

## EL DERECHO EN LA SOCIEDAD COMUNITARIA \*

Por Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE

Catedrático de la Universidad de Panamá

**SUMARIO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES; DERECHO NATURAL:** Poder omnímodo del Estado. Exigencias de la naturaleza humana. Derecho necesario. Derecho natural normativo. La positividad del derecho. Derecho natural comunitario. **LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO:** Escuela francesa. Escuela italiana. Crítica y defensa de la institución. **LA CONCEPCIÓN COMUNITARIA DEL DERECHO.**

### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

VIVIMOS EN UNA SOCIEDAD de transición de signo burgués. Nuestras costumbres, valores y leyes proceden de ese mundo que hoy periclita: el mundo de la Revolución Francesa. Nosotros estamos en rebeldía ante él, aun cuando nacimos en su seno. Luchamos por una nueva estructura social. Por eso somos *revolucionarios*, inclusive dentro de un campo tan conservador como el del derecho. Porque:

... cuando la estructura social ha sufrido cambios profundos y radicales, las viejas fórmulas jurídicas en vez de realizar la justicia se convierten en instrumento de la injusticia. Entonces se hace menester el coraje de una acción revolucionaria para crear nuevos conceptos jurídicos de acuerdo a las exigencias de la renovación de la vida.<sup>1</sup>

Se comprende que esta acción revolucionaria en una sociedad en crisis experimente sus altibajos, desde el momento que se afina no tan sólo en factores lógicos, sino de profundo valor emocional. Muy pocos hombres prefieren vivir en estado de inseguridad, que es lo que conlleva toda crisis. Es preferible vivir sobre seguro, física y mentalmente. Esta es la atracción que ejerce siempre el orden, aun cuando a veces aparezca deteriorado su contenido justo. Quizá sea el instinto de conservación lo que nos empuja a ello. Los periodos de transición son épocas de angustias, de luchas y de desilusiones. De aquí que sean los menos

\* Cfr. nuestra obra *Ciencia y filosofía del derecho (filosofía, derecho, revolución)*, Buenos Aires, EJEA, 1961.

<sup>1</sup> Ravá, Adolfo. "Crisi del Diritto e Crisi Mondiale", en *La Crisi del Diritto*, Padova, 1953, p. 64.

los que perseveran, puesto que los más sucumben ante la posesión de lo inmediato: una seguridad precaria. Mientras que los perseverantes se alimentan de una seguridad futura: la esperanza de alcanzar un orden mejor, más justo.

En esto consiste el verdadero progreso del derecho: en dictar reglas nuevas para asegurar un mundo mejor. De igual manera que el progreso de las ciencias físicas está en el conocimiento y la utilización de la materia, y el de las ciencias morales en el perfeccionamiento de las relaciones entre los hombres. Por esta razón —como dice Georges Ripert— cuando las condiciones materiales de la vida y las costumbres cambian, los hombres cambian también y deben modificarse las reglas jurídicas.<sup>2</sup> Entonces urgen normas que sean respetadas por la conciencia social como expresión de justicia. Éstos son los periodos de oro de la pacífica legalidad y de la convivencia armoniosa entre los hombres y pueblos.

Tales estadios de paz no los alcanza el derecho de un solo golpe. Porque éste no surge por generación espontánea. Es fruto de una creación continua que, según afirmábamos, está sujeta a altibajos y, por lo tanto, a constantes rectificaciones. Por algo el derecho existe para realizarse en la vida. El derecho que no existe más que en las leyes y sobre el papel no es más que un fantasma de derecho. Al contrario, lo que se realiza como derecho es derecho, incluso cuando no se le encuentra en las leyes y el pueblo y la ciencia no tienen de ello aún adquirido conciencia.

Aquí está la realidad del derecho: *en ser creado por y para el hombre en comunidad*. Por eso no puede ser entendido el derecho tan sólo como fuerza del poder. Una simple emanación del Estado. El término legislador es más amplio, por cuanto se extiende a todas las causas que operan en la comunidad: morales, políticas, económicas, ideológicas... que concurren al desenvolvimiento de la regla jurídica. Fue por lo que tuvo razón Stammler cuando sentenció: "El jurista que no es más que jurista, es bien triste cosa."<sup>3</sup>

A nadie puede escapar que este sentido *plurimensional* del derecho le imprime un contenido vital, del que carecen las corrientes neokantianas y formalistas. Erich Kaufmann criticaba hace años el neokantismo diciendo: es teoría del conocimiento sin concepto de la verdad, sicología sin alma, ciencia del derecho sin idea del derecho. Ha sido Max Scheler quien ha humanizado la doctrina del conocimiento y de los valores, poniéndose así de manifiesto que si el derecho es lógica, con más razón se halla más próximo a la sociología y a la moral. Porque en él debe palpitar la vida humana y siempre deberá tender a realizar la justicia,

<sup>2</sup> *Evolution et Progrés du Droit*, en *op. cit.*, p. II.

<sup>3</sup> Cit. por Corts Grau, José. "Georges Renard y su Doctrina de la Institución", *Revista de Derecho Público*, 1934, p. 97.

que es lo que, en definitiva, le importa al hombre, como en la antigüedad le importó a Sócrates.

Precisamente, por tender el derecho a realizar la justicia en la vida social, hay quienes consideramos que el derecho es también un *poder moral*. En la escuela aristotélico-tomista —señala Louis Lachance— la idea del derecho está en relación constante y obligada con la de lo justo objetivo.<sup>4</sup> De este modo el derecho no sólo constriñe en el fuero externo del individuo, sino que también en el interno; no tan sólo recae sobre la voluntad de la persona humana, sino sobre su conciencia. De aquí el deber de cumplir la norma justa.

Queda, pues, claro que por aspirar el derecho a realizar la justicia, que es un valor moral, presenta un contenido justo, si bien no plenamente justo en lo que tiene de humano. Esta es la tragedia del derecho: el no poder realizar a plenitud la justicia, puesto que su elaborador —el hombre— posee una naturaleza imperfecta. He aquí el primer dualismo: *justicia y legalidad*. Esta última debe conllevar al máximo la primera para procurar ser ley justa. Lo terrible es cuando la ley se vacía de contenido justo. Es cuando se presenta la dicotomía con diferencia abismal. Entramos, por lo tanto, en un nuevo dualismo jurídico: *justicia y seguridad*. Estos dos son los elementos fundamentales del derecho. El derecho por exigencias de la actual naturaleza humana necesita de estos dos principios para garantizar las condiciones de la vida en sociedad. Ya dijimos que el hombre exige seguridad en su vida; pero también aspira a ser tratado con justicia: lo que es igual como igual, lo que es desigual como desigual.

Mas la dinámica social nos impone otro dualismo: *derecho natural y derecho positivo*. Aquél plenamente justo. Así Jorge Renard lo define: “como la justicia fundida en el crisol de todas las civilizaciones”. Es lo justo objetivo que se proyecta a través de las distintas circunstancias históricas. Se trata del derecho hallado por el hombre, mientras que el derecho positivo es el creado por el hombre en su devenir histórico. A continuación veremos todo lo tocante al iusnaturalismo.

#### EL DERECHO NATURAL

Somos conscientes de los recelos que suscita el sólo planteamiento del problema de su existencia, debido, sobre todo, a sus concomitancias confesionales de antaño. Pero ya se verá que en nuestra exposición nos alejamos de un derecho natural estático que tiende a someter la vida humana a cánones dogmáticos que obstaculizan su progreso, pronunciándonos por un *derecho natural dinámico* siempre referido al eterno fluir

<sup>4</sup> *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, 1933, p. 38.

de la experiencia aun cuando orientado hacia el ideal inconmovible de la justicia objetiva. Nuestra posición coincide con la de los valores objetivos intravitalos de que habla Luis Recaséns Siches, "ya que nada es para mí ni tiene sentido para mí fuera del marco de mi vida. Lo valioso no es tal porque el sujeto le otorgue esta dignidad en virtud de su agrado, su interés o sus deseos; pero está siempre referido a nuestra vida y al contexto de determinadas situaciones".<sup>5</sup>

### *Poder omnimodo del Estado*

Proyectamos así, de esta guisa, el derecho natural sobre la vida humana para que la fecunde con sus principios universales e inmutables, de acuerdo a las necesidades de cada momento histórico y, al mismo tiempo, la proteja contra el poder omnimodo del Estado moderno; pues, según Eduardo García Máynez, el significado del iusnaturalismo en la hora presente deriva de su función histórica de ser garantía de la eterna exigencia de que la vida, algunos bienes y ciertas libertades de la persona sean salvaguardados jurídicamente contra la fuerza organizada de quienes detentan el poder.<sup>6</sup> Ésta es la respuesta al positivismo jurídico que había concentrado en el Estado todo el poder. No existía otro derecho que el que dimanaba del Estado. Se incurrió en el monismo jurídico: no hay más derecho que el derecho positivo. Se niega el derecho natural que se relega al puro ámbito de la ideología. En consecuencia no hay más justicia que la legalidad, que es la que emana del derecho positivo estatal.

Fácil es comprender que el Estado libre de trabas termine abusando de su poder. Como Hegel dijo, es el aspecto de lo "absoluto" en la tierra. Así monopoliza y atenaza toda la vida humana. Éste es el destino de los Estados totalitarios, que llegan a convertirse en inquisidores de la conciencia. Por este camino el hombre pierde sus atributos esenciales de persona y se le deja a merced de la voluntad del Estado, que inclusive puede ser ejercida —y, de hecho, lo es— arbitrariamente por los gobernantes que proceden sin que exista poder humano que se les oponga.

Asistimos, por consiguiente, a la visión del hombre anonadado por el Estado. De esta sumisión viene a rescatarlo el derecho natural, que establece lo justo como derecho, de tal manera que resulte respetado en las personas y asegurado en su colectividad; o sea, elimina la indignidad humana y, a la vez, crea la dignidad por medio de las garantías jurídicas de la seguridad y de la libertad humanas (Ernst Bloch), con lo cual se abre al hombre la posibilidad de no renunciar a su porvenir. En este

<sup>5</sup> García Máynez, Eduardo. "Presentación" al *Symposium sobre derecho natural y axiología*, Univ. Autónoma de México, 1963, p. 20.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 10.

sentido Werner Maihofer se refiere a un derecho natural existencial, que es conforme con la misión del hombre y aspira a aproximar cada vez más las relaciones humanas a un orden digno del hombre. Podemos concebirlo como aquel orden en que reina la mayor libertad posible junto con la mayor seguridad también posible, dentro del cual se logra una vida valiosa. Este orden satisface las necesidades humanas y permite el desarrollo de sus capacidades.<sup>7</sup>

### *Exigencias de la naturaleza humana*

Vemos, por ende, que existen normas jurídicas que responden a las exigencias de la naturaleza humana. Por ello el derecho natural como ciencia, consiste en el estudio y la formulación de los principios supremos que han de informar la vida social en virtud de la naturaleza misma del hombre. O como nos dice Leclercq, refiriéndose al contenido de este derecho, que constituye un conjunto de principios reguladores de las condiciones de vida que deben presentarse en toda sociedad, porque corresponden a la naturaleza idéntica en todo hombre. Por cierto que Hans Kelsen ha rechazado que este derecho esté arraigado en la naturaleza humana, por ser ésta contradictoria, multiforme y en partes irracional. Sin embargo, Edgar Bodenheimer afirma que la doctrina iusnaturalista no trata de deducir la necesidad de ciertas normas sociales de una consideración de la naturaleza como un todo, porque en ésta se dan tanto tendencias agresivas como impulsos cooperativos; por lo tanto, dichas normas se obtienen de los elementos de esta naturaleza que inclinan al hombre hacia una conducta cooperativa, haciendo posible una sociedad ordenada y coherente.<sup>8</sup>

### *Derecho necesario*

Decíamos más arriba que este derecho natural no es elaborado por el hombre; es hallado por él. Por consiguiente es un derecho necesario, debido a que responde a las exigencias de la naturaleza humana. Empero la necesidad de este derecho no es una necesidad física, fundada en el principio de causalidad, sino que se trata de una necesidad moral. De donde que el hombre como ser libre pueda acatar o no el llamamiento de este orden universal significado por el derecho natural. Es obvio que cuando vulnera sus normas la sociedad entra en los periodos

<sup>7</sup> "El Derecho Natural como Derecho Existencial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1962, t. IX, pp. 26, nota, y 34.

<sup>8</sup> "Revisión del Proceso contra el Derecho Natural", en *Dianoia. Anuario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 189-190.

de involución o de retroceso, mientras que si se ajusta a sus mandatos coadyuva al progreso social.

He aquí por qué hay derechos como el derecho a la vida, la fidelidad, la observancia de los pactos, la pena, la autoridad, la resistencia a la tiranía, etcétera, que no son geniales creaciones humanas, sino concreción de este orden supremo que consiste en el derecho natural, en los cauces limitados de la naturaleza humana. Luego el hombre en su proceso cognoscitivo —en permanente auscultación de la realidad social— va incorporando a la sociedad un conjunto de principios normativos que se consideran necesarios para su existencia, de acuerdo a un estadio de vida cultural y civilizada. Sobre esto mismo recapacita Edgar Bodenheimer cuando señala que a medida que las sociedades progresan hacia formas superiores de desarrollo, tienden a aumentar el número de principios comunes que se consideran indispensables para un ordenamiento adecuado de los negocios humanos.<sup>9</sup>

#### *Derecho natural normativo*

Quizás a esto se deba, en parte, a que últimamente se considere feliz la expresión de derecho natural vigente, para comprender en ella —nos aclara Rafael Preciado Hernández— los principios de derecho natural reconocidos en forma expresa o implícita en las legislaciones positivas de los diferentes pueblos organizados como Estados.<sup>10</sup> Es decir, el derecho natural no sólo comprende criterios y principios, sino también normas cuyos supuestos son, precisamente, notas esenciales a todos los hombres. Son las normas que consagran las prerrogativas de la persona humana y que se concretan en los llamados derechos naturales.<sup>11</sup> Sin lugar a dudas que esta posición la consideramos acertada a estas alturas del desarrollo social, si bien advertimos que la normatividad del derecho natural se aprecia a través de los preceptos del derecho positivo que recoge sus postulados justos, como exigencia para su legitimación, porque de otra suerte sus normas responderían al capricho del legislador. Sólo que nosotros vamos más allá que el iusfilósofo mexicano para consagrar al derecho natural como normativo, no en el único campo de las prerrogativas de la persona humana, sino que también haciéndolo extensivo a la tutela de los principios comunitarios que todo país culto debe respetar y dignificar.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pp. 184-185.

<sup>10</sup> "La Perenne Vigencia del Derecho Natural", en *La Nación*, México, julio 15 de 1963.

<sup>11</sup> Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Ed. Jus, 1954, pp. 247-250.

*La positividad del derecho*

Este maravilloso renacimiento del derecho natural, cuando en algunos círculos se creía había llegado el momento de su muerte, dice por sí solo de su asombroso contenido revitalizador en el proceso constructivo del derecho, como principio ordenador de la vida social. Acaso por esto posturas doctrinales que hasta ahora acogieron con cautela el reconocimiento del derecho natural, recientemente han adoptado posiciones más acordes con las últimas construcciones referidas. Así Luis Legaz Lacambra, siempre ha sentido honda preocupación por el destino de este derecho; pero en él ha pesado la nota de la positividad, como elemento del derecho. La positividad, nos dice, la define de igual modo que, por ejemplo, al concebido hay que estudiarlo desde el punto de vista de la humanidad, aun cuando no llegue a nacer. Es obvio que enfocado así el problema el derecho natural no es derecho, si entendemos por éste la forma de vida social, los principios que se proyectan en una realidad social histórica, imprimiéndole un carácter de relaciones necesarias, vigentes y actuales. El derecho natural será la suma de los principios jurídicos que todo derecho debe realizar; esto es, un sistema normativo puramente ideal, más bien revestido del carácter de una dimensión ética, que es punto de intersección de dos mundos, el jurídico y el moral.<sup>12</sup>

El iusfilósofo español, no obstante, posteriormente ha precisado más aún su posición en torno al derecho natural. Ya la positividad para él, no implica tan sólo la idea de que la norma jurídica sea impuesta por una *autoridad*, sino que derecho positivo significa que el derecho es una *realidad social*. Y entiende por ésta, tanto la realidad sociológicamente vivida, como las formas vivibles de comportamiento social. A este propósito las normas pueden hallarse formuladas imperativamente por la autoridad o en contenidos ideales de conciencia que poseen una cierta vigencia en sociedades o grupos sociales determinados. En este último caso, el derecho natural vive como dato sociológico en las conciencias individuales y puede informar los comportamientos de los hombres, actuar como forma efectiva de vida social, aun sin convertirse formalmente en derecho positivo, puesto que puede tener positividad como realidad social, sin necesidad de que sea prescrito por una autoridad determinada.<sup>13</sup>

A nadie escapará la importancia de la nueva configuración iusnaturalista que ha expresado en su obra el jurista Legaz Lacambra. Supone una completa superación del *formalismo jurídico*, por cuanto que al

<sup>12</sup> *Filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1953, pp. 294-297 y 310.

<sup>13</sup> *Filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, segunda edición, 1961, pp. 292-293.

derecho positivo le satura de realidad social y al derecho natural le perfila incidiendo directamente en las conciencias humanas a fin de informar las acciones de los hombres.

### *Derecho natural comunitario*

Estimamos se comprenderá el por qué proponemos como dato primario para construir la teoría comunitaria del derecho, el estudio a fondo de la doctrina del derecho natural, recogiendo con preferencia las aportaciones de nuevo cuño y remitiendo al lector para el conocimiento de las posiciones tradicionales a las páginas de nuestro libro que citamos al comienzo de este trabajo. Porque el derecho natural es un imperativo de la *solidaridad humana* sobre la que tratamos de levantar la sociedad futura, basándola sobre una economía de necesidades y no de mercados, como es la característica de la sociedad capitalista.

El derecho natural es, en última instancia, *comunitario*, puesto que sus normas se desprenden de la vida en comunidad, cuya nota sobresaliente es el constituir un conjunto orgánico de personas humanas. Por lo tanto la relación de alteridad que es esencial al derecho —que se presenta como sector del mundo ético proyectado en las relaciones del hombre con el hombre, o sea, se refiere a la conducta social humana—, desde el punto de vista de la vida comunitaria, comprende tanto las relaciones externas como internas del ser humano; es decir, que el hombre no se liga únicamente a su voluntad, sino que también se vincula a los otros en conciencia. En cierto modo León Duguit tuvo este concepto del derecho, cuando se refirió a que en toda sociedad existen unas cuantas reglas que son necesarias a la misma existencia de la sociedad, que él llama normativas, porque se imponen como condición *sine qua non* a todos los hombres que viven en ella, surgiendo como una exigencia de la convivencia humana. Mas la distinción con Duguit proviene de su posición positivista, mientras que nosotros nos movemos dentro del espiritualismo cristiano. Por eso insistimos en la dual vinculación del hombre en su conciencia y en su voluntad. La sociedad liga voluntades; la comunidad vincula almas. La sociedad es contractualista; la comunidad es de formación necesaria. La sociedad establece nexos individuales; la comunidad integra personas. Las reglas jurídicas de Duguit provienen de la misma sociedad; *las normas del derecho natural responden a exigencias de las tendencias cooperativas que se manifiestan en la naturaleza humana en función de la comunidad.*



## LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Si el iusnaturalismo es uno de los fundamentos de nuestra concepción comunitaria, delineándolo con flexibilidad y con profundas implicaciones sociológicas; el otro lo es el institucionalismo que elaborara tanto la doctrina francesa como la italiana, haciendo hincapié en la posición de Jorge Renard que incorpora a la institución el concepto de bien común que, a nuestro modo de ver, resulta ser capital para el comunitarismo.

*Escuela francesa*

Antes de penetrar propiamente en el examen de las corrientes institucionales, vamos a referirnos a la posición de Georges Gurvitch,<sup>14</sup> quien plantea su teoría del pluralismo jurídico en términos similares a como lo hace el institucionalismo. Este jurista francés se mueve dentro del positivismo jurídico, combatiendo la identificación del derecho positivo y el Estado. Así su pluralismo se caracteriza porque señala que las normas de derecho pueden surgir de entes sociales no estatales. De esta forma —como decimos— rompe la identificación de Estado y derecho, que había sido principio fundamental del positivismo. Tendremos diferentes órdenes jurídicos que se limitan recíprocamente en su independencia y colaboran bajo el mismo pie de igualdad en la vida nacional como internacional.

Se advierte claramente que da al derecho un sentido sociológico al significar la existencia de realidades sociales con poder normativo dentro del ordenamiento jurídico. Se preocupa por fijar la esencia de la *sociedad*, que califica de totalidad inmanente: totalidad en el sentido de que es irreductible a la suma de sus miembros (en contra de las teorías atomísticas que conducen a la solución de la ficción); inmanente porque no se opone a sus miembros, ni como objeto exterior ni como una personalidad superior (en contra de las teorías universalistas que subsumen al individuo en el Estado, considerado como persona moral y jurídica).<sup>15</sup>

Entiende por *derecho social*, en oposición al *derecho individual*, al que es engendrado de manera autónoma por la vida colectiva de un grupo y que integra —es decir, transforma en regla de vida común— sus tradiciones, sus necesidades, sus aspiraciones. Por eso el derecho social puede ser llamado *derecho de integración*, dado que integra a los miembros de una comunidad con vida propia normativa. Por el contrario, el

<sup>14</sup> Gurvitch, Georges. *L'idée du Droit Social*, Paris, 1932.

<sup>15</sup> Bobbio, Norberto. "Instituzione e Diritto Sociale (Renard y Gurvitch)", Roma, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (separata), 1936, p. 18.

*derecho de coordinación* tiene sus presupuestos teóricos en la doctrina del individualismo contractual, razón por la cual los mismos individuos crean sus derechos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad; como el *derecho de subordinación* supone el derecho creado por el Estado por mandato unilateral a que ha de someterse el individuo, que se encuentra situado en un plano jerárquico inferior.

Luego, en Gurvitch, la positividad del derecho presupone no sólo la autoridad de la regla, sino su *eficiencia real* en un medio social determinado. Este hecho social normativo realiza un ideal de justicia y valores jurídicos positivos que son necesarios para el nacimiento de los entes colectivos con capacidad normativa creadora. El hecho social normativo es fuente primaria del derecho social y, como dice Norberto Bobbio, corresponde a la doctrina de la institución en Hauriou y Renard.<sup>16</sup> Por este procedimiento el campo del derecho social se extiende cada vez más y así surgen una pluralidad de fuentes del derecho (ésta es otra de las grandes aportaciones del jurista francés). El *derecho del Estado* pierde su monopolio legislativo con la doctrina del *pluralismo jurídico*. Ejemplos de esos derechos que no han sido engendrados por el Estado, los tenemos: en el derecho internacional; en el derecho de la comunidad nacional en tanto que éste se impone al Estado mismo; en el derecho económico (reglamentación interior de los grandes grupos económicos, contratos colectivos de trabajo); en el derecho canónico.<sup>17</sup>

Maurice Hauriou es el autor de la *teoría institucional*. Considera que el derecho no debe polarizarse exclusivamente en torno a la figura jurídica del contrato, como venía sucediendo a partir de la Revolución Francesa, tanto en la vida pública como privada. En aquélla a través del pacto social de Rousseau; en ésta mediante la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en los códigos civiles. Adopta también una actitud sociológica, pero trata de buscar un equilibrio entre lo individual y lo social. Mas, a diferencia de León Duguit y de Jorge Gurvitch, estima que es necesaria una base *metafísica* para fundamentar la justicia.

El derecho, por lo tanto, no tiene por objeto tan sólo la distinción de lo mío y de lo tuyo, sino el discernimiento de lo *nuestro*. Se parte de que los hombres llevamos una vida social y que, por la tendencia que tenemos a la solidaridad, nos vemos compelidos de una manera consciente o necesaria a agruparnos y constituir *entes colectivos*, que se llaman instituciones. Estamos ante la figura jurídica de la institución. No es que con ésta se trate de desplazar la noción del *contrato* del campo del derecho; no, lo que se aspira es a relegarle a sus límites justos. Las relaciones jurídicas se plantean en la esfera contractual en

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>17</sup> Recaséns Siches, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Ed. Porrúa, 1963, I, p. 136.

un plano de igualdad; digamos mejor, dentro de una igualdad formal; verbigracia, el obrero contrata *voluntariamente* (?) con el empresario. Por el contrario, la institución se estructura jerárquicamente; verbigracia, la relación de padres e hijos en la institución familiar. Cada uno de sus miembros desempeña distintas funciones a través de sus situaciones jurídico-objetivas de *status*. Por ello algunos han atacado esta figura jurídica de la institución queriendo hacer ver que es de corte totalitario; pero al hacerlo se olvida que sus miembros no se despojan de su personalidad individual.

Fue el estudio de la administración francesa, organismo en el seno del Estado, lo que le llevó a Hauriou a entrever una serie de organismos cuyas directrices trazó en su "Théorie de l'Institution et de la Fondation".<sup>18</sup> La teoría institucional significó la reacción —como señalamos— contra las teorías voluntarias y subjetivistas, que basan todo el derecho en el contrato; pero también implicó la reacción contra la teoría de la *personalidad ficticia*, o sea, de la personalidad jurídica como ente de ficción o la suma de los individuos que la integran (Savigny), puesto que en la institución —teoría de base sociológica— se considera que, subyacente a la personalidad jurídica, existe siempre una personalidad social. Y, en fin, implicó una reacción contra el *concepto estático del derecho* que supone basar éste en la figura del contrato, que es un concepto jurídico cerrado, porque una vez concluido entre las partes no existe posibilidad de apertura, sino de rescisión o cumplimiento, mientras que la institución —en expresión de Jorge Renard— "es una bola de nieve que se hace"; es decir, que está siempre abierta, a nuevas contingencias y adaptaciones. Inclusive implicó una reacción contra la separación inflexible y tajante de los campos del *derecho público* y del *derecho privado*.<sup>19</sup>

La define su autor como:

... una idea de obra o de empresa, que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder, y reguladas por un procedimiento.

No se olvide que Hauriou procede de la filosofía del idealismo, que trata de crear un nuevo método jurídico fundado sobre un realismo espiritualista, que quiere superar la oposición entre el sociologismo y el normativismo, lo que le hace concebir la teoría de la idea-acción, encar-

<sup>18</sup> *Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 4.

<sup>19</sup> Renard, Georges. *La Philosophie de l'Institution*, Paris, Lib. Recueil Sirey, 1939, pp. 63-64.

nada en la duración creadora, como esencia de la institución.<sup>20</sup> Por eso dice que las ideas trabajan: "Las civilizaciones son el producto de las ideas, y no las ideas el producto de las civilizaciones."<sup>21</sup> Empero las ideas tan sólo tienen funciones si están "organizadas"; el organismo es precisamente el hecho de una idea que ha sometido a sí misma una materia y se ha hecho de ella unos órganos a los cuales están asignadas unas funciones coordinadas: el organismo jurídico —la institución— como el organismo biológico. Claude Bernard decía que: "la vida es una idea". La institución también es una idea.<sup>22</sup> Así escribe Hauriou: "Con el término institución designamos todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados."<sup>23</sup>

Vemos, pues, cómo la institución supone la agrupación de un conjunto de personas en torno de una *idea directriz* que los aglutina. Su *forma* consiste en un sistema de equilibrios, de poderes y de consentimientos surgidos alrededor de la idea, que se ha objetivado, encarnado en una peculiar estructura u organización social, que es algo activo a través de los individuos que la componen. De esta manera las instituciones representan en el derecho la categoría de la duración, de la continuidad y de la realidad.

Hauriou distingue en lo institucional dos grados: uno pleno, que es la *institución-persona*, donde al adherirse las voluntades humanas a la idea directriz originan un nuevo ser con personalidad jurídica; y otro menos pleno, llamado *institución-cosa*, caracterizada sólo por ser un principio de orientación y limitación que no engendra comunidad propia; verbigracia, una regla de derecho. Mas para llegar a este estado institucional, en que surge la personalidad jurídica, dentro del grado de la institución-persona, es menester que tenga lugar un triple movimiento de *interiorización*, *incorporación* y *personificación*. La idea directriz la captan los individuos desde su posición subjetiva, por su carácter de objetividad; por ejemplo, los futuros cónyuges se ven compelidos a la realización del matrimonio atraídos por la "idea del hogar"; es decir, se requiere que dicha idea pase del plano objetivo al subjetivo y se interiorice en la mente de los presuntos esposos por la conmoción que opera en las conciencias individuales a su contacto.

Después viene el movimiento de *incorporación* que, como nos dice Joaquín Ruiz-Giménez, no consiste más que en una continuidad puramente objetiva de la idea y su acción.<sup>24</sup> Como es natural, esa traslación de la idea objetiva al estado de subjetividad, provoca en todos y cada

<sup>20</sup> Recaséns Siches. *Op. cit.*, pp. 121-122.

<sup>21</sup> Cit. por Renard. *La Théorie de l'Institution*, Paris, 1930, vol. I, p. 95.

<sup>22</sup> Renard. *La Philosophie de l'Institution*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>23</sup> *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Ruiz del Castillo, 1927, p. 83.

<sup>24</sup> *La concepción institucional del derecho*, Madrid, 1944, p. 370.

uno de los miembros de la comunidad una tendencia a la acción, que en el ejemplo citado impulsa a la realización del matrimonio. La incorporación 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. En la institución, cuando los individuos se agrupan en torno de la idea directriz, tienen que posponer su egoísmo individual en pro de ese bien común que representa la idea objetiva a la cual se adhieren y encarnarla, por decirlo así, movidos por la acción dentro de la subordinación al *poder* que exige toda organización institucional. Esto es, una institución necesita de una *organización*, que la forja el elemento poder. 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 adapte y viva de una manera objetiva*.

Finalmente, el movimiento de personificación tiende a ajustar la continuidad subjetiva, imprimiendo a la institución relevancia como unidad jurídica, con lo cual obtiene un triple beneficio la institución-persona: *poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable*.

Georges Renard, discípulo de Maurice Hauriou, viene a imprimir un nuevo giro a la teoría institucional, por su profunda base tomista. La concepción institucional del derecho no es más que la interpretación jurídica de la filosofía social de Aristóteles y Tomás de Aquino. De aquí que afirma Renard que esta teoría: "no es más que la última valoración jurídica de la noción tomista del bien común".

Establece la distinción del *derecho subjetivo* y del *estatuto*, compendiando en éste los derechos y deberes jurídicos que dimanar de una situación jurídico-objetiva de *status*; verbigracia, de cónyuge, padre, hijo, legitimario, propietario. El estatuto sigue la suerte de la institución, adaptándose constantemente a sus vicisitudes, porque es el reflejo de la misma, a través del cual se relacionan sus miembros mientras que el derecho subjetivo es la irradiación de la personalidad individual. Esta distinción, dice Renard, 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*, con lo cual son dos las fuentes originales del derecho: la *voluntad* y la *idea*. Sin embargo, nos indica que estos dos sujetos del derecho no son iguales ni de la misma naturaleza. Al contrario de lo que sostiene el individualismo jurídico, que niega beligerancia en el campo del derecho a la persona colectiva, los institucionalistas, percatándose del divorcio entre las realidades jurídica y social, tratan de reajustarlas, considerando que para ello se hacía necesario revestir a los grupos sociales de trascendencia jurídica.

Ahora bien, como acabamos de indicar, 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" —la razón humana— de la simple idea independizada, alrededor de la cual se agrupan las voluntades humanas, con el objeto de constituir el organismo jurídico de la institución. Luego el plan institucional está por debajo del plan de la personalidad y, por ende, de la vida, si bien por encima de la existencia bruta; el plan institucional ocupa lo que se llama el "plan del desarrollo". Y así como existen grados de personalidad entre los hombres, según las épocas —verbigracia las personas *sui iuris* y las personas *alieni iuris*, los nobles, los villanos, etcétera, y se distinguen hoy día entre los capaces, los incapaces y los semi-incapaces o de capacidad relativa—, de igual manera se distinguen innumerables categorías del lado institucional.

La importancia de esta concepción institucional del derecho radica, entre otras cosas, en que sabe conjugar, en su contenido, el respeto a los derechos de la persona humana y, al mismo tiempo, reconocer los que competen al grupo social. Habida cuenta de ello, el hombre no se integra en la institución como las células en el organismo, sino que él está a la vez en la institución y fuera de ella; verbigracia, es a la vez esposo, propietario, empresario o catedrático de la Universidad. Es decir, que el hombre de hecho pertenece a un número plural de instituciones que son independientes entre sí. Mediante este procedimiento tenemos que las personas se integran en instituciones y éstas se coordinan entre sí, porque existen *instituciones de personas*, verbigracia, la familia; e *instituciones de instituciones*, verbigracia el municipio que es compuesto del conjunto de familias. Todo este juego escalonado institucional culmina en la humanidad o sociedad universal.

El acto generador de la institución, según Renard, es la *fundación*. Ésta es la figura jurídica que él emplea como base de la misma. La institución es como un fruto desprendido de la personalidad humana; el fruto de un alumbramiento jurídico que se llama la fundación. Por este acto jurídico la persona individual generadora queda sobrepasada en duración, continuidad y permanencia. Los hombres mueren, las generaciones se suceden, pero la familia y la nación permanecen con su patrimonio, sus tradiciones y su destino. En sentido analógico, se puede decir que las instituciones viven.

Considera también que el contrato, el testamento y otras manifestaciones de la voluntad individual, pueden hacer, más que sentar, reglas jurídicas; esto es, pueden a la vez transformarse en "actos de creación". Estos actos jurídicos individuales pueden engendrar un nuevo sujeto de derecho, más o menos vigoroso; este sujeto de derecho no es otra cosa que una idea separada de la persona o personas que le dieron vida. En consecuencia podemos decir que la institución es la *comunidad de los hombres en una idea*.

La idea forma entre los miembros de una institución un ligamen inte-

rior, que es lo que verdaderamente hace un ser jurídico distinto de ellos, aunque sea sostenida por sus personalidades. Esta idea es, para Georges Renard, su *bien común*. Por lo tanto este autor va más allá en su concepción institucional que su maestro, quien centra la institución, como vimos, simplemente en torno de la idea objetiva, mientras que Renard la hace girar en pos del bien común, con lo cual da pie para subordinar su creación a que cumpla con los fines que éste exige. Por consiguiente, toda *personalidad jurídica* no sólo exigirá subyacente la existencia de una *personalidad social*, sino que, además, según esta posición de Renard, tenemos como nuevo requisito que surja a la vida del derecho para cumplir una finalidad que satisfaga las exigencias del bien común; verbigracia el reconocimiento de la personalidad a una sociedad mercantil que desee crearse siempre se subordinará al plan del mercado de necesidades, quedando marginadas las consideraciones que tan sólo obedecen a razones de lucro individual.

Precisamente se achaca a Gierke, quien defendió la realidad de la persona social frente a la de la "ficción" de Savigny, que no tuvo la valentía de llegar a sus últimas conclusiones, señalando que las *sociedades anónimas* no reunían intrínsecamente la naturaleza de persona social, porque únicamente son una "comunidad en mano común", potenciada artificialmente por el privilegio de limitación de responsabilidad concedida a los socios. Por eso, dicho autor germánico, no puede establecer ninguna nota distintiva entre la persona social y las comunidades personales. Así el término *persona social*, aceptando en su seno a asociaciones cuyo exclusivo objeto es el enriquecimiento o beneficio de los socios, se abre a otras figuras jurídicas similares, perdiendo el contenido vital en que siempre ha de sustentarse si ha de responder al bien de la comunidad.

Federico de Castro, hace años, se pronunció por una reivindicación de la persona social, a base de una vuelta a la posición romanista, distinguiendo entre *universitas bonorum* y *universitas personarum*, clasificando entre la persona social a la *universita personarum* y a los *pia corpora*, por tener vida independiente de sus socios y ser de interés común, al mismo tiempo que se apoya sobre una realidad sociológica subyacente.<sup>25</sup> Es patente que siempre por debajo de la constitución legal de una sociedad anónima existe un complejo de intereses que no se mueve por otro motivo que por la satisfacción del *ánimo de lucro*. Por lo tanto, aplicando la fórmula que sugiere Renard tendríamos que no se aceptaría esta especie de sociedad si no venía a satisfacer el bien común.<sup>26</sup> Es menester recoger aquí algunos supuestos de *legislaciones positivas*

<sup>25</sup> "La Sociedad Anónima y la Deformación del Concepto de Persona Jurídica", en *Anuario de Derecho civil*, 1949, t. II, fasc. III, pp. 1.398 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. mi libro. *Concepto y fuentes del derecho civil español*, Barcelona, Ed. Bosch, 1956, pp. 152 y ss.

que ya se han hecho eco de esta posición doctrinal. Tenemos la "exposición de motivos" de la ley española sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de junio de 1951, que dice:

... la sociedad por acciones... debe ser sometida a una ley que, sin atentar a la libre iniciativa privada del empresario, la encauce por normas jurídicas inspiradas en la mayor garantía de accionistas y acreedores y, en definitiva, en el bien común, al que, por principio, ha de subordinarse el interés privado, por respetable que sea.

En este mismo sentido se nos ocurre recordar también a la ley de 30 de enero de 1937 de derecho común a Alemania y Austria y la ley brasileña de 26 de septiembre de 1940.

Se advierte que, conforme a esta posición de Renard, se hace difícil admitir a la sociedad anónima como institución debido a que no tiene como sustrato una realidad sociológica, sino un *complejo de intereses*. Es patente que el jurista francés ha logrado aportaciones valiosas a esta teoría, al incorporarle con relevancia los principios del *derecho natural* y del *bien común*.

También tenemos a Delos, profesor de la Facultad Libre de Derecho de Lille, quien lleva a cabo una reelaboración de la teoría de la institución de Renard tratando de ampliar su campo a base de insistir en la solidaridad entre la sociología y la *filosofía del derecho*. De esta manera la teoría de la institución deja de ser un sector de la filosofía del derecho para convertirse en una *teoría general institucional* del derecho.

Para él esta concepción implica un *realismo jurídico* desde el momento que en toda realidad jurídica se descubre como sustrato de una realidad sociológica. Por eso la regla jurídica no puede estudiarse únicamente atendiendo a su *forma*, sino que es menester tomar también en consideración su *contenido* o *materia*. Luego lo jurídico no es más que lo *social* que recibe una forma por la intervención de la *autoridad*. Ésta aparece como cuerpo técnico debido a la intervención de *cuerpos organizados*. De aquí su carácter artificial, como consecuencia de la industriosa intervención de los hombres; es una obra de arte. "Esta invasión progresiva del campo jurídico debe continuar hasta que sea ganado todo el campo del derecho, o sea, hasta que se haya reconocido la verdadera contextura de toda la *realidad jurídica* idéntica a la de la realidad social." <sup>27</sup>

Este retorno a lo real se extiende al estudio del *derecho natural*, el cual se basa sobre la *naturaleza humana*, que es también una *realidad*.

<sup>27</sup> Delos. "La Théorie de l'Institution", en *Arch. de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris, 1931, pp. 145-146.



De esta forma llega a expresarnos, que "la doctrina institucional no es un *sistema*, sino una interpretación flexible de la *realidad*".<sup>28</sup>

Se refiere también al *bien común* que lo aprecia en función del hombre —no del individuo—, como persona humana, espiritual y libre. El bien común es el *conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual*. El primero de los bienes comunes a los hombres, es la existencia de un orden en sus relaciones sociales. Empero, de otra parte, este *orden social* se encuentra en relación al *bien personal* de cada uno de los miembros de la sociedad; de donde la trascendencia o superioridad final de la persona humana sobre la sociedad.<sup>29</sup>

### *Escuela italiana*

En Italia, dentro de la teoría institucional, nos hallamos a Santi Romano<sup>30</sup> y a W. Cesarini Sforza,<sup>31</sup> quienes se apartan de la dirección de Maurice Hauriou —que procede de la filosofía idealista— y de la de Georges Renard —que se mueve dentro del tomismo—, y se inspiran en la *teoría orgánica* de Otto Gierke, de manera que responden a un *normativismo jurídico*.

Otto Gierke sostiene que en el *hombre* se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total, motivo por el cual los conceptos de *individuo* y *comunidad* son sólo abstracciones ideales de nuestra mente para abarcar la totalidad del *hombre histórico*. Por ello es que el individuo queda absorbido en la comunidad y en las distintas instituciones sociales, como la familia y la corporación en las que se desenvuelve su vida entera. De aquí la interferencia de las esferas del *derecho público* y del *derecho privado*, puesto que si el primero debe encontrarse alentado por un soplo del ideal de libertad jurídica, el segundo habrá de impregnarse de lo social.<sup>32</sup> Se pone de manifiesto en la teoría organicista de Gierke, que tanto al Estado como a las demás asociaciones se les considera como *organismos*, dentro de los cuales se encuentra el hombre como una parte, pues su doctrina se deja seducir por la dirección científico-natural, tratando así los cuerpos sociales como simples productos naturales.<sup>33</sup>

Santi Romano nos expone por primera vez su posición en los *Annali delle Università toscane*, en los años 1917 y 1918, que después —como

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>29</sup> Recaséns Siches. *Op. cit.*, pp. 125-128.

<sup>30</sup> *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945.

<sup>31</sup> *Il Diritto dei Privati*, Milano, Ed. Giuffrè, 1963.

<sup>32</sup> *La función social del derecho privado*, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904, pp. 16, 18 y 24.

<sup>33</sup> *La Naturaleza de las Asociaciones Humanas*, en *loc. cit.*, pp. 73 y 76.

hemos visto— reproduce en 1945, siendo objeto de una calurosa acogida por parte de la doctrina, sobre todo la parte que dedica a *la pluralità degli ordinamenti giuridici*.

Apartándose de Hauriou, quien considera a la institución fuente de derechos, Santi Romano sostiene que existe una perfecta identidad entre la institución y el ordenamiento jurídico; es decir, que toda institución es jurídica por el solo hecho de nacer, de tener existencia, debido a que en ella se produce una estructuración interna a la que se someten sus miembros integrantes, rigiéndose así por un principio de autoridad del que dimanen derechos y obligaciones para los individuos adheridos a la institución. Supera, por lo tanto, la concepción tradicional que concibe al derecho como norma o conjunto de normas. El derecho no es ya sólo la norma que se impone, sino la *entidad* misma que la impone, o sea la institución. Y la objetividad de la norma es un mero reflejo del ordenamiento jurídico, que es el máximo grado en que la norma afirma su existencia y estructura.

Para él, los *elementos* esenciales del derecho son los siguientes:

*Primero:* El concepto *sociedad*, pues lo que no supera la vida del particular como tal no es derecho (*ubi jus ibi societas*) y, además, no hay sociedad en su sentido estricto, sin que en la misma se manifieste el *fenómeno jurídico* (*ubi societas ibi jus*). Por consiguiente, implica una unidad concreta distinta de los individuos que en la misma se integran.

*Segundo:* 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 serlo, es ordenada por lo menos respecto de los coasociados.

*Tercero:* La *organización*, que es concepto necesario y suficiente para establecer en términos exactos aquello que es derecho, entendido éste como ordenamiento jurídico considerado compleja y unitariamente; pues mediante este tercer elemento el grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica. Por eso el derecho es, para Santi Romano, la organización de una sociedad ordenada; o una sociedad ordenada a través de una organización o un orden social organizado (Norberto Bobbio).

Esto es así, puesto que existe el derecho antes de ser norma o conjunto de normas, carácter que no excluye sino que comprende en su órbita, pero que, al mismo tiempo, supera. Vale decir que el derecho antes de ser norma es organización, estructura y posición de la misma sociedad en que se desarrolla y que él mismo constituye como unidad, como ente por sí mismo. Luego en todo ordenamiento jurídico: la ecuación entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta.

En 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 relación que tienen con el ordenamiento entendido en su unidad, o sea, con la institución de la cual son elementos y a las que atribuye su carácter jurídico.

Nos *define* la institución, como todo *ente o cuerpo social* que tiene una existencia objetiva y concreta, y por cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible; es decir, ser objeto de manifestación externa. Esto demuestra que se toma el concepto institución en su significado propio y se rechaza su sentido figurado que, por otra parte, es el más usual. Así cuando en el lenguaje corriente se habla, por ejemplo, de la institución de la prensa, o en el lenguaje técnico, jurídico, de las instituciones o, más frecuentemente, del instituto de la donación, de la compraventa, etcétera, no se hace referencia a una efectiva unidad social, sino que, en el primer caso, a las manifestaciones idénticas de ciertas fuerzas que en la realidad están desunidas y que a menudo son divergentes, y en el segundo supuesto a las diversas relaciones o normas particulares que, en vista de los caracteres típicos que presentan, se reagrupan bajo una misma figura jurídica conceptual.

Insiste, además, en que la institución es un ente o un cuerpo social por cuanto es una manifestación de la *naturaleza social del hombre*. Ella dispone de medios materiales o inmateriales, personales o reales, patrimoniales o de naturaleza ideal que son destinados a servir permanentemente a un *fin* determinado en ventaja de sus *miembros* o incluso de *personas extrañas* a la institución, que entonces son sus destinatarios; verbigracia una fundación. Estas instituciones, el hecho de que formen un cuerpo social no significa que no puedan encontrarse en relación con otras instituciones, que desde otro punto de vista las completan. Así al lado de las *instituciones simples* existen las que pueden llamarse *complejas*, que son las instituciones de instituciones; verbigracia el conjunto de municipios integra la nación: el Estado, que es de por sí una institución, queda integrado en una institución más amplia, que es la comunidad internacional, y en él mismo, a su vez, se distinguen otras instituciones. Tales son los entes públicos subordinados al Estado: los municipios, las provincias, las regiones, los varios organismos profesionales; y en el Estado moderno, los llamados poderes legislativo, judicial, administrativo, en cuanto constituyen una unidad profesional colegiada; los institutos, las escuelas, las academias, etcétera. No obstante, la *autonomía* de estas instituciones no debe ser absoluta, sino que solamente

relativa, puesto que su concesión depende de puntos de vista que pueden variar.

La institución es una unidad firme y permanente que no pierde su identidad, integrada por una pluralidad de miembros o personas, con su patrimonio, sus medios, sus intereses, sus destinatarios, sus normas. Puede renovarse conservándose la misma y manteniendo, por lo tanto, su propia individualidad. La esencia institucional radica en su *organización social*. Porque la institución es un ordenamiento jurídico, una esfera en sí, más o menos completa, de derecho objetivo. Por eso el derecho no consagra únicamente *conexiones individuales*, sino que, sobre todo, establece *conexiones sociales*, debido a que trata de superar la debilidad y la limitación de las fuerzas individuales a fin de perpetuar ciertos fines más allá de su vida natural, creando estos entes sociales institucionales que son más poderosos y permanentes que los vínculos individuales.

Es vano proponerse, como sucede frecuentemente, fijar los caracteres diferenciales del fenómeno jurídico respecto a los de la religión, la moral, la costumbre, la economía, la historia, etcétera. Cada una de estas manifestaciones del espíritu humano puede integrar el contenido del mundo jurídico, en tanto en cuanto penetran en la órbita de una institución. Porque el derecho representa no sólo una cantidad de moral, sino también de economía, de religión, de historia, de costumbres, etcétera. Vemos, pues, que la teoría institucional se aparta de la *posición kelseniana*, para la cual todo lo que no es técnica jurídica rebasa el campo propio del derecho. Ya hemos dicho que los institucionalistas se mueven dentro del sociologismo; por ende, no podían adoptar otra actitud frente a las materias que Kelsen denomina metajurídicas.

De otra parte, al equipararse los conceptos de *ordenamiento jurídico* e *institución*, tenemos que así como hay una pluralidad de instituciones también habrá una *pluralidad de ordenamientos jurídicos*. Por este procedimiento se acaba con el monopolio legislativo del Estado, desde el momento que se reconoce que otros entes u organizaciones sociales distintas de él pueden revestirse de capacidad legislativa. Ésta es la reacción que ha provocado lógicamente el *poder omnímodo del Estado moderno* que ha tratado de desconocer la realidad social y jurídica de instituciones que siempre han existido con vida propia; verbigracia, la familia, el municipio, las corporaciones profesionales, etcétera. Es obvio que los que han identificado Estado y derecho han calificado de antijurídicas las normas que dimanaban de organismos que no son el estatal. Por el contrario, la teoría institucional nos afirma que se puede dar el derecho perfectamente sin necesidad de que provenga del *Estado*, dado que no se le puede definir a éste sin recurrir al concepto del derecho. El Estado no es una unión material de hombres, un simple agregado de hecho, sino una *comunidad organizada*, es decir, un *ente jurídico*, uno de los varios

ordenamientos que la realidad social nos presenta. Por consiguiente, toda institución se concreta en un distinto ordenamiento jurídico, que puede ser no encuentre su fundamento y apoyo en el ordenamiento estatal, y que, inclusive, puede serle contradictorio. Así nos dice Gierke que toda *comunidad orgánica* es capaz de producir derecho.

Por último, Santi Romano distingue una serie de normas nacidas con independencia del derecho estatal; esto es, que tienen como fuentes otras que no son el derecho del Estado. Así establece una clasificación de *pluralidad de fuentes normativas*:

*Primero*: Nos señala el ordenamiento interno de la *familia*, que puede basarse sobre viejas costumbres.

*Segundo*: El ordenamiento de la iglesia, en cuanto que impone una serie de obligaciones que el Estado no reconoce, mas tampoco prohíbe su cumplimiento.

*Tercero*: El ordenamiento interno de algunos *institutos privados*, de una clase de personas que tengan una especial organización, etcétera. Cita, por ejemplo, la *deuda de juego*, según las normas reconocidas por los jugadores que forman el estatuto de la casa de juego.

*Cuarto*: Otras normas derivadas de la autonomía privada; así, por ejemplo, el caso de las *obligaciones naturales*.

Widar Cesarini Sforza, publica su estudio "Il diritto dei privati";<sup>34</sup> Salvatore Romano —hijo de Santi Romano—, en la "Presentación" de esta obra señala que el progreso constante que se observa de la doctrina institucional se debe a la fe de sus sostenedores a pesar de muchas resistencias cuyas razones no aparecen clarificadas muchas veces si las examinamos lógicamente. De la misma manera que la colectividad, como tal, es capaz de elaborar un conjunto de *reglas de acción* (diligencia, buena fe, culpa, dolor, etcétera) a través de un proceso de generalización de las producciones jurídicas de los particulares y de las influencias de principios metajurídicos (convicciones religiosas, éticas, etcétera), surgen las instituciones que no son producto del Estado, sino materia de la competencia privada.<sup>35</sup>

Cesarini Sforza nos define el "derecho de los particulares", como "aquel derecho que los mismos particulares crean para regular determinadas relaciones de interés colectivo a falta o insuficiencia de la ley estatal". En primer lugar se desprende de esta definición la *disociabilidad* de los conceptos de derecho y Estado, puesto que se entiende por "derecho de los particulares" aquel derecho que no emana ni del Estado ni de sus

<sup>34</sup> *Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche*. Reproducido en 1963 por Ed. Giuffré, Milano.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, pp. v y ix.

órganos; y en segundo término la expresión “derecho de los particulares” no coincide con la de “derecho privado”, debido a que esta última denota la presencia de la voluntad estatal regulando relaciones entre los particulares (verbigracia la compraventa, el préstamo), mientras que el “derecho de los particulares” establece relaciones entre los mismos que no dimanen ni directa ni indirectamente del Estado. Sin embargo, más adelante nos da una definición más amplia de esta materia sin referirse a los supuestos de “falta o insuficiencia de la ley estatal”, con lo cual él mismo se presenta estos dos casos: 1. Que el “derecho de los particulares” concierna a materias distintas de las que regula el derecho estatal, y 2. Que se refiera a las mismas materias pero reguladas de modo distinto o contrario. Esta segunda hipótesis da lugar a lo que en tema de *derecho consuetudinario* se denominan disposiciones *praeter legem* y *contra legem*, refiriéndose al carácter de las normas creadas directamente por los particulares. Por lo tanto a veces el “derecho de los particulares” se presenta bajo ciertas formas del derecho consuetudinario.

Es de notar que el ámbito del “derecho de los particulares” se identifica con el de la colectividad o cuerpos de organizaciones que se forman entre los particulares sin la intervención del Estado: se podría por esto llamarlo el derecho de las *organizaciones*; o sea que, según Cesarini Sforza, se pueden usar indistintamente los términos “derecho de los particulares” o derecho de las organizaciones. Es menester entender por “organización”, una unión de varias personas caracterizada por el hecho de que éstas cooperan a un fin común; es decir, que se da una *comunidad de comportamientos* independientemente del fin particular distinto que personalmente persiga o pudiera perseguir cada uno de sus miembros. De aquí que el autor distinga entre los fines diversos de las *asociaciones* y las *instituciones*. Las asociaciones se constituyen en interés de sus integrantes, mientras que las instituciones actúan en función de otras personas ajenas a las que las forman; esto es, la asociación es un cuerpo social considerado como la organización de un interés interno, mientras que la institución es una asociación que sirve a un fin externo, o sea, la organización de un interés común a la realización de un fin ajeno. Así en las instituciones sus miembros vienen a ser simples administradores; ejemplo de una asociación, una empresa mercantil en la sociedad capitalista; y de una institución, una Universidad.

Sin duda alguna que el *Estado* tiene preeminencia en la vida jurídica debido a que aplica la parte más vasta e importante del derecho, lo cual no es óbice para que existan *otros ordenamientos* que nacen y se desarrollan marginalmente al derecho estatal. En esto consiste, como hemos visto, el reconocimiento del “derecho de los particulares”. En otras ocasiones el Estado no crea la juridicidad, pero establece los supuestos en que presta su fuerza para que se realice; por ejemplo no crea la juridi-

cidad de los *contratos*, no obstante indica hasta dónde alcanza la tutela o la prohibición de los actos jurídicos creados por los contratantes.

No se destruye el concepto jurídico del Estado por el hecho de concebir la existencia del derecho *independientemente del organismo estatal*; o sea que el Estado no pierde su poder jurídico porque se admitan otros organismos distintos a él con capacidad legislativa; pues esto lo único que significa es que la realidad jurídica estatal vive insertada en un campo más amplio, que es el de la realidad del derecho. El reconocimiento de que el derecho vive también en relaciones cuya existencia jurídica no depende de la voluntad del Estado, equivale a admitir que hay una misma sustancia espiritual, tanto en el ordenamiento jurídico cuyo supremo principio se identifica con la voluntad normativa estatal, como en aquellos otros ordenamientos que dependen de voluntades normativas no estatales.

El Estado, frente a los ordenamientos que surgen de otras realidades sociales, puede adoptar estos criterios:

a) Adoptar como propio en parte o totalmente otro ordenamiento, ora reproduciendo sus normas o reenviando al mismo, con lo cual dichas normas no emanadas del ordenamiento estatal vienen a identificarse con las que emanan del Estado, luego en este caso de relevancia jurídica estatal de un ordenamiento no estatal, este último desaparece.

b) El Estado ignora los otros ordenamientos y, por este motivo, no reconoce su eficacia jurídica. En este supuesto de irrelevancia jurídica estatal de un ordenamiento no estatal, este ordenamiento existe como tal, independientemente del ordenamiento del Estado; verbigracia, las deudas de juego, las obligaciones naturales.

Nos define el "cuerpo social" como aquella unión voluntaria de personas (que cooperan a un fin común) provista de un ordenamiento autoritario. Advertimos, pues, en este concepto dos *elementos*: a) la voluntariedad de la formación, y b) la autoridad del ordenamiento. Mediante el carácter de la voluntariedad distinguimos estos cuerpos sociales voluntarios de aquellos otros entes de *formación necesaria*, esto es, que derivan de causas —naturales, éticas o históricas— que trascienden la libertad y los intereses de los particulares; verbigracia el Estado, la nación, el municipio, la familia. Además se hace también necesario distinguir estos *cuerpos sociales voluntarios*: a) de los *obligatorios o personas jurídicas públicas*, que se forman por mandato del Estado y cuyo ordenamiento o funciones son, en su mayor parte, regulados por la ley; ejemplo, los consorcios administrativos, las congregaciones de caridad, y b) de las *personas jurídicas privadas de utilidad pública*; ejemplo, las cajas de ahorro, las cuales no siendo obligatoria su creación, quedan sometidas casi en su totalidad al ordenamiento legal. O sea que los

cuerpos sociales voluntarios no sólo son creados por la voluntad social, sino también organizados por ella. Empero queda claro en la definición que, a pesar de que estos cuerpos sociales voluntarios surgen al margen del Estado, siempre existe en ellos un *gobierno* o una *autoridad* de la que deriva su ordenamiento jurídico propio.

La *personificación* del cuerpo social voluntario se produce cuando el Estado lo reconoce, aun cuando éste ya viene existiendo como asociación o institución de hecho. El reconocimiento estatal viene a dotarlas de personalidad jurídica, puesto que las incorpora como sujeto de derecho a la realidad jurídica del Estado, mientras que en el ordenamiento interno del cuerpo social personificado nada cambia sustancialmente, dado que ya existía una realidad sociológica que es la que ha hecho posible esta personificación jurídica estatal.

### *Crítica y defensa de la institución*

Se arguye que el término institución es de los más equívocos, puesto que su extensión es ilimitada, si bien se está de acuerdo en su carácter sociológico. Así se habla de institución de la prensa, instituciones caballerescas, instituciones religiosas; en el aspecto político: de instituciones monárquicas y republicanas; en el jurídico, se usa como sinónimo de persona jurídica o, más concretamente, significa una organización que vive en el derecho.<sup>36</sup>

Hay quienes consideran a la institución —según indicamos más arriba—, como una figura jurídica de corte totalitario, dado que hace hincapié en el principio de autoridad y se configura como una pluralidad de individuos adheridos a una idea directriz. Mas señalamos entonces que la adhesión de sus miembros siempre es voluntaria, desde el momento que gozan de libertad para permanecer o no en el ámbito institucional.

También se indica que el concepto institución como cuerpo social encierra una riqueza de matices que rebasa el estricto campo del derecho. "La institución entraña un campo coherente de fuerzas y acciones con base en un cierto conjunto armónico de ideas y sentimientos; el derecho no es más que una de aquellas fuerzas, por muy fundamental que se la quiera considerar."<sup>37</sup>

Felice Battaglia establece que Santi Romano yerra cuando identifica al derecho con la institución; pues esto supone desconocer el carácter normativo del derecho. Es cierto que hoy —y esto es una aportación de Santi Romano— el derecho más que ser un conjunto de conexiones indi-

<sup>36</sup> Battaglia, Felice. *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1951, vol. II, pp. 265 y ss.

<sup>37</sup> Zafra Valverde, José. *El derecho como fuerza social*, Universidad de Navarra, 1964, p. 119.



viduales es un conjunto de conexiones sociales, por el signo social de nuestra época. Pero antaño como hogaño, el derecho sigue en esencia siendo normativo. Luego el derecho no es el ente social o la sociedad, identificándose ordenamiento jurídico e institución, sino la norma con arreglo a la cual deba constituirse el ente social o la sociedad. El ordenamiento no es la institución, sino la norma que promueve y ordena su existencia; es decir, que lo jurídico no es el *ser institucional*, sino el *deber ser institucional*. El derecho no es la institución y, menos aún, la sociedad, sino el principio según el cual se crea la institución y se organiza la sociedad, siendo el preordenamiento normativo del uno y de la otra, a través del cual la institución o las instituciones dan significado jurídico a la sociedad.<sup>38</sup>

Cabe señalar, sin embargo, que el concepto institución ha venido a enriquecer el campo del derecho al incorporarle el principio de persona social que había sido relegado a partir de la concepción individualista del derecho que proclamara la Revolución Francesa. Por eso nada de extraño tiene que, en un principio, la institución haya sido utilizada con excesiva prodigalidad adoleciendo, por lo tanto, de una exagerada imprecisión. Con todo, hemos visto cómo los diferentes autores que se han ocupado de la teoría institucional tratan de configurarla conforme a sus ideologías. Así Hauriou lo hace en torno de la idea objetiva; Renard la concreta en el bien común; Delos en el realismo jurídico; Santi Romano en el ordenamiento, y Cesarini Sforza en el “derecho de los particulares”. Estamos seguros que a medida que se vaya aplicando a parcelas más restringidas del derecho se conseguirá una mayor precisión para el concepto de la institución, dado que, hasta ahora, los autores se han movido fundamentalmente en el plano abstracto de los principios.

De otra parte la institución ha venido a superar el formalismo jurídico, que había reducido el derecho a una simple técnica sin aliento vital. Precisamente José Zafra advierte esta riqueza de matices en la institución que, según él, escapan a la esfera del derecho. Aquí radica otra de sus grandes aportaciones, puesto que ha venido a darle contenido al derecho, que se le había negado por Kelsen con el pretexto de que eran materias metajurídicas, como si el derecho no fuera creado por y para el hombre en función de la comunidad, que no es un agregado social impersonal, sino un vínculo entre personas humanas. Esta humanidad sangrante del derecho ha sido resaltada por la institución. Además el institucionalismo también ha venido a desmentir el positivismo, que culminó en la aberración de identificar derecho y Estado, haciendo del hombre un ser subsumido en el ente estatal. La teoría institucional ha puesto de relieve la necesidad ética del derecho, con lo cual ha enrique-

<sup>38</sup> *Op. cit.*, ed. esp., p. 268; ed. it., p. 279.

cido su contenido ontológico. Así el ser del derecho ha ganado en profundidad y en libertad: ésta es la gran contribución del iusnaturalismo.

Por último, discrepamos de Felice Battaglia cuando critica a Santi Romano el que identifique derecho e institución, porque el derecho es fundamentalmente normativo. Estimamos que Santi Romano no ha negado el carácter normativo del derecho. Precisamente nos habla de los dos significados del derecho, como ordenamiento unitario y como conjunto de preceptos jurídicos institucionales. Ahora, lo que sí hace Santi Romano es resaltar el carácter del derecho como organización social, en lo cual creemos que lleva razón. La existencia de la institución supone una estructuración social que exige la presencia del derecho, dado que no podría existir aquélla sin él. Luego es natural que la institución alcance a lo jurídico por el solo hecho de su nacimiento, desde el momento que se trata de una fuerza social organizada, que es la característica institucional y la gran contribución de esta teoría al concepto social del derecho de nuestro tiempo.

#### LA CONCEPCIÓN COMUNITARIA DEL DERECHO

Sobre estos firmes y permanentes pilares del *iusnaturalismo* y del *institucionalismo* levantamos nuestra teoría comunitaria que, básicamente, gira en torno del principio del *bien común*, término que —como vimos— utiliza Georges Renard. Por eso nuestra teoría es el punto de llegada en el camino de la *socialización del derecho*, porque tratamos de equilibrar los derechos de la persona humana y los derechos de la comunidad y, por lo tanto, consideramos que el hombre es un ser comunitario, pero sin despersonalizarlo; pues es erróneo plantear —nos dice Jacques Maritain— el problema de la persona y del bien común, en términos de oposición, sino su auténtico enfoque consiste en estudiarlos en mutua relación y subordinación.<sup>39</sup> Luego al superar el individualismo jurídico por las nuevas exigencias de la sociabilidad del derecho, no lo hacemos volcándonos en el otro extremo de lo colectivo, que supondría negar la personalidad humana, sino tratar de defender los derechos de ésta en función de la comunidad. Así es como conseguiremos dejar a salvo el derecho de iniciativa particular —dentro de un ámbito de libertad comunitaria— para que se realice el progreso social.

A este propósito se estimulará la relevancia jurídica de una pluralidad de comunidades e instituciones que protejan a la persona humana, también como sujeto de derecho, y se ordenen jerárquicamente hasta culminar en la comunidad nacional y en el Estado.

Este reconocimiento de la persona humana —sin menoscabo del cumpli-

<sup>39</sup> *La persona y el bien común*, Buenos Aires, 1948, p. 71.

miento de su función comunitaria— exige la consagración de sus principios fundamentales:

1. El de poder vivir “materialmente” y, por consecuencia, el derecho al mínimo de bienes indispensables para vivir.
2. 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.
3. 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.
4. El de vivir “religiosamente”, con libertad de conciencia y de cultos, a fin de responder a las aspiraciones religiosas del hombre.
5. 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.
6. 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;<sup>40</sup> si bien esta última con toda clase de restricciones.

A la persona humana se la contemplará a través de este cuadro de derechos naturales a fin de que puedan tener cumplimiento los principios: de que no puede haber defensa de la dignidad de la persona sin la satisfacción de sus necesidades y de que no puede existir la felicidad social mientras se tenga al hombre sometido. Una vez que se cumplan los anteriores principios la persona se hallará en condiciones de proteger su libertad y ésta no podrá nunca desconocer su función comunitaria.

Esto nos hace movernos dentro de un *personalismo*, dado que la persona posee ciertas prerrogativas naturales que el Estado —como servidor del bien común— está obligado a respetar y proteger, y de un *comunitarismo*, porque existe una obra común que le incumbe realizar al todo social como entidad, y del cual forman parte las personas humanas subordinadas a este bien superior.

<sup>40</sup> Renard, Georges. *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1927, pp. 226-227.