminar, me resta sólo confirmar e insistir sobre mi total ausencia de arrepentimiento en la «envidia» por el acierto de elección temática, tratamiento y resultado con el que Francisco Javier Ansuátegui tan abundantemente ha llenado la escritura de su libro.

José CALVO GONZÁLEZ