

CONSTRUCCION DE LA OBLIGACION NATURAL COMO DEBER JURIDICO *

(Nuevas aportaciones a la Teoría comunitaria del Derecho)

*Por el Dr. Lino RODRIGUEZ-ARIAS
BUSTAMANTE. Ex-Profesor de la
Universidad de Madrid.*

SUMARIO: I) A) La teoría de la institución a través de la doctrina francesa e italiana; B) Trascendencia jurídica del bien común. II) A) Posición del profesor Demófilo de Buen ante el “Derecho de obligaciones”; B) Referencia a Santi Romano; C) Notas diferenciales de la obligación y del deber jurídico. III) A) El pluralismo jurídico en Santi Romano; B) Su aplicación a la obligación natural por Salvatore Romano; C) Aspecto subjetivo y objetivo de la obligación natural; D) Su carácter de deber jurídico en el Derecho español vigente.

La obligación natural reviste unos caracteres jurídicos que la diferencian tanto del deber moral como de la obligación civil. Y es que vive —como ninguna otra institución— para ambos órdenes. Constituye un concepto unitario que participa siempre del factor jurídico y del moral; y mientras es así, se presenta como una obligación perfecta en un ordenamiento diverso de aquel del Estado. Sólo cuando repercute en el Derecho positivo, encuentra su protección en razón a un instituto que responde a principios objetivos y no meramente obligatorios o subjetivos. La obligación natural es, para el ordenamiento estatal, un deber

* El presente artículo constituye la última parte del libro *La obligación natural*, que será en breve publicado en España.

jurídico de irrepeticibilidad. Ni los particulares pueden ordenar otro efecto, ni pactar su transitoriedad. Precisamente su cumplimiento como obligación, la inviste del carácter de permanencia. Es una obligación que jamás muere; ni en el orden moral-social, ni en el jurídico-positivo. Pervive en todo momento como deber.

Con todo, la vivencia de la obligación natural como perfecta al margen del ordenamiento del Estado, sólo encuentra explicación por la existencia de otros órdenes diversos de éste. Esta posición pluralista de la ciencia del Derecho se formula en la teoría institucional, punto de partida de nuestra concepción comunitaria.

I

A. *La Teoría de la Institución a través de la doctrina francesa e italiana.* La Institución ha sido muy diversamente considerada. Desde Hauriou, para quien es una organización social integrada por la agrupación de personas que se hallan coordinadas por la autoridad del grupo y la adhesión voluntarias de las mismas, hasta Hamilton, que atribuye esta denominación a una manera de pensar o de actuar, dotada de cierto predominio y permanencia, que preside los usos de un grupo o las costumbres de un pueblo (deporte, enseñanza, moral, democracia, en fin, toda la vida social), se pasa por Renard quien la define, como "organismo teniendo fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que la componen". De este modo, se ha llegado a aplicar este concepto sin el menor rigor técnico (ejs. el fondo de comercio, contrato de adhesión, la huelga).

También se concibe, como algo más que una idea y unas normas; comprende tipos jurídicos que no se reducen a una entidad personificada; es decir, abarca un conjunto de relaciones humanas entre personas o entre personas y cosas. Será así, pues, institución la propiedad, en la que la relación social y la forma jurídica, coinciden en una apropiación humana de las cosas del mundo circundante (la familia con su hogar; la nación con el territorio, etc.).¹

La Institución es, ante todo, una compleja realidad que pretende resolver ontológicamente el problema sociológico actual, mediante la in-

1 De Buen, *Obligaciones especiales y obligaciones institucionales*, "Rev. Cubana de Derecho", La Habana, julio-septiembre, 1943, p. 270.

tegración de lo individual y lo social. Y es un concepto abierto, pues que se trata de una razón de ser. Es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social (Hauriou).

Partiendo de esta concepción idealista Hauriou formula en Francia la teoría de la Institución, que después había de asentar sobre bases tomistas Jorge Renard. Allí donde hay una comunidad —dice este autor— y un bien común, existe una Institución en acto o en potencia.

Mas en lo institucional caben dos grados: uno pleno, que es la Institución-persona, donde al adherirse a la idea directriz las voluntades humanas originan un nuevo ser como personalidad jurídica, y, otro menos pleno, la Institución-cosa, caracterizada por ser sólo un principio de orientación y limitación que no engendra comunidad propia (v. gr., una regla de derecho).²

En la Institución-persona, Hauriou habla de tres movimientos: de interiorización, incorporación y personificación. La idea directriz pasa momentáneamente de su objetividad al estado subjetivo por la conmoción que opera en las conciencias individuales a su contacto. Esta subjetividad provoca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad tendencia a la acción. La interiorización prodúcese cuando el elemento poder obra para el bien común en el cuadro de la idea directriz juntamente con las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. El movimiento de incorporación es resultado de la acción de los miembros en el sentido de asegurar el elemento poder, para que la idea directriz, perdure, se adentre y viva de una manera objetiva. Finalmente, el movimiento de personificación tiende a ajustar la continuidad subjetiva, con lo cual obtiene triple beneficio la Institución-persona; poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable.

2 La institución-cosa o "comercio jurídico", realiza como la institución-persona, ideas objetivas, en particular de la justicia conmutativa. Pero su fundamento sociológico es diferente, se trata aquí de "relaciones con otros", exteriores a las instituciones-personas, relaciones entre grupos o individuos, permaneciendo esencialmente distintos los unos de los otros, recíprocamente separados, no alcanzando su relación más que hasta la *comunicación* en su oposición a la comunión, no pudiendo surgir por ello, ningún poder. No obstante, estas relaciones con otros inter-individuales e inter-comunitarias, realizan espontáneamente ideas que "duran en un medio social", engendrando también su propio orden de derecho en el ámbito del derecho individual, manifestándose en los contratos, obligaciones, propiedades, etc. (Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, 1940, p. 121.)

Luego la Institución-persona, significa lo objetivo, lo continuo y lo permanente. Existe en ella una vida interna, de relación de los miembros entre sí, y con la Institución; y una vida externa, de relación de la Institución con otras Instituciones o simplemente con los hombres; y ambas vidas son regidas por la autoridad de la Institución.³

Renard, supera la posición pluralista y armónica de Hauriou, al asentar los principios sociológicos que deben servir de ingrediente al Derecho, sobre las bases permanentes de la doctrina del Derecho natural. "La teoría de la Institución, no es más que la última valoración jurídica de la noción tomista del bien común".⁴

Para este autor, la distinción del derecho subjetivo y del estatuto —concepto en que se compendian los derechos y deberes que dimanaban de un "status"—, no es más que un nuevo aspecto del dualismo fundamental sobre el cual se basa la esencia del Derecho y que resuena en todos los ámbitos de la economía jurídica: la persona individual y la institución. Estos dos sujetos, no son iguales, ni de la misma naturaleza, pues el hombre sobrepasa a la institución en toda la altura que se separa una "fuente de ideas", cual es la razón humana, de la simple idea independizada.

Por consiguiente, la virtud que ofrece la concepción institucional es el sentido ecuaníme que la inspira, al saber conjugar en su contenido el respeto a los derechos individuales y el reconocimiento de los derechos que competen al grupo, como agrupación de personas individuales que al enmarcarse en el mismo, se nos presentan con una nueva situación jurídica diversa de la suya particular, dimanante de la personalidad que crean. Por eso, según los institucionalistas, el derecho no

3 Hauriou continúa y perfecciona sociológicamente la obra de Gierke, invistiendo a los grupos sociales de su realidad y personalidad jurídica, tomando como punto de partida de la institución, su espontánea comunión, de donde brotan las principales etapas de personificación. Este autor oscila entre un relativismo consecuente y un dogmatismo tradicionalista, que resurge sin cesar. Duda, que el interés general del pueblo pueda ser representado por grupos sociales fuera del Estado, lo que le lleva a decir de éste, que es la institución de instituciones que encarna el bien común. Niega el considerar a la sociedad económica en bloque como institución persona, clasificándola entre las instituciones cosas, y proclama, que el punto de equilibrio está en el Estado burgués, propugnando la inviolabilidad de la propiedad individual y la libertad del mercado. En fin, se concentra en el análisis de la realidad del Derecho, revelando su "pluralismo vertical", de una manera más precisa que su "pluralismo horizontal" (Gurvitch, *op. cit.*, pp. 120 a 124).

4 Renard, *La théorie de l'institution*, 1930, I, p. XIV.

tiene solamente por objeto la distinción de lo "mío" y de lo "tuyo", sino el discernimiento de lo "nuestro".⁵

La Institución, que es el "yo social", pluralidad de personas individuales agrupadas en torno a una idea objetiva, es el fruto desprendido de la personalidad humana, mediante un acto jurídico que se llama fundación: este es, pues, el acto generador de la Institución,⁶ que tiene su origen en la persona, mas sobrepasándola en duración, continuidad y permanencia. Los hombres mueren, las generaciones se suceden, pero la familia, la nación, permanecen, con su patrimonio, sus tradiciones y su destino.⁷

5 El mismo Ihering que concibió el derecho, como un interés jurídicamente protegido, afirmaba este concepto comunitario del derecho cuando escribía, que sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del derecho, quien impulsa a los hombres a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común; la protección del derecho contra la arbitrariedad, cima ideal de nuestra lucha por el derecho. Luego partiendo del bajo motivo del interés, nos hemos elevado al punto de vista de la defensa moral de la persona, para llegar por último a ese común trabajo de donde sale la realización total de la idea del derecho. De aquí la trascendencia que tiene para el individuo la lucha por su derecho, por cuanto al defender el derecho de todos defiende también su derecho personal. ¡Cuán lejos está de esta idea del derecho esa baja región del puro individualismo, de los intereses personales, de los deseos egoístas y de las pasiones que un hombre poco cultivado toma como el verdadero dominio del derecho! Y los que defienden el derecho privado son los únicos que pueden luchar por el derecho público y el derecho de gentes. Por cuanto un Estado que quiera ser considerado fuerte, ha de procurar conservar y estimar el sentimiento del derecho en la nación. Es por lo que el despotismo, lo primero que trata de destruir es el derecho privado, desconociendo y atropellando el derecho del individuo, cuando la libertad de acción es para el sentimiento legal lo que el aire para la llama; si la menguáis o paralizáis, concluiréis con tal sentimiento (*La lucha por el Derecho*, trad. de Posada, Madrid, 1921, pp. 71, 72, 91, 94, 95 y 99).

En otro de sus libros, *El fin en el Derecho*, nos dice que son en número de cuatro los autores del movimiento social; dos de ellos se basan en el egoísmo; son los motores sociales inferiores; el salario y la coacción. Sin ellos no se podrá concebir la vida en sociedad; sin salario no hay relaciones posibles; sin coacción no hay derecho, no hay Estado. Enfrente de estos se colocan otros dos móviles, a los cuales permanece extraño el egoísmo, pues se mueven en la esfera más elevada de los fines generales; son los motores superiores o, mejor dicho, morales o éticos del movimiento social, por cuanto la sociedad es la fuente de la moralidad, (p. 51). De aquí, que Ihering contempla al mundo jurídico girando enrededor de dos focos, el del egoísmo o el del tráfico económico y el de complacencia o el de los actos de mera liberalidad (p. 65).

6 Renard, *op. cit.*, p. 158.

7 Renard, *op. cit.*, p. 31.

Es por lo que podemos decir, que el contrato, testamento u otra manifestación de voluntad, pueden hacer más que sentar reglas; esto es, pueden a la vez transformarse en “actos de creación”, engendrando de este modo un nuevo sujeto de derecho, que no es más que una Idea separada, emancipada del que la dió —o la dieron— vida al concebirla, rodeándola de medios suficientes para procurar su desarrollo y realización. Y, precisamente, la Institución es la comunión de los hombres en una Idea.⁸

La Idea forma entre los miembros de una Institución un ligamen interior, que es lo que verdaderamente hace un ser jurídico distinto de ellos, aunque sea sostenida por sus personalidades. Esta Idea es su bien común. Así tenemos, Idea del contrato, Idea de la Ley, Idea de la fundación... que es principio directivo y, al mismo tiempo, principio limitador.

También el derecho natural es esencialmente una Idea o, más bien, un “Sistema de Ideas”, cuyo fundamento último es el Orden, la disposición racional del mundo, la Razón suprema de donde procede este Orden; y su fundamento próximo, la razón humana en tanto que ella refleja el Orden del Universo y la Razón de su Autor.

Santo Tomás distingue un derecho natural fundamental, que sería común a los hombres y a los animales, después un derecho natural constituido por las conclusiones deducidas del primero por la razón humana y, finalmente, un derecho de gentes acreditado por el consentimiento de los hombres; el derecho positivo, que son las normas del legislador dadas para regular una situación histórica determinada, y es yuxtapuesto al derecho natural.⁹

Frente a Stammler que configuró el derecho natural como una envoltura de contenido indefinidamente variable, por cuanto lo único inmutable en él es su concepto formal, esto es, como una mera “etiqueta”; Renard dice, que dicho derecho es uno y variable al igual que la naturaleza humana y la sociedad; uno como la humanidad, diverso como la civilización; pues que si las civilizaciones siguen la ley inexorable del movimiento, es menester también que sus sistemas jurídicos evolucionen con los tiempos. El derecho natural, pues, no se presenta en la posición estática que se le ha reprochado; se mueve aunque permaneciendo siempre el mismo; se mueve, pero desarrollándose en los diversos medios

8 Renard, p. 95.

9 Renard, *La Philosophie de l'institution*, 1939, p. 30.

históricos. Es un derecho en perpetuo devenir, un derecho de contenido progresivo, por asimilación de nociones históricas variables a una sustancia racional inmutable.

Por eso, no es de ningún modo este derecho un sistema acabado, perfeccionándose a medida que se incorpora en los sistemas del derecho positivo, siendo a éste lo que el sistema nervioso al organismo, condicionándole de este modo su existencia. Y es que el derecho natural busca siempre el Bien común de la sociedad humana, por ende, de las comunidades que la integran, por lo que implica una concepción esencialmente finalista.¹⁰

Para alcanzar esta finalidad dicho derecho impone como principios fundamentales:

- 1º El de poder vivir “materialmente” y, por consecuencia, el derecho al mínimo de bienes indispensables para vivir.
- 2º El de vivir “intelectualmente”, disponiendo de libertad de expresión, amplio desarrollo de la enseñanza y una organización del trabajo propias a satisfacer las legítimas aspiraciones de la inteligencia.
- 3º El de vivir “moralmente”, con libertad de actuación y responsabilidad por el acto cumplido y, como secuela, con libertad profesional y obligación de reparar el daño causado.
- 4º El de vivir “religiosamente”, con libertad de conciencia y de cultos, a fin de responder a las aspiraciones religiosas del hombre.
- 5º El de vivir “socialmente” y, por ello, la consagración del principio de autoridad y la limitación de los derechos individuales, cuando sea necesario para el bienestar de la comunidad.
- 6º Y el de vivir “sexualmente”, respetando las normas morales dictadas por la razón; de donde, el matrimonio y la familia; la protección legal de la infancia y la herencia.¹¹

Este es el basamento sobre que Renard levanta su teoría de la Institución.

10 Renard. *La valeur de la loi*, 1928, pp. 21 y 22.

11 Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1927, pp. 226 y 227.

La Escuela italiana de la Institución, sin olvidar su contenido sociológico, se aparta tanto de la influencia de Hauriou como de Renard; ni se ve seducida por la concepción idealista ni por la tomista; más bien pudiéramos decir que responde a un normativismo jurídico inspirado en la teoría de Gierke, según el cual, "es capaz de producir el derecho toda comunidad orgánica".^{12 13}

Figura representativa de esta dirección, entre los juristas italianos, ha sido Santi Romano, que la recogió en sus estudios publicados en los "Annali delle Università toscane" en los años 1917 y 1918 y que han sido reeditados de nuevo en 1945, siendo motivo de una calurosa acogida, sobresaliendo como parte fundamental de este estudio la dedicada a la "pluralità degli ordinamenti giuridici".

En contraposición a Hauriou, no cree este autor que la Institución sea fuente de derechos, sino que propugna la perfecta identidad entre dicho ente y el ordenamiento jurídico; si bien, considera necesario para alcanzar dicha concepción, superar la doctrina tradicional que concibe el derecho sólo como norma o complejo de normas. Luego Derecho, no es únicamente la norma que se impone, sino la entidad misma que impone tal norma; y ésta se reduce a uno de los modos con que aquél opera y alcanza su fin. La objetividad de la norma es un mero reflejo de la del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura.

Son elementos esenciales al Derecho:

¹⁹ El concepto sociedad, pues lo que no supera la vida del particular como tal no es derecho (*ubis ius ibi societas*) y, además, no hay sociedad en su sentido estricto, sin que en la misma se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*); por cuanto supone una entidad que constituye, formal e intrínsecamente, una unidad concreta, distinta de los individuos que en la misma se comprenden.¹⁴

¹² *Deutsches Privatrech*, Leipzig, 1895, I, pp. 119 y 120.

¹³ Para Gierke el Estado, como "societas civilis perfecta", se va formando a través de asociaciones sucesivamente escalonadas, apareciendo el municipio como primer escalón, en el que se compendia la estructura conceptual de aquél, aun cuando después sucumbe bajo la organización especial jurídico-positiva del Estado. A ello contribuye el contrato social que concibió a éste, como el producto del pacto entre los individuos de la sociedad. (*Die Staats und Corporationslehre der Neuzait*, Berlín, 1913, p. 335.) *

¹⁴ Admitimos que la sociedad ordenada jurídicamente es un todo, en el cual reside una unidad real. Esa realidad debe reflejarse en el Derecho. Este asigna per-

2º Implica la idea de orden social, por lo que se ha de excluir todo elemento que conduzca al puro arbitrio o a la fuerza material. De este modo, toda manifestación social, por el solo hecho de ser social, es ordenada por lo menos respecto a los coasociados.

Y 3º Por existir el Derecho antes de ser norma o conjunto de relaciones sociales, es de notar requiere la existencia del elemento organización, estructura, que es la posición de la misma sociedad en la que se desarrolla y que él mismo constituye como unidad, como ente por sí. De donde, que el término exacto de aquel Derecho, como ordenamiento jurídico considerado compleja y unitariamente, es el concepto de institución, hallándonos en presencia de una ecuación necesaria y absoluta.

En su consecuencia, el Derecho en sentido objetivo puede comprender un doble significado:

a) Un ordenamiento en su conjunto y unidad, esto es, una Institución.

b) Un precepto o conjunto de preceptos (sean normas o disposiciones particulares), que llamaremos institucionales por la conexión que tienen con el ordenamiento, por ser el que les atribuye su carácter jurídico.

Resulta de lo expuesto, que es vano proponerse una diferenciación tajante del fenómeno jurídico respecto de la religión, moral, economía, etc., que como manifestaciones del espíritu humano pueden integrar el mundo jurídico y formar su contenido, toda vez que dichas materias entran en la órbita de una Institución. El Derecho representa, pues, no

sonalidad a la asociación. Por esto, debe ser una unidad de vida espiritual — corporal, igual al individuo, que quiere y puede traducir en actos lo querido. Así se expresa la teoría orgánica de Gierke, que surge de la doctrina social en la Edad Media. Se consideran como organismos sociales al Estado y demás asociaciones, dejándose seducir por la analogía con los cuerpos naturales, para tratar los cuerpos sociales como simples productos naturales. Se inviste a estos organismos sociales de personalidad jurídica plena, capaz de delinquir y ser responsables de sus culpas. Pero hay también derechos de los miembros y órganos personales, con respecto a la persona social; derecho a tomar parte en la organización y bienes de las asociaciones; derecho a cooperar a la formación de la voluntad común, como el derecho de sufragio, etc. . . . Finalmente, un rico sistema de normas jurídico sociales, se ocupa de la incorporación de los organismos sociales inferiores en otros más elevados, y, en último término, en la comunidad soberana. Gierke, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, (trad. esp. Madrid, 1904, pp. 72 y ss.).

solo una aportación moral, sino también económica, consuetudinaria, técnica, etc.¹⁵

He aquí por qué, la concepción institucional supera la kelseniana, para la cual todo lo que no es técnica jurídica cae fuera del Derecho, viniendo a enriquecer el contenido de éste con el denominado ingrediente sociológico. De otra parte, al equipararse los conceptos de ordenamiento jurídico e institución, se tiene que habrá pluralidad de ordenamientos lo mismo que la hay de instituciones, aún cuando algunas aparezcan conexas

15 Ihering aconseja estudiar las relaciones entre derecho y los usos efectivos de la economía, de la técnica, de la vida en general. En todo lo cual, le interesa fundamentalmente poner de relieve y realizar el "elemento social" del Derecho privado; pues, para él, son esenciales los conceptos de "sociedad", "poder", y "tráfico". De esta manera superaba el dogma anterior de la fuerza productiva de los conceptos jurídicos, como también había caducado antes el del espíritu del pueblo. El Derecho y el pensamiento jurídico los ve en dicho momento desvinculados de los valores culturales hasta entonces vigentes. Es su segunda orientación que le condujo al positivismo sociológico y naturalista, informando de manera indiscutible las posteriores corrientes doctrinales. Es su reacción contra el pensamiento jurídico formalista, haciendo surgir el Derecho de las "necesidades vitales", en forma de condiciones de negocios jurídicos, formularios, resoluciones arbitrales, usos del comercio, etc. Pero, sobre todo, concibiendo el Derecho como un medio de defensa de interés. Todo ordenamiento jurídico, según él, es "dictado de un vencedor", o "compromiso que sigue previa lucha de intereses sociales". Por eso, toda afirmación del Derecho, como afirmación de intereses que es, se halla colocada ante intereses opuestos. De aquí, que tanto el Derecho objetivo como el Derecho subjetivo surjan en la lucha de intereses reales. Es por lo que insiste, en que la personalidad individual al defender su poder jurídico frente a toda violación intencionada del Derecho, afirma el señorío y la majestad de éste en su conjunto, por cuanto considera que en la lucha por el propio derecho, el amor propio, que crea al Derecho y lo necesita, debe elevarse a la categoría de servicio a la idea de orden, sublimándose en el amor a la comunidad. No obstante, Ihering ve dominada a la vida comunitaria por el Estado, que como producto de organización de la sociedad y la concentración del poder social, es para él la única fuente del Derecho. De donde que cuando contraponen a la concepción individualista de la propiedad la concepción social, se pronuncia a continuación enérgicamente por la propiedad estatal. (Wolf, *Rudolf von Ihering, Otto von Gierke*, (trad. de Truyol Serra, Madrid, Ed. Derecho Priv., pp. 40, 41, 46, 51, 52, 66 y 67).

Es decir, concibe al Estado como el máximo exponente y servidor de la utilidad social y, a la relación contractual, como a la única garantía y fuente de los derechos individuales. Sin embargo, actualmente se está demostrando, que Estado y contrato, son medios instrumentales jurídico-sociales insuficientes para garantía por sí solos de la justicia social, a cuyo fin deben aspirar.

Y el concepto de propiedad se inviste más que de un sentido estatal de una función estrictamente social. Se niega el dominio absoluto del Derecho romano y del francés aun que en éste se le limitase por leyes y reglamentos. La escuela obligacionista

nadas de modo que sus ordenamientos, distintos bajo algunos aspectos, constituyan desde otros puntos de vista, partes de un más amplio ordenamiento, esto es, de una institución de la que son elementos integrantes, que gozan, sin embargo, de independencia y autonomía.¹⁶

ya desplazó la relación clásica entre persona y cosa al nexo establecido entre persona y persona, considerando aquélla como una ficción jurídica. Marx dijo, que la propiedad es una relación entre personas en función de una cosa. Hauriou nos habla de la institución-cosa sin llegar a desarrollar el concepto; es la relación jurídica interpersonal que surge en torno a una cosa sin engendrar propia comunidad, si bien se opera un estatuto legal o contractual que limita las libertades individuales que intervienen en el negocio; v. gr. los derechos y deberes que surgen de las relaciones de vecindad para los propietarios de los fundos, las que emanan del instituto de la copropiedad donde no surge una institución persona, sino que el principio de orientación y limitación se establece en función de la cosa. Incluso, hoy día, la relación arrendaticia, en que los derechos y deberes de arrendador y arrendatario se constituyen en función de la finca arrendada.

Empero si Marx niega al derecho de propiedad toda raigambre de Derecho natural, considerándola como la suma de atribuciones de disponibilidad que el Derecho positivo otorga y garantiza al llamado propietario (Teodoro Geiger, "El dominio de los 'expertos'" Rev. Estudios Políticos, 1950, vol. xxx, pp. 84 y 85), Renard Chauffardet y demás autores de la Escuela institucional, se refieren a una propiedad individual y a una propiedad institucional, para distinguir de los bienes que corresponden al hombre por Derecho natural, aquellos otros que se poseen en virtud de una justa distribución de la riqueza entre los miembros de la comunidad.

16 Toda sociedad global se presenta a nosotros, como un complejo de unidades colectivas reales, como un macrocosmo de grupos de los cuales cada uno constituye un microcosmo de forma de sociabilidad. Actualmente, los grupos globales se manifiestan por la Nación, la Comunidad internacional y la Humanidad (esta última distinguiéndose de la segunda por el predominio de la sociabilidad pasiva). Todas las demás unidades colectivas reales son grupos particulares, v. gr.; Estado, Iglesia, familia, sindicatos, profesiones, clases, etc.; no siendo más que grupos parciales, por no representar más que un sector de estructura global. En el seno de todos estos grupos, solo puede actualizarse la sociabilidad funcional (pp. 180, 182 y 183). Más, todo grupo en el que predomina la sociabilidad activa y que realiza un valor positivo, se afirma como un "hecho normativo", engendrando su propia reglamentación jurídica, dentro del marco del derecho, constituyendo una ordenación jurídica específica. El derecho individual nace, generalmente, de relaciones exteriores entre grupos (que pueden ser de aproximación, de alejamiento o mixtas) o entre individuos pertenecientes a grupos distintos. La reglamentación del derecho inter-individual se concentra en torno de dos órbitas particulares, la que corresponde al grupo político-territorio-Estado (sobre todo, por el derecho individual organizado) y el que corresponde a la sociedad económica (por el derecho individual espontáneo). Señala el papel que en la Edad Media disfrutó el derecho canónico, como fuente de derecho inter-individual. En el ámbito de los otros tipos de grupos, no se puede

Por consiguiente, afirmando la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, rebatimos la tesis que pretende reducir toda la vida jurídica a la del derecho del Estado, en cuyo caso las normas no estatales serían antijurídicas, cuando el derecho se determina perfectamente sin necesidad del estatal, mientras por el contrario, no es posible definir el Estado sin recurrir al concepto de derecho: el mismo no es una unión material de hombres, un agregado de hecho, sino una comunidad organizada, es decir, un ente jurídico, uno de los varios ordenamientos que la realidad presenta.¹⁷

Insistiendo en esta misma línea del pensamiento, Cesarini Sforza ha sostenido, que el derecho de los particulares no coincide con la expresión derecho privado, porque este último supone un conjunto de normas estatales dirigidas a regular las relaciones entre personas privadas, mientras aquél, por el contrario, aunque ordena relaciones también entre individuos, dichos preceptos, no obstante, no emanan, ni inmediata ni mediata del Estado.¹⁸

Concebir el derecho independientemente del Estado, no significa destruir la construcción jurídica que sobre el hecho y el concepto estatal se erigen, sino ampliar su ámbito, a una más vasta realidad del derecho. El reconocer, según la concepción subjetiva, que el derecho vive también en relaciones que no traen su existencia jurídica de la voluntad del Estado, equivale a admitir que hay una misma distancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, cuanto en aquellos otros ordenamientos que se conozcan a voluntades normativas no estatales.¹⁹

constatar más que gérmenes de derecho inter-individual, (Gurvitch, *op. cit.*, pp. 191 y 192).

17 Santi Romano, *L'Ordinamento giuridico*, Roma, 1945.

18 *Il diritto del privati*, "Rev. it. per le Scienze giuridiche", Roma, 1929, pp. 43 y s.

Es menester distinguir los entes voluntarios; a) De los obligatorios, o personas jurídicas públicas, que se forman por orden del Estado y cuyo ordenamiento y funciones son, en la mayor parte, regulados por la ley (eje., los consorcios administrativos). b) De las personas jurídicas privadas pero de utilidad pública (eje. las cajas de ahorro), las cuales no siendo obligatoria su creación, quedan sometidas casi totalmente al ordenamiento legal. O sea, que los cuerpos sociales voluntarios, no sólo son creados por la voluntad individual sino también organizados por ella (p. 75).

19 Por tanto, no se debe dudar en admitir la posibilidad de órdenes jurídicos diferentes de aquel del Estado, ya se trate de órdenes jurídicos infra-estatales

B).—*Trascendencia jurídica del bien común.* Así, pues, vemos que el movimiento institucionalista al presentar un contenido netamente social, constituye una reacción contra los Códigos civiles vigentes, que están inspirados en la idea individualista. Por eso, tanto Hauriou con su "idea objetiva", como Renard con su "bien común" y Santi Romano en su equiparación a "ordenamiento jurídico", lo que aspiran no es a la sola destrucción del orden jurídico vigente, sino a reemplazarlo por una nueva concepción del Derecho, más acorde con las necesidades de la época actual, por responder en mayor grado a su satisfacción, y a las exigencias de justicia de que el mundo está necesitado. A este fin se encamina, el defender el derecho de libertad jurídica que corresponde al individuo conforme a derecho natural, y la que atañe a la persona social como sujeto de derecho, viniendo a limitar, de este modo, el poder omnímodo de que se ha investido el Estado, con detrimento de los derechos esenciales de la persona.²⁰

Las tres direcciones que hemos señalado dentro de la teoría de la institución, están animadas de este mismo propósito de enaltecer los de-

(derecho regional o provincial), de órdenes jurídicos supra-estatales (derecho de las Uniones internacionales), o de órdenes jurídicos extra-estatales (Derecho canónico, Derecho corporativo...) Hay toda una floración de sistemas jurídicos emanando de autoridades diferentes, y que, cada uno en su órbita específica, se aplican paralelamente (Roubier, *Théorie générale du Droit*, París, 1946, p. 212).

20 Así, se ha cesado de ver en el Estado el único organismo capaz de representar los intereses generales, y se ha desarrollado la idea de que otros grupos pueden también participar en esta función, para mayor ventaja de los hombres. Tal fué el sistema de la Edad Media, donde los hombres no tenían la impresión de vivir en el caos, porque desarrollasen su actividad organismos diferentes. A esto se tiende modernamente también, sustituyendo la soberanía del Derecho a la del pueblo; pues al participar el individuo en varios grupos, asegura más su libertad. De donde, el ideal de "socializar sin estatizar" (Roubier, *op. cit.*, pp. 234 y 235).

Todo grupo posee la soberanía por relación a las formas de sociabilidad que le constituyen. En efecto, el conjunto del grupo no puede existir sin afirmarse como un todo irreductible en sus elementos constituyentes haciendo prevalecer una unidad y cohesión que le son propias. Lo mismo se debería reconocer, que los grupos globales son soberanos por relación a los grupos parciales que integran. Todo ordenamiento jurídico es soberano respecto a las especies de derecho que él sintetiza. Pero la soberanía así concebida no se identifica con el poder, sino es solo su cualificación. El poder social, es la manifestación de irreductibilidad del conjunto por relación a sus elementos componentes. La soberanía no aparece, pues, más que cuando se pasa de la escala microsociológica al aspecto macrosociológico. Vemos que la soberanía de los grupos posee grados diferentes; únicamente la de las sociedades globales puede ser absoluta (Gurvitch, *op. cit.*, pp. 202 a 204).

rechos individuales y sociales frente al derecho del Estado. De aquí que Hauriou, al concebir la Institución como la idea directriz que agrupa en su torno la voluntad libre de los individuos, que al agruparse crean una personalidad distinta de la suya particular, pone de manifiesto que el derecho positivo de un pueblo no debe desconocer esta situación de hecho que implica una verdadera realidad jurídica, siempre que no vaya contra los supremos principios de la moral. Es por lo que Renard, centra la cuestión en el "bien común", que al venir a satisfacer los fines temporales y trascendentes del hombre, basa la teoría de la Institución sobre los sólidos y perennes principios del derecho natural, que han de irradiar todo derecho positivo que sirva a la Justicia. Y, finalmente, la posición de Santi Romano, aun cuando no haga referencia para nada al derecho natural, significa romper con el estatismo del derecho de Estado, reemplazándole por un orden jurídico dinámico que está atento a las exigencias sociales de la comunidad.

Y es que el derecho del Estado, puede a veces no coincidir con el bien común de la sociedad que el personaliza o no acertar a satisfacer todas las necesidades de la misma. Luego, considerando que todo Derecho u ordenamiento jurídico debe hallarse inspirado en el principio del bien común, tenemos que resulta lógico la subsistencia de entes jurídicos que vengan a contrarrestar las extralimitaciones del poder estatal, y la de otros órdenes que faciliten la creación jurídica a que el derecho positivo no puede atender, por producirse relaciones sociales al margen de su esfera.²¹

Es obvio, por tanto, que si la persona individual constituye la unidad social, y el bien común es el fin del todo social, el Derecho ha de estar ordenado hacia la consecución de éste. Y el bien común social está por cima de la voluntad del Estado, en cuanto no se concibe la existencia de una autoridad social que no esté al servicio del bien común, lo mismo que no hay libertad individual más que al servicio de la razón. Es por

21 Así tenemos que a la persona individual, su fin eterno, le confiere una suprema transcendencia. De donde dimanar para ella en sus relaciones con el Estado derechos naturales que no le proceden de la ley positiva, sino que, al contrario, ésta los reconoce, porque tienen un valor por sí mismos. Se trata, pues, de derechos primordiales y fundamentales de la persona y de las comunidades necesariamente interpuestas entre aquélla y el Estado, es decir, la familia y la nación. Por eso, cada vez que el Estado suprime estos derechos, destruye su propia sustancia jurídica, porque la justicia es el fundamento del Estado (Rommen, *Le Droit naturel*, trad. París, 1945, pp. 278 y 279).

lo que el bien común es la "razón social", cuya finalidad es el bienestar de los individuos en el seno de la sociedad. De donde, que el bien particular no puede ser satisfecho íntegramente, sin que al mismo tiempo sea alcanzado el bien común de la familia, de la ciudad, de la nación, etc., de cuyas comunidades el individuo es miembro. Esto es, "l'ideal personnel n'est pas réalisable que dans la mesure où l'idea común est lui-même réalisé." ²²

Asimismo, el bien común depende materialmente de los bienes individuales, como el todo depende de sus partes, por lo que implica siempre una comunidad de la cual es alma, de igual modo que la comunidad es alma de la institución. El bien común crea la institución cuando arraiga en un cierto medio humano, que la informa, organiza y especifica frente a los demás entes jurídicos, haciendo surgir el poder. Podemos afirmar, pues, que la institución es la organización jurídica del bien común. ²³

Habida cuenta de lo expuesto, deducimos que la institución es necesaria al individuo para el cumplimiento de sus fines jurídicos en un ambiente comunitario; si bien no todas ellas protegerán las actividades individuales con idéntica intensidad (v. gr.; la familia, la Universidad); pero a lo que si responderán todos estos cuerpos sociales, es a exigencias del bien común. ²⁴

²² Lachance, *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, 1933, p. 196 y 197.

²³ Lachance, *op. cit.*, p. 201, Renard, *La théorie de l'institution*, p. 293, y *La Philosophie*, pp. 67 y 68.

²⁴ Esta fórmula, contiene un mayor contenido espiritual, que le asegura una superioridad evidente sobre otras, tales como la de "utilidad social", que presenta un carácter más materialista. De otro lado, tiene la ventaja de acentuar la nota sobre la necesidad de salvaguardar una cierta prosperidad colectiva, pero sin absorber los fines individuales legítimos; pues sería contrario al bien común, que los particulares no gozasen de libertad. Además, el bien que se propugna, no es la suma de los bienes de todos sus miembros, sino el bien del grupo, examinado desde el punto de su actividad, distinta de la de los individuos que la integran (Roubier, *op. cit.*, p. 238). Es por lo que frente al interés del egoísmo individual, la sociedad tiene el derecho, tanto como el deber, de oponer su propio interés. El interés de la sociedad es, no sólo el que sirve al individuo, sino el que es útil a la generalidad, el que garantiza la existencia de todos. De donde que la *libertad*, o sea lo que conviene al individuo, debe estar subordinada a la *justicia*, que es lo que a todos conviene. Luego el egoísmo de la sociedad no se inquieta por lo que el hombre es en sí; sólo se pregunta lo que para ella vale. La *sociedad mide al hombre en proporción a su utilidad social*. (Ihering, *El fin en el Derecho*, pp. 74 a 76).

Podemos ya decir, que si Hariou tuvo el acierto de vislumbrar un mundo jurídico objetivo en conexión con el subjetivo, levantando poderes sociales frente al del Estado, y Santi Romano proclamar el pluralismo jurídico demostrando la existencia de ordenamientos jurídicos fuera de la órbita del derecho positivo: es de notar, sin embargo, que ha sido Renard, especulando con principios filosóficos, quien ha proporcionado base firme a la teoría institucional. Estaremos tan sólo ante el concepto institución, cuando la idea directriz de Hauriou o el ordenamiento jurídico de Santi Romano, sirvan vitalmente al principio del bien común, teniendo en cuenta que éste integra ese sistema de ideas que llamamos Derecho natural.²⁵

De donde que, es erróneo plantear el problema de la persona y el del bien común, en términos de oposición, sino su verdadero enfoque consiste en estudiarlo en mútua relación, y subordinación, por lo que, la concepción de la vida política, es personalista y comunitaria a la vez (Maritain, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, 1948, p. 71). Y en España, José Larraz (*La meta de dos revoluciones*, Madrid, 1946), señala cuatro principales valores al principio del bien común: 1º La justicia. 2º La seguridad del orden comunal. 3º La utilidad económica comunitaria. Y 4º La eficacia moral comunitaria (pp. 138 y 139).

25 En el nuevo renacimiento del insnaturalismo en Alemania, destaca la figura de Helmuth Coing, quien sostiene acerca del tema, que no puede fundamentarse ni en lo puramente racional, como pensaron los laicos del siglo XVIII, ni en lo formal y teológico, como idearon los escolásticos; debe surgir de la colectividad y de lo vital, en un momento y lugar históricamente dado. Hay en el Derecho natural un presupuesto social-político en el que se fragua un orden jurídico ideal, porque la función del Derecho debe ser adaptada al hombre, ente de necesidades físicas y espirituales (Antonio Quintano Ripollés, *Filosofía y ciencias del Derecho alemanes*, en Rev. Legisl. y Jurisp. 1951, pp. 148 y 149).

Quizá por esto se hable hoy de que los principios del Derecho natural se estén aplicando a los dominios del Derecho positivo aún en período de gestación (v. gr. en el Derecho social, especialmente en el Derecho del trabajo). Los casos particulares, no previstos por la ley, del deber de asistencia social que incumbe al patrono, las obligaciones mútuas del trabajo y del empleado, etc. Todo esto, en la época en que las fuentes del Derecho no tenían más que salvaguardar la libertad individual, eran considerados como deberes morales "strictus sensu", sin la menor relevancia jurídica. Actualmente —como decimos— se han introducido en la vida jurídica a través de la doctrina y jurisprudencia, sobre la base de los principios del Derecho natural (Henri Rommen, *Le Droit naturel*, trad. Mariny, París, 1945, p. 169).

Esta necesidad de la proyección jusnaturalista en la realidad social ya la vió nuestro maestro Hernández-Gil, cuando ha tiempo escribía: Es preciso que el Derecho natural descienda y se incruste en el terreno de las realizaciones, encarnando

Luego ya podemos ofrecer un concepto de la Institución, recogiendo las notas esenciales que en ella destacan, diciendo que es: aquel cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias del bien de la comunidad, y del que derivan para sus miembros situaciones objetivas jurídico-personales, —o “status”—, que les invisten de derechos y deberes estatutarios.²⁶

II

A.—*Posición del profesor Demófilo de Buen ante el “Derecho de obligaciones.”* Pues bien; la teoría de la Institución elaborada por la conjugación de valores ideológicos de índole personalista-comunitaria, adquiere una fuerte expansión en la realidad práctica, cuando se acierta a centrarla en torno al bien común. Entonces, no se trata ya sólo de una nueva conquista de la técnica jurídica, de quien es verdad nos hallamos muy necesitados, sino que de este modo infundimos a la ciencia del Derecho un sentido humano de que carecía y que únicamente se puede lograr

en la realidad, pues ha de tenderse hacia una ciencia del Derecho jusnaturalista (*Metodología del Derecho*. Ed. Derecho Privado, 1945, p. 380).

Sin embargo, hay institucionalistas que niegan el Derecho natural (Eduardo J. Couture, *El proceso como institución*, Milano, 1950, p. 371).

26 El cuerpo social o asociación marca en el sistema jurídico el punto donde el egoísmo y la abnegación se juntan y confunden. En cambio, la donación, la sociedad, son los contratos tipos que agotan todas las posibles modalidades de la relación entre la voluntad del individuo y su interés. La asociación equilibra la balanza entre estos dos intereses, juntándose en ella todas las relaciones de igual naturaleza: las comunidades, las uniones, el Estado mismo y la Iglesia. Como forma, y sin especificación de fin determinado, es el inmenso recipiente que se presta a recibir todo lo que hace falta para las necesidades de la vida humana (pp. 109 y 110). En principio, y según la historia, es la asociación la que dirige la transición entre la forma irregular de la fuerza en el individuo y la regularización de la fuerza por el Estado. *Es la que resuelve el problema de colocar la preponderancia del poder del lado del Derecho* (p. 147). Individuo, Asociación, Estado, es la gradación histórica por donde se elevan las instituciones sociales. El individuo discierne el fin social, lo recoge la asociación y el Estado se apodera de él cuando adquiere toda su madurez (p. 152). La sociedad contiene el prototipo del Estado, lo reproduce en todas sus líneas (p. 147). Así opina Ihering en *El fin en el Derecho*. Rechazamos sin embargo, su identificación de sociedad y asociación y, por consiguiente, la base contractual que la atribuye. Asimismo negamos que el Estado absorbe en sí todos los organismos inferiores haciéndoles perder independencia y sustantividad.

con la concepción comunitaria que venimos propugnando en nuestros estudios.

Es por lo que su elaboración como doctrina jurídica, no se ha efectuado con un mero afán especulativo, sino que se puede comprobar, como sus principios son factibles de una proyección en el mal llamado campo de Derecho privado, viniendo a enriquecer su contenido y, sobre todo, a dar una nueva estructuración al ordenamiento positivo de los pueblos.

Además, examinando detenidamente las instituciones jurídicas de los Códigos civiles, se advierte que el carácter excesivamente individualista que las inspira, pone al descubierto la necesidad en que se hayan de que se las dé un fundamento objetivo.

Sin embargo, a pesar de lo arraigada que estaba en la conciencia de los juristas la tendencia que combatimos, éstos, a veces, no tenían más remedio que reconocer la existencia de una realidad jurídica que les abrumaba con su presencia. Así, Sánchez Román, distingue dos clases de obligaciones jurídicas, unas que se derivan de un orden general de relaciones de derecho preestablecidas, mientras que otras se derivan de un hecho particular y concreto. Entre las primeras figuran —dice—, las obligaciones del derecho público y las nacidas, dentro del ámbito del derecho privado, de las relaciones fundamentales y permanentes de la propiedad y de la familia. Las segundas, nacidas de relaciones más eventuales y transitorias, son las que se llaman *voluntarias* o contractuales, y con más exactitud patrimoniales.

Precisamente, el profesor Demófilo De Buen en un trabajo publicado en la Revista Cubana del Derecho (a. 1943, págs. 262 y sig.), hace una aplicación de la teoría de la institución al concepto de la obligación jurídica, sentando la distinción de especiales e institucionales. Su tesis, es el desarrollo de la clasificación que hemos visto sustentada por Sánchez Román.

Las obligaciones especiales son las constitutivas del llamado “derecho de obligaciones”, siendo creación de la libertad humana, por lo que son producto de un hecho particular y concreto que pudo existir o no, constituyendo fines “singulares, inmediatos y de mero interés individual”, por lo que presentan un carácter de temporalidad. Son derechos de exclusión, en cuanto de ellas quedan excluidos los que no son parte del actor creador —contratantes y herederos—, y sirven para ejercitar el derecho

de libertad (v. gr. contrato) o para sancionarle (v. gr. responsabilidad civil).²⁷

Frente a estas obligaciones que son meras *relaciones humanas* sitúa el profesor De Buen las denominaciones institucionales, que son: "ideas sociales encarnadas en una corporal estructura, después de una gestación social". Estas surgen cuando el individuo abdica, dentro de ciertos límites, de su libertad personal, para someterse a un orden regulado por la voluntad social, generalmente por la ley, puesto que son producto de creación colectiva. Ni la familia, ni la propiedad la constituyen cada uno a su manera, como en cambio establecen sus relaciones contractuales. Ni siquiera la ley misma, como regulación soberana del momento, tiene en este orden la fuerza creadora que se le atribuye; más bien, se reduce a obedecer y a declarar aquello que, sin estar escrito en ninguna parte, es la regla fundamental de la colectividad jurídica.

Sin embargo, esta abdicación limitada de su libertad por parte del individuo al enmascararse en el ámbito institucional, no es nada más que aparente. Limitar la libertad, y entrar en un orden social superior, es asegurar la libertad posible, que es más efectiva que la del hombre aislado. Por eso, estas obligaciones implican verdaderas *situaciones*, creando un vínculo jurídico permanente, por lo que han de calificarse derechos de unión en cuanto en ellas las voluntades humanas se adhieren a la idea constituyendo una unidad superior que adquiere un valor propio y estable.

Esta bipartición de las obligaciones puede proyectarse en las relaciones jurídicas y, por ende, en los derechos. Tenemos, pues, relaciones jurídicas y derechos especiales, relaciones jurídicas institucionales y derechos institucionales.²⁸

27 De aquí que estas acciones, que podemos llamar voluntarias, no presentan interés alguno para la sociedad o sólo le tienen secundario; hay otras cuyo cumplimiento es de necesidad absoluta. El que un hombre haga un sacrificio en favor de sus amigos, que otro contribuya a una colecta, poco importa para la sociedad; pero que el agricultor provea de trigo, y el panadero facilite el pan y el carnicero la carne... todo esto son para la sociedad cosas de una importancia capital, de las cuales depende el orden y economía de la existencia. Es por lo que, junto al individuo, ser aislado, nos encontramos el hombre social, el hombre que forma parte de unidades superiores (Estado, Iglesia, asociaciones), quienes como sujetos de derechos recogen los beneficios para transmitirlos a la persona natural, al hombre (Ihering, *El fin en el Derecho*, trad. esp. Buenos Aires, 1946, pp. 46, 47 y 223).

28 Alvaro d'Ors, ha centrado en los términos "relación" y "situación", la bipartición del Derecho en privado y público. Relación, es el nexo trabado por la actividad de la autonomía privada, en tanto la situación, supone ubicación dentro

Ahora bien, si como dice el profesor De Buen, es un grave error aplicar a las obligaciones institucionales las reglas que dedican los Códigos civiles a las obligaciones especiales, fácil es colegir, que sus diferencias de naturaleza son tan esenciales —según acabamos de poner de manifiesto—, que sólo en un sentido muy amplio podemos calificarlas de obligaciones, puesto que más propiamente puede decirse que son verdaderos deberes jurídicos.

Esto es así, porque recordando lo expuesto más arriba, se veía que mientras la obligación en sentido estricto responde a una idea individual y subjetiva, la llamada institucional lo hace encarnando una idea social u objetiva, con todos los caracteres inherentes a esta naturaleza. Por tanto, el deber jurídico implica una situación del individuo dentro de una comunidad de la cual es miembro (v. gr. cónyuge, padre, legítimo). No estamos frente a un simple deber moral, porque trasciende de la esfera de este orden, y su obligatoriedad es correlativa de la norma jurídica que le constriñe.

Es Kelsen, quien hablando sobre este concepto de deber jurídico, señala existe con independencia de la norma jurídica, por cuanto es capaz de subjetivación, es decir, de ser aplicado a un individuo determinado, quien es constreñido por el poder jurídico al cumplimiento de los fines ínsitos a la institución en que se encuentra enmarcado. De otra parte, ya dijimos con Santi Romano, que el Derecho surge con anterioridad a la norma, por asimilarse a la entidad social en sí.

La noción del deber jurídico se deriva, pues, de un orden general preestablecido en el seno de una comunidad social, de naturaleza jurídica, integrando su contenido.

B.—*Referencia a Santi Romano.* Santi Romano, en su obra "Frammenti di un dizionario giuridico"²⁹ distingue entre deber jurídico y obligación en sentido estricto, diciendo que el primero es aquél que no es correlativo, en ninguno de los aspectos que ésta puede darse, a derechos de otros sujetos y, por este motivo, permanece fuera de la órbita de toda relación jurídica con persona o cosa determinada. No obstante, a este concepto corresponde un poder "lato sensu", que define, como aquél que

de la hipótesis prevista por el ordenamiento jurídico, por la norma (*De la privata lex al Derecho Privado y al Derecho civil*, en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", 1949, pp. 40 y 41).

29 Milano, 1947, pp. 104 y ss.

se desarrolla en dirección genérica, esto es, carece de objeto singularmente determinado, que no se resuelve en pretensión hacia otros sujetos, que por esto no sería correlativo a obligaciones, lo cual quiere decir, que no es elemento de concretas relaciones jurídicas. Por el contrario, los poderes que se desarrollan en particulares y singulares relaciones con una cosa u otro objeto o persona determinada, los cuales tienen obligaciones correlativas, son los poderes que asumen el carácter de derechos subjetivos, correspondiéndoles siempre obligaciones.

Reconoce, por ende, que si tales deberes no son correlativos a derechos subjetivos, ello no significa, según se acaba de advertir, que no correspondan a poderes, cuya función sea sobre todo asegurar su cumplimiento. Entre unos y otros se da una cierta conexión sustancialmente diversa de aquella que reúne los términos de una verdadera y propia relación. Dicho ligamen no es intersubjetivo y tanto menos limitado a sujetos determinados, sino deriva del fin puramente objetivo por el cual el ordenamiento jurídico ha situado en su sistema general a uno y a otro, para que cada uno, por cuenta propia, coopere a la realización de aquel fin. Cuando el deber no es espontáneo y libremente cumplido, interviene el poder que constriñe a tal cumplimiento, infringiendo una sanción al transgresor.

Observa existen varias especies de deberes, así como se distinguen diversas clases de obligaciones:

En atención a su contenido, los deberes pueden ser positivos o negativos. Los primeros, cuando se conexionan a una función, sea pública o privada, pueden permanecer independientes de concretas relaciones jurídicas y, por tanto, no constituir obligaciones. Así, se puede tener el deber de publicar una ley, sentencia o acto administrativo, en razón a que ninguno puede alegar un derecho a tal promulgación, pudiéndole asistir a ello un interés jurídicamente protegido.

Los deberes negativos, presentan también a veces un carácter funcional, pues que los intereses por los cuales una función se ejercita puede reclamar la abstención de cierta actividad. Entre los no funcionales, han de mencionarse, sobre todo, aquellos de no sobrepasar la esfera concedida a una capacidad, a un poder, a un derecho, que, por este motivo, corresponden a las limitaciones de tales esferas jurídicas. Estas limitaciones se revisten de diversos nombres, mientras otras veces no tienen una particular designación: se habla, por ejemplo, de "vínculos" de la propiedad, de "servidumbres pasivas", de "restricciones", etc. . . . Una servidumbre ac-

tiva, que es un derecho real y, por tanto, absoluto, implica un deber, no una obligación del propietario gravado con ella. Los derechos de libertad civil suponen deberes del Estado y de otros entes públicos de abstenerse de cierta ingerencia en la esfera de los particulares. Además, hay deberes negativos que frecuentemente carecen de un específico "nomen iuris", que responden al principio del "neminem loedere".

En orden a los sujetos, dichos deberes, a diferencia de las obligaciones, suponen reglas generales, esto es, corresponden a todas aquellas personas que tienen una capacidad o cualidad determinadas o bien se encuentran en ciertas posiciones o condiciones: también por esto su carácter se asemeja a los poderes que no son derechos subjetivos. Generalmente su fuente es la Ley, mientras las obligaciones, aún cuando pueden nacer de la misma, con frecuencia son elementos de relaciones jurídicas constituídas por negocios que atañen a los particulares. No obstante, podemos hallarnos ante deberes que no sean de carácter general, como cuando derivan de disposiciones de derechos singular o son inherentes a funciones públicas o privadas, que son reguladas, no exclusivamente en la Ley, sino en negocios jurídicos; por ejemplo, un testamento que especifica ciertas actividades que deberá desarrollar el ejecutor testamentario.

Puesto que los deberes se remiten a la capacidad, cualidad, posición o situación de las personas, siendo condiciones generales que tienen carácter estrictamente personal y, por lo mismo, de ellas inseparables, hemos de calificarlos de intransmisibles; de igual modo que tampoco lo son, aquellos poderes que están lejos de ser derechos subjetivos. En cambio, las obligaciones, por lo general, no son establecidas "intuitu personae".

De lo expuesto resulta, que dichos deberes por ser de carácter personal no se pueden cumplir por medio de representantes, en especial cuando son negativos. Los incapaces, por tanto, no pueden estar sujetos a tales deberes, lo que no obsta a que las personas que se hallan encargadas de su potestad o custodia, les incumba el deber de vigilancia, haciéndose responsables de los actos lesivos que pudieran cometer estando bajo su autoridad.

También, como el deber lo mismo que el poder jurídico correlativo, son manifestaciones perennes e inextinguibles de la capacidad, cualidad, condición, posición que constituyen su fundamento, conservan su identidad a través de los supuestos, que pueden ser infinitos, en los cuales deben actuar. Por consecuencia, no debe considerarse que dichos deberes o derechos se extinguen después de cada cumplimiento para renacer ul-

teriormente ante nuevos supuestos que reclaman su observancia. Ellos permanecen y son siempre los mismos deberes.

En fin, el deber jurídico unas veces mira a la esfera jurídica ajena y otras concierne a la propia o a la del sujeto en que el individuo se halla enmarcado, como sucede cuando aquél presenta una estructura interna compleja, v. gr.: en los casos de existencia de una persona jurídica o social.³⁰

C.—*Notas diferenciales de la obligación y del deber jurídico.* Esto así, se puede compendiar el pensamiento del profesor De Buen, acerca de la distinción de las obligaciones, en las siguientes notas:

A) *Obligaciones especiales.*

- 1ª Son creadas por la libertad humana, mediante un hecho particular y concreto.
- 2ª Constituyen meras relaciones humanas de carácter patrimonial.
- 3ª Su duración es temporal, por satisfacer fines singulares, inmediatos y de mero interés individual.
- 4ª Implican derechos de exclusión, pues sólo obligan a las personas contratantes y a sus herederos.

B) *Las obligaciones institucionales:*

- 1ª Surgen de la libertad humana o de una comunidad jurídica necesaria.
- 2ª Constituyen verdaderas situaciones jurídicas —“status”— de carácter personal.
- 3ª Revisten la nota de permanencia, durando tanto cuanto el fin que les da origen.
- 4ª Suponen derechos de unión, en cuanto se da la adhesión de las voluntades humanas a la idea directriz, constituyendo una unidad superior con sustantividad propia.

Estas últimas obligaciones, que De Buen construye haciendo aplicación de la teoría institucional, no pueden llamarse propiamente obligaciones —según indicamos— por reunir los caracteres del deber jurídico. Así, Santi Romano, resumiendo su doctrina antes expuesta, le configura del modo siguiente:

30 Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, pp. 104 a 110.

- 1º Tiene su origen, por lo general, en la ley, aun cuando a veces pueda nacer de un negocio jurídico, que nosotros llamamos institucional.
- 2º Constríñe a todo sujeto de derecho que se encuentre en una determinada situación jurídica o de "status".
- 3º Presenta un carácter personal e intransmisible.
- 4º No es su correlativo el derecho subjetivo, sino un poder "lato sensu", que se desarrolla en dirección genérica, esto es, sin dirigirse a persona determinada.
- 5º Su incumplimiento, lleva consigo una sanción por parte de la norma jurídica.
- 6º No se extingue por el cumplimiento, subsistiendo mientras permanece el fin que le motivó.
- 7º Unas veces implica respeto a la esfera jurídica ajena y otras entraña subordinación al principio de autoridad, dentro de la esfera propia, (v. gr. el hijo dentro de la comunidad familiar).

O sea, que el concepto de Kelsen del deber jurídico, ha sido ampliamente desarrollado con las aportaciones de De Buen y Santi Romano. Nosotros, partiendo de los mismos principios doctrinales que estos juristas (y, por aquel entonces, cuando desarrollamos nuestras ideas, con desconocimiento de sus respectivos estudios), ya formulamos una teoría en torno a esta cuestión en colaboración con don Ismael Peidro Pastor.³¹

Precisamente, en el trabajo citado ya establecíamos como características del deber jurídico:

- a) En cuanto al sujeto, que representa una situación jurídica objetiva.
- b) Desde el punto de vista de la relación jurídica, porque tiene un origen necesario, con necesidad de medio para conseguir un fin.
- c) Respecto a la naturaleza de la relación, tanto en sus fines como en su estructura, dicho deber jurídico acusa un rasgo esencialmente social, por lo mismo que se deriva de un orden jurídico general preestablecido en el seno de una comunidad de Derecho.
- d) Y por lo que concierne a su extinción, no se extingue por el cumplimiento momentáneo de su fin, sino con la desaparición de éste.³²

31 *Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo*, Rev. Legisl. y Jurisp., marzo 1948, y separata Ed. Reus.

32 *Op. cit.*, p. 29.

Es decir, lo que se observa estudiando la posición doctrinal de los autores que siguen una orientación institucional y comunitaria, es que todos adoptamos una actitud semejante ante el problema de la distinción entre la obligación y el deber jurídico. Esto demuestra, además, que dichas orientaciones van forjándose una contextura doctrinal férrea. Y, sobre todo, es fácil de colegir que hay unanimidad de opinión por lo que concierne a superar el concepto kelseniano del mismo.

Ello es así, puesto que dicha noción ya no puede seguir siendo considerada como correlativa al instituto del derecho subjetivo, como una mera relación entre la norma y una persona determinada a quien obliga a un cierto comportamiento, cuya oposición contradictoria constituye la condición del acto coactivo (pena o ejecución) establecido por ella, reduciendo, de este modo, el contenido del deber jurídico, a "aquella conducta que la sociedad se propone lograr mediante el precepto jurídico".³³

Sólo pudo relegarse a un segundo término el papel del deber jurídico, en una época histórica que fué dominada por el positivismo e individualismo. En cambio, la concepción española —como dice De Castro—, basada en la idea de la comunidad nacional, siempre ha prestado la debida atención a los deberes jurídicos.³⁴ Y es que éstos aspiran, desde el punto de vista teleológico, a la consecución del bien común, por lo que presuponen la existencia de una comunidad de Derecho, cuyo contenido integran y tienen la misión de conservar y perfeccionar. De aquí, que el concepto del deber jurídico, no se agote en la mera relación entre la norma y una persona determinada, considerados aquélla y éste aisladamente, sino que, dada la nota social que le caracteriza, se dirige siempre al individuo como miembro de una comunidad, por lo que supone un orden jurídico preestablecido.

Luego si tenemos, que ni el orden jurídico es un agregado de normas ni la comunidad de individuos, deduciremos que la noción del deber, condicionante de todo el obrar y convivir en las relaciones comunitarias, no puede contemplarse como contenido de cada norma jurídica individual, sino más exactamente como formando parte del contenido de aquel orden, cuyo cometido es conservarle haciéndole cumplir, por lo que presenta unas características que le diferencian claramente de todos los demás preceptos jurídicos que integran el mismo. Asimismo, los individuos obser-

33 Luis Recaséns Siches, *Estudio preliminar a Kelsen, Teoría general del Estado*, trad. esp. Barcelona, Ed. Bosch, 1934, pp. 51 y 52.

34 *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, t. I, p. 525.

vados a través de la idea de comunidad, no se nos presentan con independencia los unos de los otros, girando en torno a su "yo" y afanándose por sus intereses particulares, sino que, por el contrario, se les contempla vinculados entre sí, ocupando distintas situaciones en la comunidad de Derecho, al contribuir y participar todos ellos en la consecución del bien común social. Es por lo que, el concepto del deber jurídico, derivase de la relación objetiva entre un "status" y un sujeto; pues si el Derecho en sí conlleva la finalidad de procurar el bien común de los miembros de la sociedad a que se aplica, dentro del ordenamiento jurídico, el instituto en que más acusadamente destaca este fin, es el del deber jurídico, por fundamentarse en un principio objetivo, según acabamos de ver. Lo mismo que, el hombre actuando como miembro de una comunidad, aspira a lograr y satisfacer el bien de todos, mientras que cuando lo hace como individuo, sólo —o principalmente— busca conseguir sus particulares aspiraciones.

Habida cuenta de lo anterior, podemos intentar ya una configuración del instituto del deber jurídico, destacando en él las características siguientes:

- 1ª En cuanto al sujeto, representa una situación jurídico-objetiva —"status"—, por constreñir siempre al hombre considerado como miembro de una comunidad.
- 2ª Por lo que concierne a su origen, implica siempre una relación directa entre el sujeto y el ordenamiento jurídico positivo, por lo que surge de la ley o del negocio jurídico institucional.
- 3ª Respecto a su naturaleza jurídica, tanto en sus fines como en su estructura, dicho deber jurídico acusa un rasgo esencialmente social, por lo mismo que se deriva de un orden general preestablecido en el seno de una comunidad de Derecho.
- 4ª Atendiendo a sus caracteres, puesto que no se dirige a persona determinada sino a quien ocupa una situación jurídica dada, es imperativo, genérico e intransmisible.
- 5ª Conforme a su eficacia o extensión, se deriva, en todo caso, del estatuto legal, que es la norma permanente de dirección en las instituciones, integrando su contenido las facultades y deberes que corresponden a un sujeto investido de la cualidad de miembro de una comunidad, pudiendo ser los deberes, positivos y negativos.
- 6ª Finalmente, no se extingue por el cumplimiento momentáneo de su fin, sino con la desaparición de éste.

De donde, estamos en condiciones de ensayar una definición del deber jurídico diciendo que, "es la constrictión de carácter imperativo, genérico e intransmisible, derivada de una relación inmediata entre el sujeto de derecho y el ordenamiento jurídico positivo, que sitúa a aquél en una posición jurídico objetiva y pasiva, durante todo el tiempo que subsista el fin para que surge dicha relación jurídica".

III

A. *El pluralismo jurídico en Santi Romano.* La proyección de la teoría institucional sobre el instituto de la obligación natural, produce por el momento el saludable efecto de despojarle de su carácter híbrido, imperante en el mismo, cuando no se acierta a vislumbrar más ordenamiento válido que aquél en el cual desenvuelve sus actividades el Estado. Esta es la razón del desplazamiento de la obligación natural como entidad en sí, hacia el ámbito del deber moral, tratando con ello de encontrar una protección que se le negaba en su propia esfera jurídica. Es por lo que esta asimilación progresiva de dicha obligación por el deber moral, trajo como consecuencia el que surgiese un nuevo tipo de obligaciones naturales diverso del que se acogía en el Derecho romano.

Por eso, el proclamarse la existencia de ordenamientos jurídicos al margen de aquél en que el Estado desarrolla su actividad, se niega a la obligación natural su carácter exclusivo de deber moral, reconociéndosele perfecta y completa en su propio ordenamiento. De este modo, el Derecho positivo no se enfrenta con meros hechos no jurídicos que producen determinadas consecuencias, sino con verdaderos institutos jurídicos válidos en diverso ordenamiento al suyo, y cuyos efectos no le queda más remedio que regular por la trascendencia que tienen socialmente.

Santi Romano, propugnador de esta orientación en la doctrina italiana, aun cuando sin asentarla en el Derecho natural, enumera entre las fuentes naturales del Derecho moderno, las siguientes:

- 1³ El ordenamiento interno de la familia, que puede basarse sobre viejas costumbres. Por ejemplo, la obligación del padre de dotar a sus hijas, que el art. 147 del Código civil de 1865 (pues el de 1942 no contiene ninguna disposición correspondiente a la de dicho precepto), declara desprovista de acción, no es de excluirse *a priori* que sea una obligación, no solamente moral sino también

jurídica, según las costumbres indicadas, que antes eran acogidas por el Derecho estatal, y ahora pueden ser cumplidas como simples costumbres familiares.

- 2ª El ordenamiento de la Iglesia, en cuanto impone una serie de obligaciones, que el Estado no reconoce mas tampoco prohíbe su cumplimiento. Por ejemplo, quien paga voluntariamente un diezmo, mientras el derecho del Estado no ha abolido la obligación que la Iglesia continúa imponiendo a los fieles, no cumple, según nosotros una donación; pues quien paga con este motivo no lo hace con ánimo de liberalidad, sino de cumplir un deber que dimana del Derecho positivo eclesiástico; deber que, para el Derecho positivo, puede constituir una obligación natural.
- 3ª El ordenamiento interno de algunos institutos privados, de una clase de personas que tenga una especial organización, etc. Puede ser ejemplo la deuda de juego que, aun cuando no es considerada obligación moral, se la califica de obligación precisa y rigurosa, según las normas reconocidas por los jugadores y que forman el estatuto de la casa de juego.³⁵
- 4ª Otras normas derivadas de la autonomía privada. Así, las obligaciones naturales, que nacen como obligaciones civiles, pero que por falta de alguna formalidad (prescripción, injusta absolucíon del deudor, etc.), se extinguen para el Derecho positivo, permaneciendo como meras obligaciones naturales, ya que conforme a su naturaleza no han observado la más mínima variación.³⁶

35 Aun cuando nosotros la excluimos de la categoría de dichas obligaciones naturales.

36 Por el contrario, Rommen dice, que el Derecho natural implica un verdadero "pluralismo", fuente del principio de "subsidiaridad" del Estado. Las esferas biológicas naturales inferiores al Estado (persona individual, familia, municipio, profesiones repartidas en la nación, etc.), son comunidades de vida particular y original con sus fines específicos. Estos fines concurren organizadamente al orden del bien común, sin jamás abdicar su esencia propia, a la unidad orgánica del Estado. Luego dichas comunidades no constituyen sólo estadios inferiores del desarrollo histórico del Estado, las etapas sucesivas de la evolución social; ellas son instituciones permanentes, cuyas funciones propias no pueden ser asumidas y reemplazadas por el Estado de una manera completa y continua. La doctrina adversa, reposa sobre la antítesis individuo-Estado, que es intrínsecamente falsa, y que conduce necesariamente ora a un liberalismo ora a una estatización de toda la vida social (bolchevismo), *op. cit.*, pp. 279 y 280).

Estos son algunos ejemplos demostrativos de los ordenamientos jurídicos que dan lugar a obligaciones que, transportadas al campo del derecho del Estado, no son más que obligaciones naturales.³⁷

Claro que nosotros, superando una concepción simplemente normativa, como es ésta que nos presenta el insigne jurisconsulto italiano, exigimos a todo ordenamiento jurídico para su validez —inclusive al estatal—, que responda a las exigencias del Derecho natural, que es aquella parte de la moral social, que persigue la realización de lo justo en las relaciones sociales. Es decir, que la relación entre ambos derechos no es de paridad, sino jerárquica, porque aun cuando uno y otro signifiquen “vinculum humanae societatis”, es diversa en cada uno de los mismos, la esencia de la sociedad organizada en Estado, en presencia de la voluntad y de la fuerza estatal; en el derecho natural, por el contrario, presenciamos a la sociedad humana organizada independientemente del mandato estatal. Su valor dimana de la conciencia común y social, sin que intervenga el poder del Estado. Las dos esferas son distintas, de modo que se pueden tener relaciones jurídicas en el sentido de derecho natural, las cuales no sean jurídicas en el sentido del derecho positivo. Esto considerado bajo el aspecto objetivo, pues desde el subjetivo, puede ser que se tenga derecho de hacer o exigir alguna cosa conforme al derecho natural, que no corresponde así desde el derecho positivo.³⁸

B. *Su aplicación a la obligación natural por Salvatore Romano.* Es por lo que prevalece aquí la opinión de Salvatore Romano, de que hay que excluir en esta específica materia, el derecho de reenvío entre los ordenamientos diversos de aquel Estado.³⁹ Otra cosa es, que exista una mutua compenetración entre los mismos, como así lo demuestra el hecho de que el ordenamiento del Estado no pueda permanecer indiferente a los efectos producidos por los vínculos jurídicos que se establecen en esferas ajenas a la suya.

Ahora bien, lo que nos resta por destacar son las características que reúne esta obligación natural, como obligación perfecta en su esfera, y las repercusiones que tiene en el ámbito del Derecho positivo.

La opinión generalmente sustentada por los juristas, incluso aquellos mismos que siguen una orientación institucional, es la de que se trata de

37 *Op. cit.*, pp. 156 a 159.

38 Brunetti, “Riv. dir. comm”, 1922, I, p. 444.

39 *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, p. 52.

una relación meramente social a la que se reconoce por el ordenamiento positivo consecuencias jurídicas, que no llegan a transformar en jurídica la relación social misma, sino hacen de ella derivar, en cuanto relación de hecho, otras relaciones que son jurídicas. De donde, que el hecho considerado intrínsecamente no es regulado por el Derecho, que sólo se ocupa de sus efectos, siendo totalmente irrelevante como entidad en sí. Tal es el supuesto de los hechos naturales o involuntarios que, precisamente, por ser involuntarios no podrían conformarse al derecho, que sólo tiene en cuenta algunas de sus consecuencias.

Empero, aun en la órbita de los hechos voluntarios, podemos tomar en consideración la actividad o de la Ley o de la autonomía de las partes regulada intrínsecamente en sus diversas fases y en las relaciones a las cuales dan lugar, que deberían desarrollarse según las reglas establecidas, mas que lo hacen en la realidad de modo contrario a lo dispuesto en la regulación. En dichas hipótesis se tienen actividades antijurídicas, y por ser la antijuridicidad la negación del derecho, se pueden calificar actividades "de hecho", cuyo carácter es diverso según los casos. Puede ser la ilicitud absoluta o relativa. Para el Derecho es verdaderamente importante la ilicitud relativa, que se verifica cuando una situación o una relación es considerada y vale como si fuese conforme a derecho hasta que su antijuridicidad no es legalmente pronunciada. Y el legislador para prever estos supuestos ha seguido dos direcciones: una, que es establecer un régimen subsidiario para el caso de que las partes no hayan decidido sobre la cuestión o incurriesen en algún vicio anulable (v. gr., sistemas matrimoniales); y otra, estableciendo una serie de normas que protegen la situación de hecho dada mientras no se provoque la antijuridicidad por personas interesadas (v. gr., presunción de paternidad, filiación, interdictos posesorios). Por lo demás, hay otras relaciones de hecho, que son tomadas en consideración por la ley estatal si las acompañan el atuendo de ciertas relaciones jurídicas; así la posesión; que es definida en el artículo 1140 del nuevo Código italiano como una "attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale".⁴⁰

También incluye entre las situaciones de hecho, las facultades que corresponden al propietario, aunque en su conjunto la ley las contemple y las considere lícitas; pues dentro de ciertos límites, son dejadas al arbitrio del dueño de la cosa. Por lo que, toda actividad jurídicamente re-

40 Salvatore Romano, *Osservazioni sulle qualifiche "di fatto" e "di diritto"*, Padova, 1939, pp. 21 y 28; y *Note sulle obbligazioni naturali*, p. 55.

levante, que no sea regulada —en sí y por sí— ni objetivamente por la ley, ni de modo subjetivo por las partes interesadas en los negocios jurídicos son actividades de hecho, que constituyen para el ordenamiento jurídico el presupuesto de las normas que disciplinan los efectos .

Esto en cuanto a las actividades desarrolladas “contra legem” o “secundum lege”, porque, otro tanto, podemos decir de las “praeter legem”. Así, muchos de los llamados entes de hecho (asociaciones o instituciones), son constituídos asumiendo una posición que no es equivalente a la de los reconocidos como personas jurídicas, pero que tienden a aproximarse a ellas desde un punto de vista práctico.⁴¹

Pues bien, junto a estas relaciones que el Derecho positivo ignora y que por tanto, permanecen fuera de su ámbito o son reprobadas por ilicitud jurídica, hay otras que dicho ordenamiento quiere ignorar. Estas son las obligaciones naturales, que constituyen objeto de nuestro estudio en estos momentos.

La obligación natural, para aquellos autores que la niegan categoría jurídica, es un mero hecho social cuya cualificación difiere según proveniga de las normas morales o consuetudinarias o del propio ordenamiento del Estado; pues si para éste no es reconocida su idoneidad, sin embargo, en el ámbito de aquéllas, es susceptible de crear una relación de deber.⁴² Con todo, esta indiferencia del derecho estatal frente a las relaciones obligatorias surgidas al margen de su esfera, no es óbice para que las mismas tengan como contenido todos los elementos (acreedor, deudor, objeto), cuya integración hace surgir una verdadera obligación jurídica, por lo que al no reconocerse plenamente como obligación por el Derecho positivo, resulta obvio que dado su contenido obligatorio constituye una obligación en un ordenamiento diverso al del Estado.⁴³

Esta es la posición que nosotros venimos propugnando insistentemente. Mas si en verdad, los autores institucionalistas han llegado a esta misma solución, por considerarla incluso la más ajustada a la configuración de dicho instituto en el Derecho romano, dado que el reducirla a una mera exigencia de índole moral, es desplazarla de su influencia romanista y de su auténtico carácter jurídico, ellos no han sabido rodear a la obligación natural del basamento iusnaturalista que tanto realce jurídico

41 Salvatore Romano, *Osservazioni* . . . , pp. 29 y 30.

42 Nicolò, *op. cit.*, en “Foro Italiano”, 1939, I, p. 40.

43 Mori-Checucci, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Génova, 1947, p. 53.

la imprime, ni siquiera explicarnos la consideración que la misma merece para el ordenamiento positivo y en virtud de qué razones doctrinales.

Quizá sea este el motivo por el cual últimamente haya ganado nuevos adeptos la tendencia proclamada por la doctrina francesa de asimilarla a un simple deber moral, hasta el punto que no sólo se ha abierto paso esta corriente en la reciente legislación italiana, sino que incluso es defendida por sus jurisconsultos más ilustres, descollando en dicha defensa el profesor Giorgio Oppo, por la solidez de sus argumentos y la maciza documentación de su estudio.

C. Aspecto subjetivo y objetivo de la obligación natural. De aquí que, en todas aquellas ocasiones de preexistencia de un deber moral o social, se haya querido ver una obligación natural. Como se advierte, queda despojada ésta, con dicha interpretación, de su contextura jurídica y del carácter convencional que hace del contrato su principal —y acaso— su única fuente de regulación.

No obstante, aun aquellos juristas que extreman esta posición reduciendo la obligación natural a un puro deber moral, que es la característica objetiva que señalan para tipificarla con grave riesgo —como hemos apuntado más arriba—, para la subsistencia de la donación remuneratoria, reconocen que se debe tener siempre en cuenta, al mismo tiempo, los elementos subjetivos para establecer la existencia del deber o su entidad en el caso concreto, y así las consideraciones sociales y patrimoniales de las partes, y las relaciones existentes entre ellas, con arreglo a los preceptos de la moral colectiva.⁴⁴

Es decir, que desde el mismo momento en que el deudor cumple, exigiendo el crédito de su obligación natural contraída, entra en relación directa con el ordenamiento positivo vigente, el cual se proyecta como un potente reflector sobre la voluntad que paga y el acreedor que recibe.

Hay que tener en cuenta que el deudor toma como punto de actuación su posición subjetiva dentro de cuyo campo establece sus relaciones con el otro término de la relación jurídica obligatoria llamado acreedor. Por eso, son características de la obligación: a) En cuanto al sujeto, representa una situación jurídica subjetiva; b) Desde el punto de vista de la relación jurídica, tiene origen, generalmente, voluntario; c) Respecto a la naturaleza de la relación, acusa un fuerte carácter individualista; y d),

⁴⁴ Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 244.

Por lo que atañe a su extinción, desaparece en el momento de cumplirse la prestación.⁴⁵

Mas, precisamente, en el instituto de la obligación natural, su cumplimiento mediante la entrega de una cosa, no sólo produce la extinción de la relación jurídica en el ámbito en que dicha obligación nos aparece perfecta, o sea, en la esfera del Derecho natural, sino que, repercute en la órbita del Derecho positivo. Ante el pago, su ordenamiento reacciona, por el desplazamiento patrimonial que se opera con este motivo, no reconociendo el cumplimiento de una obligación civil, como consecuencia de la extinción de la deuda preexistente. Por el contrario, en vez de dirigirse su acción a la relación obligatoria en sí, tomada en su conjunto con sus dos elementos deudor y acreedor, el ordenamiento positivo que se ha visto sorprendido ante el pago voluntario —y no coactivo— del deudor —que sin embargo, obedece al desarrollo normal de la obligación—, se dirige inmediatamente al mismo para constreñirle a lo no repetibilidad de lo pagado siempre que la entrega responda a una causa justa.

La causa, como elemento de la relación obligatoria contractual, representa lo objetivo de la obligación, la idea directriz de justicia en consideración a la cual, y según la clase de relación, el orden jurídico positivo otorga el marchamo legal a una relación social válida conforme a los principios del Derecho natural. Luego esta justa causa, es la que se proyecta en la relación que se acaba de cumplir, para ver si el cumplimiento realizado responde a una obligación natural, a una liberalidad (o sea, a un simple deber moral o a un mero “animus donandi”) o a un hecho ilícito (v. gr. deuda de juego).

Necesariamente, en nuestro Ordenamiento positivo que, ni acepta el término obligación natural del Código francés ni el de deber moral o social del cuerpo legal italiano, no puede bastar por sí sólo la previa existencia de un deber moral para que haya una obligación natural, por cuanto aquél tiene cabida —según hemos apuntado más arriba— en el precepto del artículo 619, que entra de lleno en el orden moral. Es menester, por tanto, que dicho deber moral implique una deuda no exigible, si queremos alegar la presencia de una obligación natural.

En su consecuencia, lo que es fundamental probar en este supuesto, no es tanto la existencia de un previo deber moral como las relaciones existentes entre las partes y sus condiciones sociales y patrimoniales, todo ello dentro de las exigencias de la moral colectiva. Estos requisitos, incluso

45 Nuestro trabajo, *Teoría del deber jurídico* . . . , p. 29.

el mismo Oppo, los considera dignos de tenerse en cuenta, a pesar de que los relegue a un segundo término. Para nosotros son básicos, ya que nos sirven para revelar la existencia del vínculo jurídico de la obligación; pues para juzgar de la intención de los contratantes habrá que atender principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. (Art. 1282.)

D. *Su carácter de deber jurídico en el Derecho español vigente.* Sólo una vez que se haya demostrado la existencia de un vínculo jurídico al margen del Derecho positivo, pero establecido al amparo de la moral social (en su reducto de Derecho natural), estaremos ante un pago hecho en virtud de una justa causa, lo que motivará entonces que nuestro ordenamiento positivo constriña al deudor imponiéndole un deber de carácter negativo, cual es la irrepitibilidad de lo entregado.

He aquí por qué, al legislador no le ha preocupado el confirmar como obligación civil a la obligación natural; le basta con saber que obedece a una justa causa (artículo 1901), para comprender existe conforme a Derecho. Por eso, imperativamente se dirige a quien efectúa el pago ordenándole la no repetición. De este modo, el deudor se ve constreñido necesariamente como consecuencia de su acción libre. No puede reclamar la devolución del importe de lo pagado.

El ordenamiento positivo al conducirse así lo hace inspirado en el principio del bien común, a cuyo servicio está; pues admitir la repetición en tal hipótesis sería perturbador para la comunidad, no sólo por lesionarse intereses económicos sino también morales. Por que así como la obligación civil destaca por su contenido eminentemente patrimonial, la obligación natural reviste un carácter densamente moral.

Así, pues, nuestro Derecho positivo configura a dicha obligación como un deber jurídico, por las razones siguientes:

- 1ª Porque no se dirige a sujeto determinado, sino a todo aquel que se halle en una situación jurídica dada (que haya efectuado un pago debido por justa causa), no importándole el otro término de la relación, a quien se refiere bajo la forma genérica de acreedor.
- 2ª Es la voluntad libre del deudor la que provoca la acción del ordenamiento, que le constriñe de modo necesario a la irrepitibilidad.
- 3ª El principio de irrepitibilidad se deriva de un orden general preestablecido en el seno de una comunidad de Derecho.

- 4^a La constricción grava al deudor imperativamente, mientras el acreedor o sus herederos ocupan dicha posición, en cuanto estos últimos son continuadores de la personalidad del causante, por el principio de vinculación personal, que establece el artículo 1257.
- 5^a Este poder coactivo le proviene al deber jurídico del estatuto creado por el legislador, que es donde consta específicamente la intensidad y extensión de la prohibición (v. gr., excluye la irrepitibilidad en el supuesto de que lo entregado no obedezca a justa causa), y solo a través del cual se relaciona genéricamente con el acreedor.
- 6^a En fin, el cumplimiento de la obligación natural, origina la creación del deber jurídico negativo, que constriñe al deudor a la irrepitibilidad de la cosa entregada, no extinguiéndose mientras subsista el objeto del pago en poder del acreedor o sus herederos, esto es, permanezca la finalidad de la relación jurídica que se estableció.

En consecuencia, podemos ya definir a la obligación natural, como "el deber jurídico de irrepitibilidad, que constriñe al deudor que ha efectuado un pago no exigible civilmente, en cumplimiento de una causa justa, cuyo vínculo jurídico existía al margen del derecho positivo, por haberse establecido al amparo de la moral social".