

LA TEORIA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

1.—DEFINICION

El concepto institución siempre ha aparecido vago e impreciso, si bien en la actualidad existe una tendencia a precisarlo a través de la teoría institucional. Para ENRIQUE TIERNO GALVAN, se presenta con un carácter jurídico como un conjunto de normas que regulan una pluralidad de hechos definidos por las propias normas como jurídicos; v. gr., la compraventa. La otra tendencia —según este autor—, preferentemente antropológica, presenta a la institución como un conjunto coherente de usos, costumbres o prácticas que definen el comportamiento de un grupo; v. gr., la guerra (1). Desde este punto de vista, CESARINI SFORZA, estima que la institución son los ritos de las religiones, o sea, el conjunto de las acciones rituales cumplidas en la práctica de un determinado culto de la divinidad. Institución es la propiedad, concebida como un complejo de comportamientos uniformes de los hombres a cosas que tienen un valor económico. Institución es la familia, en cuanto la vida familiar, basada sobre vínculos de sangre y teniendo fines comunes todos sus componentes, da lugar a comportamientos uniformes de parte de éstos (2).

Precisamente acentuando los caracteres sociológico y jurídico de la institución, la definimos, como aquel cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas —o *status*—, que los invisten de deberes y derechos estatutarios (3).

(1) *Conocimiento y ciencias sociales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1966, p. 192.

(2) *Filosofía del diritto*, Roma, 1954, p. 55.

(3) *Ciencia y Filosofía del Derecho (Filosofía, Derecho, Revolución)*, Buenos Aires, Ed. Ejea 1961, p. 216

También el concepto institución ha sido abordado filosóficamente, dando lugar a la *teoría institucional*, que presenta distintas corrientes doctrinales.

2.—ESCUELA FRANCESA

Antes de penetrar propiamente en el examen de las corrientes institucionales vamos a referirnos a la posición de GEORGES GURVITCH, en su libro *L'idée du droit social* (París, 1932), quien plantea su teoría del pluralismo jurídico en términos similares a como lo hace el institucionalismo. El jurista francés se mueve dentro del positivismo jurídico, combatiendo la identificación del Derecho positivo y del 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. Y con esta ruptura se producen diferentes órdenes jurídicos que se limitan recíprocamente en su independencia y colaboran bajo el mismo pie de igualdad en la vida nacional y en la internacional.

Se advierte claramente que GURVITCH da al Derecho un sentido sociológico, desde el momento que admite 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) (4).

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

(4) NORBERTO BOBBIO: *Instituzione e diritto sociale* (Renard y Gurvitch), Roma, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto" (Separata), 1936, p. 18.

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 *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 eficacia 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 (5).

Por este procedimiento el campo del Derecho social se extiende cada vez más y así surgen una *pluralidad de fuentes del Derecho* (esta 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 (6).

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 aque-

(5) Op. cit., p. 19. En el mismo sentido se pronuncia Antonia Hernández Gil, quien nos dice que el "hecho normativo" de Gurvitch se aproxima tanto a la "institución" de Hauriou que no parece sino una nueva versión de la misma (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, I, p. 370).

(6) LUIS RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Ed. Porrúa, 1963, I, p. 136.

lla 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 LEON 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 llevan 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 desp'azar 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 un plano de igualdad; digamos mejor, dentro de igualdad formal; v. g., el obrero contrata voluntariamente con el empresario. Por el contrario, la institución se estructura jerárquicamente; v. gr., las relaciones 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*. Así, por ejemplo, no se establece una relación directa entre padres e hijos —como sucede en el contrato entre comprador y vendedor—, sino que sus derechos y deberes dimanen del estatuto familiar.

Fue el estudio de la Administración francesa, organismo en el seno del Estado, lo que le llevó a HAURIU a entrever una serie de organismos cuyas directrices trazó en su *Théorie de l'institution et de la fondation* ("Cahiers de la Nouvelle Journée", núm. 4). La teoría institucional significó la reacción —como señalamos— contra las teorías voluntaristas y subjetivistas, que basan 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, supuso 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 GEORGES 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 (7).

La define HAURIUO: 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” (8). No se olvide que HAURIUO 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, encarnada en la duración creadora, como esencia de la institución (9). Por eso dice que las ideas trabajan: “Las civilizaciones son el producto de las ideas, y no las ideas el producto de las civilizaciones” (10). 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 (11). Así escribe HAURIUO: “Con el término institución designamos todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados” (12).

(7) GEORGES RENARD, *La philosophie de l'institution*, París, Lib. Recueil Sirey, 1939, pp. 63-64.

(8) *Teoría dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Ed. Giuffrè, 1967, pp. 12-13.

(9) LUIS RECASENS SICHES, op. cit., pp. 121-122.

(10) Cit. por RENARD, *La théorie de l'institution*, París, 1930, vol. I, p. 95.

(11) RENARD, *La philosophie de l'institution*, París, 1939, p. 122.

(12) *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. de Ruiz del Castillo, 1927, p. 83.

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 equilibrio, de poderes y de consentimientos surgidos alrededor de la idea, que se ha objetivado, que ha 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; v. gr., el Estado, las corporaciones, los sindicatos, etc.; y otro menos pleno, llamado *institución-cosa*, caracterizada sólo por ser un principio de orientación y de limitación que no engendra comunidad propia; v. gr. una regla de derecho. Es una institución, porque como idea se propaga y vive en el ambiente social, pero no genera una corporación que le sea propia. La regla jurídica vive en el cuerpo social, por ejemplo en el Estado, haciéndose prestar de éste el poder sancionador y aprovechándose de las manifestaciones comunitarias que en el Estado se producen, pero no puede realizarse en una corporación porque no es un principio de acción o de empresa, sino más bien de limitación (13).

Mas para llegar a este estado institucional, en que surge la personalidad, dentro del grado de la institución-persona, es menester que tenga lugar un triple movimiento: *de interiorización, de incorporación y de 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 dice JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ, no consiste más que en una continuidad puramente objetiva de la idea y su acción (14). Como es natural, esa

(13) *Teoría dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Ed. Giuffré, 1967, p. 13.

(14) *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 370.

traslación de la idea objetiva al estado de subjetividad, provoca en todos y cada 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 MAURIUO, viene a imprimir un nuevo giro a la teoría institucional, por su profunda base tomista. La concepción institucional del Derecho nos es más que la interpretación jurídica de la filosofía social de Aristóteles y Tomás de Aquino. De aquí que, afirma RENARD, 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; v. gr., 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 RENGARD, no es, mas 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 de desarrollo". Y así como existen grados de personalidad entre los hombres, según las épocas, v. gr., las personas "sui iuris" y las personas "alieni iuris"; los nobles, los villanos, etc.; y se distinguen hoy día entre los capaces y los semi-capaces 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; v. gr., 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*, v. gr., la familia; e *instituciones de instituciones*, v. gr. 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*. Esta 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 análogo, se puede decir, que las instituciones viven.

Considera también este autor, 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 interior, 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; v. gr., 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.

A.—¿Las sociedad anónima es persona jurídica?

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 reponder 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 "universitas 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 (15).

A la doctrina le fue fácil incluir a la sociedad anónima en el concepto de persona jurídica, a base de volver a la idea que ya estaba desechada de que la personalidad consiste sólo en ser sujeto de derechos y obligaciones, con lo cual se convirtió de nuevo a la persona jurídica en un concepto puramente formal. De esta manera se afirma la creencia de que la sociedad anónima es una persona jurídica real totalmente distinta de los socios que la integran y que, por lo tanto, se interpone como una realidad distinta entre los socios y los terceros, independizándose así la sociedad anónima hacia adentro y hacia afuera. Por consiguiente, se ensancha indebidamente el concepto de persona jurídica al admitir como tal a una sociedad cuyo objeto es el enriquecimiento o beneficio egoísta de sus socios, con lo cual la persona jurídica se convierte en etiqueta sin propio significado, siendo instrumento encubridor y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras. Es claro que al concebir así a la persona jurídica se comete un doble error: 1.º La extensión del concepto de per-

(15) *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en "Anuario de Derecho civil", Madrid, 1949, t. II, fasc. III, pp. 1.398 y ss.

sona jurídica al de sociedad anónima, implica identificar a la persona jurídica con la capacidad jurídica, vaciándola de contenido; y 2.º Al producirse esta asimilación de los conceptos de persona jurídica y sociedad anónima, se abstrae a la persona jurídica de su sustrato personal subyacente, faltándole su fin supraindividual y reduciéndola únicamente a una suma de aspiraciones egoístas (16).

En consecuencia 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 (17). Es menester recoger aquí algunos supuestos de *legislaciones positivas* 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 del *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.

Por consiguiente, en una sociedad comunitaria —como escribe RODOLFO BELLIDO—, dejaríamos de hablar de sociedades anónimas. En su reemplazo hablaríamos de la *comunidad de trabajadores* del cemento, del azúcar, del tabaco, de la cerveza, los productos lácteos, del banano, etc. No sería necesario regular las sociedades

(16) FEDERICO DE CASTRO, *¿Crisis de la sociedad anónima?*, "Revista de Estudios Políticos", Madrid, 1950, N.º 49, pp. 80 a 96.

(17) Cfr. mi libro, *Concepto y fuentes del Derecho civil español*, Barcelona, Ed., Bosch, 1956, pp. 152 y ss.

anónimas. Sería necesario regular las comunidades de trabajo (18).

Es patente que el jurista francés ha logrado aportaciones valiosas a la teoría institucional al incorporarle con relevancia los principios del Derecho natural y del *bien común*.

B. *La posición belga.*

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 Sociedad 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 describe como sustrato 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*. Esta 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 textura de toda la *realidad jurídica* idéntica a la de la realidad social" (19).

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. De esta forma llega a expresarnos, que "la doctrina institucional no es un *sistema*, sino una interpretación flexible de la realidad" (20).

(18) *Hacia la propiedad comunitaria*, Revista Diálogo, Panamá, 1970, núm. 21, p. 30.

(19) DELOS, "La Théorie de l'Institution", en "Arch. de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique", París, 1931 pp. 145-146.

(20) *Op. cit.*, pp. 151-152.

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 (21).

3.—ESCUELA ITALIANA

En Italia, dentro de la teoría institucional, nos hallamos a SANTI ROMANO (22) y a W. CESARINI SFORZA (23), quienes se apartan de la dirección de MAURICE HAURIOU —que procede de la filosofía idealista— y de la de GEORGER 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 esfera 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 (24). Se pone de manifiesto en la teoría organicista de GIERKE, que tanto el Estado como las demás asociaciones se les considera como *organismos*, dentro de los cuales se encuentra

(21) LUIS RECASENS SICHES, *op. cit.*, pp. 125-128.

(22) *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945.

(23) *Il diritto dei privati*, Milano. Ed. Giuffré, 1963.

(24) *La función social de Derecho privado*, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904, pp. 16, 18 y 24.

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* (25).

SANTI ROMANO expone por primera vez su posición en los *Analli delle Università toscane*, en los años 1917 y 1918, que después —como 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 HAURIUO, 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 el 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 este autor, 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,

(25) “La naturaleza de las asociaciones humanas”. en *loc. cit.*, pp. 73 y 76.

entendiendo 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 el 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 elemento 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, etc., 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; v. gr., 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; v. gr. 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 el 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 colegial; los institutos, las escuelas, las academias, etc. 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 perpetrar 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, etc. 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 etc. 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. Esta 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; v. gr., la familia, el municipio, las corporaciones profesionales, etc. 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 su apoyo en el ordenamiento estatal, y que, inclusive, puede serle contradictorio. Así nos decía 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, etc. 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", en la *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, en el año 1929, y se ha reproducido posteriormente (Milano, Ed. Giuffrè, 1962). Salvatore 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, dolo etc.) a través de un proceso de generalización de las producciones jurídicas de los particulares y de las influencias de principios metajurídicos (convicciones religiosas, éticas, etc.), surgen las instituciones que no son producto del Estado, sino materia de la competencia privada (26).

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 de Estado ni de sus 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 (v. gr.,

(26) *Op. cit.*, pp. V y IX.

la compra-venta, 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 "derechos de los particulares" o Derecho de las organizaciones. Es menester entender por "organización", una unión de varias personas caracterizadas por el hecho de que éstas cooperan a un fin común; es decir, que de 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 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 jurisdicción pero establece los supuestos en que presta su fuerza para que se realice; por ejemplo, no crea la jurisdicción de los *contratos*, no obstante indica hasta donde 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 ésto 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 reconocemos 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; v. gr., 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; v. gr., 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.

4. CRITICA Y DEFENSA DE LA INSTITUCION

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 (27).

Hay quienes consideran a la institución 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. En este sentido se ha pronunciado W. FRIEDMANN, quien ha escrito: "Hauriou es un pluralista. El no integra la institución en el Estado en tanto que tipo de institución más elevado; pero él no deja de ver con satisfacción —lo mismo que la teoría orgánica de GIERKE o el principio de la solidaridad social de DUGUIT— que su "idea directiva" pudiera ser utilizada para reforzar lo colectivo contra lo individual, con lo cual ella se aproxima al misticismo de las teorías fascistas que subordina el individuo a la idea de servicio para con alguna cosa más elevada que él mismo. De esta manera la posición de HAURIOU no está lejos de la concepción nacional-socialista... Así lo mismo que el *Führer* es la expresión del Estado, el propietario o el director de la empresa es un alma y expresión. Luego la idea mística de servicio en una institución constituye en la práctica el deber de obediencia de una clase respecto de otra" (28).

También nos encontramos a EDGAR BODENHEIMER, quien considera que la teoría de la institución desplaza al individuo de su posición primaria de la vida social y coloca en su lugar al grupo, asociación, corporación u otra institución. De tal modo esta teoría nos recuerda la del "Estado corporativo" de los fascistas italianos, como fue planeada originariamente aun cuando no la llegasen a realizar; si bien BODENHEIMER reconoce que la teoría de la institución —al revés que el fascismo— tiende a poner en segundo término la importancia del Estado, subrayando la de las instituciones intermedias. Por esta razón ve en ella una tendencia *sindicalista* muy peculiar de la teoría francesa del Derecho puesto que el mismo socialismo revolucionario en Francia se inspiró más bien en hombres como PROUDHON y SOREL que en CARLOS MARX. Sin embargo al insistir la teoría de la institución en reemplazar el contrato por el *status*, supone una recaída en la filosofía del poder, lo cual —según este

(27) FELICE BATTAGLIA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1951, vol. II, pp. 265 y ss.

(28) *Théorie generale du droit*, París, 1965, p. 192.

autor— aproxima la teoría de la institución a los modernos Estados totalitarios (29).

Sin embargo ALBERT BRIMO, refiriéndose a esta crítica, señala que ignora el verdadero sentido de los textos de HAURIUO, quien —como todos los teóricos de la institución— siempre adoptó una solución intermedia entre el individualismo y sociologismo, hallándose más cerca del personalismo de ENMANUEL MOUNIER que del individualismo de 1789; pero cualquiera que sea el papel que él atribuye a la comunidad en la creación del derecho a través de la institución, HAURIUO siempre permaneció fiel al derecho natural; por lo tanto la facultad reconocida a la persona humana de fundar instituciones está garantizada por la naturaleza objetiva del hombre y el libre ejercicio de su razón; simplemente a un dualismo individuo-Estado, él sustituye el dualismo Estado-institución, para el libre desarrollo de la persona humana (30).

A nuestro modo de ver, este enfoque de la teoría de la institución es erróneo, porque la intención fundamental de la misma es conseguir una integración de lo individual y de lo social sin absorciones mutuas y proclamando siempre dos fuentes del Derecho: la persona individual y la institución. Por lo tanto —como dice JESÚS LÓPEZ MEDEL—, se busca un sistema de equilibrio para que lo individual no pulverice al Estado, ni para que éste llegue a destruir la personalidad. La institución jurídica es la bisagra de lo individual-social (31). Luego 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 *cuero social*, encierra una riqueza de matices que rebasa el estricto campo del Derecho. “La institución entraña el estricto campo coherente de fuerzas y acciones con base en un cierto conjunto armónico de ideas

(29) *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 221 y 224.

(30) *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, París, 1968, pp. 323-324.

(31) *Filosofía de los derechos económicos-sociales*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, 1966, t. XII, p. 216.

y sentimientos; el Derecho no es más que una de aquellas fuerzas, por muy fundamental que se la quiera considerar" (32).

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 *individuales* 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 debe 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 la 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 (33).

También se le señala a la teoría institucional como defecto y, en particular, a la posición de SANTI ROMANO, el desestimar el papel principalísimo que debe jugar el Estado, con lo cual se desconoce su preeminencia en la área común a todas las instituciones, desde el momento que se consagra la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, que mejor debía calificarse de principio de equivalencia de las instituciones, relegándose así a la institución estatal a una condición social común, que es desmentida por la realidad (34). Estimamos que, no obstante lo que pueda haber de exageración en la teoría de SANTI ROMANO al enjuiciar la valoración del Estado, no es menos cierto que su función había sido desorbitada por el positivismo al no admitir otro creador de Derecho más que a él, desde el plano objetivo, desconociendo la realidad sociológica —y también jurídica de los otros entes sociales o instituciones, como fuentes primarias al Derecho.

(32) JOSE ZAFRA VALVERDE, *El Derecho como fuerza social*, Universidad de Navarra, 1964, p. 119.

(33) Op. cit., ed. esp., Vol. II. p. 268; ed. it., p. 279.

(34) SILVIO DE FINA, *Stato e istituzione*, Milano, Ed. Giuffré, 1967, p. 76.

Cabe señalar, además, 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 HAURIUO 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 JOSE 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 enriquecido su contenido ontológico. Así el ser del Derecho ha ganado en profundidad y en libertad; esta es la gran contribución del *ius-naturalismo*.

Por último, discrepamos de FELIPE BATTAGLIA cuando critica a SANTI ROMANO el que *identifique Derecho e institución*, porque el el Derecho es fundamentalmente normativo. Estimamos que SANTI ROMANO *no ha negado el carácter normativo del Derecho*. Precisa-

mente nos habla de los dos significados del Derecho, como ordenamiento 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.

5. LA CONCEPCION COMUNITARIA DEL DERECHO

Sobre los 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 que su auténtico enfoque consiste en estudiarlos en mutua relación y subordinación (35). 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*

(35) *La persona y el bien común*, Buenos Aires, 1948. p. 71.

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 cumplimiento de su función comunitaria, exige la consagración de sus *derechos naturales*:

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 culto, 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 (36); 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 desconocer su función comunitaria.

Esto nos hace movernos dentro de un *personalismo*, dado que la persona posee ciertas prerrogativas naturales que el Estado —como bien común— está obligado a respetar y proteger; y de un *comunitarismo*, porque existe una obra común que le incumbe reali-

(36) GEORGES RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, 1927, pp. 226-



zar al todo social como entidad, y del cual forman parte las personas humanas subordinadas a este bien superior.

Es obvio, que nuestra posición se ajusta a la exigencia de un *régimen de Derecho justo* en el que lo legal actúa en función de la comunidad, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, pero haciéndola ver a ésta que su reconocimiento se hace a fin de que ejerza sus derechos naturales que, en ningún momento, tendrán que hallarse en discrepancia con el bien de la comunidad. Nos pronunciamos, pues por *un Derecho comunitario*, que haga imperar *el equilibrio entre el orden y la libertad, en el seno de la justicia* (37). A nadie escapará, que el imperio de un sistema de este tipo requiere mucho temple en su hombres e instituciones, moviéndose con un gran sentido de autoridad y moderación, para que no se lesionen en ninguna circunstancia los legítimos derechos de la persona, pero, al mismo tiempo, que prevalezcan los de la comunidad con profunda orientación social revolucionaria.

(37) Cfr. LINO RODRIGUEZ ARIAS, B., *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1961, pp. 300-301.