

Aproximación al Derecho

SUMARIO: I. INTUICIÓN DEL DERECHO: A) PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS. B) PREGUNTA POR EL DERECHO.—II. CONCEPTO DE INSTITUCIÓN: A) INSTITUCIONES SOCIALES: 1. *Clases*.—B) PROCESO DE JURISDIFICACIÓN INSTITUCIONAL: 1. *Significado y efectos primarios*: 1.1. Las Doce Tablas. 1.2. La democracia.—2. *Momentos de jurisdificación*. 3. *Instancias jurisdificadoras*.—III. CONCEPTO JURÍDICO DE INSTITUCIÓN: A) UTILIZACIÓN CIENTÍFICA DEL TÉRMINO: 1. *Derecho romano*. 1. *Positismo legal*. 3. *Savigny*. 4. *Mi posición*.—B) COORDINACIÓN ENTRE REALIDAD SOCIAL Y NORMA.

I. INTUICIÓN DEL Derecho

A) PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Bien es verdad que el término Derecho, al igual que cualquier otra manifestación cultural, se puede decir de muy diversas maneras. La conceptualización, en un decir incluyente y excluyente, de una sola manera considerada como consustancial, connota tanto que termina por no denotar nada. Sin embargo, éste y sólo éste es el camino de aproximación comprensiva al dato jurídico. La labor previa, con todos sus riesgos, habrá de consistir en desvelar con precisión el fenómeno de la jurisdicción, fijar la síntesis sistemática de lo que el Derecho sea o lo que creo que sea (1). Esto es, describir la pura jurisdicción, poniendo entre paréntesis las diversas manifestaciones de ésta, en sus variadas expresiones sociales. Se ha de partir de un concepto de lo jurídico lo suficientemente amplio para cubrir las más heterogéneas situaciones de Derecho, ya horizontalmente en el panorama en el que coexisten los

(1) «... Toda definición debería tomarse en el siguiente sentido: pretendo entender por este término tal cosa y tal otra; y si tú, querido lector, quieres entender por el mismo término algo diferente quedas en libertad para hacerlo, siempre y cuando no utilices mis palabras en tal definición. El valor de nuestras definiciones respectivas debe juzgarse por su utilidad comparada». H. KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, edición de A. H. CAMPBELL, con una Introducción de A. L. COODHART. Trad. por J. M. DE LA VEGA, 1964.

más dispares ordenamientos de jurisdicción, ya verticalmente en la sucesión histórica del fenómeno Derecho. La fenomenología sólo pretende dar testimonio pleno de aquello que se le muestra, prescindiendo de la forma precisa de esta mostración. Busca la «idea» que se revela en el fenómeno, prescindiendo de su concreta manifestación. Interesa la esencia del Derecho, abstrayéndola de su realización en la vida social. Aquí, en esta acentuación sobre el dato, omitiendo el cuándo se ha datado, está la diferencia entre la fenomenología y la historia, aunque en el plano vivencial del sujeto observador el enlace entre una y otra sea total. La revelación del fenómeno se hace en el tiempo, es decir, en la historia.

Para la averiguación del fenómeno jurídico en su más pura apercepción «eidética» (exclusión de las múltiples y varias existencias del Derecho para llegar a su intuición esencial), parto de este principio («el principio de los principios») preconizado por E. HUSSERL (2): «Toda intuición primordial es fuente legítima de conocimiento. Todo lo que se presenta por sí mismo en la intuición debe ser aceptado simplemente como lo que se ofrece y tal como se ofrece, aunque solamente dentro de los límites en los cuales se presenta». La aceptación operativa para la comprensión del Derecho de este principio significa la acogida de la fenomenología, que no es, escribe VAN DER LEEUW (3) «un método alambicado, sino la actividad genuina de la actividad humana, que consiste en no perderse en las cosas, ni como un animal que pasa por debajo de ellas, sino que hace lo que no está dado hacer ni a Dios ni al animal: ponerse a su lado comprensivamente y contemplar lo que se muestra».

En una primera intuición «idéntica» del Derecho en su totalidad se aprecian discursivamente dos partes diferenciadas: datos o elementos previos de y para el Derecho (el complejo de relaciones sociales) y datos o fines a cumplir en éste. Ambos aspectos son esenciales para lo jurídico. Didascálicamente, podemos aprehenderlos como la materia y forma del Derecho, entendidos estos conceptos en el sentido ya decantado y precisado por Aristóteles o por sus rapsodas. Esto es, como escribe MARÍAS (4): «Se interpreta la sustancia como un compuesto de los elementos: materia y forma. No se trata de dos partes reales que se aunan para formar la sustancia, sino de dos momentos

(2) E. HUSSERL, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologische Philosophie*, I, 24, 1913.

(3) C. VAN DER LEEUW, *Fenomenología de la religión*, México, 1964. Trad. de E. DE LA PEÑA, revisada por E. C. FROST, pág. 647. En la nota 18 expone estas vibrantes palabras: «La fenomenología presupone el tráfico vivencial más intenso e inmediato con el mundo, es el empirismo más radical», ya que es necesario para todas las frases y fórmulas, aun para toda lógica pura, una garantía en el contenido vivencial.

(4) J. MARÍAS, *Historia de la filosofía*, 19 edición, ampliada. Prólogo de X. ZUBIRI y epílogo de J. ORTEGA Y GASSET, 1966.

ontológicos: la materia es aquello de lo que está hecha una cosa y la forma es aquello que hace que algo sea lo que es».

Dentro de la materia (pan sin levadura, entienden los presocráticos) en la sustancia del Derecho hay que considerar, en una primera aproximación, los siguientes estratos: 1.º La realidad ontológica (elementos o materia dada al hombre por las mismas leyes del ser). 2.º La estructura política o social que permite la transformación del ser-hombre en ser-persona, entendida ésta no como la conocida percha en la cual cuelgan atributos y cualidades, derechos y obligaciones, sino como el principio inaprehensible y totalista del pensar sobre el mundo; y en cuanto parcela de aquél, sobre el Derecho. Ya hablaré más detenidamente de esta esfera del ser. Baste adelantar ahora que la considero como el monismo a que todos los demás estratos convergen. 3.º Derivado del anterior aparece el cosmos cultural humano, que no queda agotado en una enumeración más o menos exhaustiva de valores, sino que también comprende las necesidades, tensiones y fuerzas que dialécticamente vivifican el mundo social. 4.º Las instituciones de la vida social o, más precisamente, las instituciones sociales.

Pero esta «materia» necesita algo más para que aparezca el Derecho. Estos «datos» sólo se convierten en Derecho cuando son investidos por la «forma», «con lo que hace que algo sea lo que es». Y la forma en el Derecho es la fuerza o la coacción (bien en su vertiente directa e inmediata, bien indirectamente como temor o rutina) para cumplir el fin elegido. Es decir, la coacción para la realización del objetivo. Dos momentos, pues, pueden considerarse en la «forma» de lo jurídico que aunque abstractamente se distinguen, en el campo concreto de los hechos aparecen ínscindiblemente unidos. La fuerza ha de tener un sentido. Ontológicamente, el fenómeno de la realidad llamado fuerza (5) es neutro al valor. Por sí no es bueno ni malo; pero para que se potencie en resultados, para que sea un modo verbal indicativo, necesita estar dirigida a un fin. Y éste sí que es bueno o malo, adecuado o inadecuado, etc.

Dentro de este objetivo de la fuerza jurídica hay que señalar, separándolos, aquel objetivo que es permanentemente necesario para que el Derecho exista en cuanto tal, de aquel otro también esencial pero que puede tener una significación multívoca y variable. En el primero se amalgama toda la teoría de la seguridad y la certeza, valores formales para la convivencia exigidos por el grupo social en su coherencia de vida como base de todo derecho. «El

(5) Naturalmente, nos estamos refiriendo a la fuerza del hombre sobre el hombre o fuerza social, aquella que MAX WEBER define de la siguiente manera: «La fuerza significa toda oportunidad de imponer, dentro de una relación social e incluso contra los que se oponen, la propia voluntad, independientemente de dónde se apoye esta oportunidad». *Economía y sociedad*.

Derecho —señala RECASEN SICHEZ (6)— surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás: certeza; pero no sólo certeza teórica (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, seguridad». Si este requisito falta, al no haber convivencia social ordenada el *apetitus societatis* humano se encauza a través de la arbitrariedad o despotismo de los más fuertes. El Derecho surge para evitarla: «La verdadera aspiración del Estado (creador del Derecho) no es otra que la paz y la seguridad de la vida» (SPINOZA). Cuando no hay certeza y seguridad estamos ante el vacío del Derecho, el no-Derecho. El orden social queda cuartelado por una crisis, más o menos profunda según el grado de silencio del Derecho. En nuestro actual momento histórico, que al menos propagandísticamente se proclama por todos, Oeste y Este, la más certera jurisdicción, su negación se encubre sutilmente. En la URSS, la «exigencia de garantía de la disciplina del partido comunista —aunque de cuando en cuando no es impuesta mediante la intervención directa en procedimiento judicial— es lo que distingue a la justicia (judicatura) soviética de los Estados con un sistema de pluralidad de partidos» (7). Externamente, a partir de 1953, muertos Stalin y «su jurista particular» Krylenko, se terminó por recoger en el programa del partido comunista, en 1961, el principio de legalidad, base de la seguridad pública. En el Oeste, la finura encubridora llega a tal límite que incluso muchas veces se confunde al mismo jurisperito. Ocurre aquello que decía GOETHE: «La contemplación se transforma en conceptos, los conceptos en palabras, procediendo con estas palabras como si fueran los objetos» y olvidando la misma parcela nominada. Así, bajo los asépticos vocablos retroactividad, irretroactividad, *vocatio legis*, se puede esconder un complejo de situaciones desconcertantes por su incertidumbre. La retroactividad de las leyes ha roto en multitud de casos la seguridad del Derecho. Piénsese en las defraudadas previsiones de los arrendadores que han visto convertido en virtud de una norma retroactiva el arrendamiento, contrato temporal, y por eso celebrado, en un contrato permanente y no resoluble. Sin ellos saberlo, a la sombra de una críptica figura jurídica, la retroactividad sin *vocatio legis*, se les ha sustituido su titularidad de propietarios planos por los de «dueños directos» en la relación de censo enfiteútico, situación jurídica sólo inteligible por los «iniciados». «Más inquietante quizá —observa CARBONNIER (8)— son los golpes que se le han dado a la autoridad de la cosa juzgada. Es algo que se ve todos los días: una

(6) L. RECASENS SICHEZ, *Filosofía del Derecho*, 4.^a edición, 1970.

(7) J. N. HAZARD, *Marxismo y democracia*. Enciclopedia de conceptos básicos. Colaboración internacional dirigida por C. D. KENING. Trad. de A. ALONSO FERNÁNDEZ, tomo II, organización judicial.

(8) J. CARBONNIER, *Derecho flexible para una sociología no rigurosa del Derecho*. Prólogo y traducción de L. Díez-PICAZO, 1974.

sentencia definitiva ordena que sean expulsados de un inmueble los que lo ocupen sin derecho, pero la Administración se opone a que la sentencia sea ejecutada». La incertidumbre en este caso llega a rozar el patetismo. Al hombre no especialista en leyes, ignorante del esoterismo jurídico, se le enseña que el derecho, su derecho, el de cada cual, cuando es discutido o violado, la sentencia judicial termina concluyentemente con la disputa o con la violación. El fallo del Juez ha de ser necesariamente cumplido, se le continúa enseñando; para conseguir este «decir» vinculante se ha de seguir un largo y costoso pleito con Abogados y Procuradores, pruebas y contrapruebas, tiempo de incertidumbre doble el resultado. El ciudadano que siente vulnerado su derecho y asume el precio, la tardanza y el riesgo, anda este largo y penoso camino. Por fin, con un considerable debe en su contabilidad y con largos meses, incluso años, en su pretensión, después viene no el descanso, sino la decepción. La sentencia no se cumple. Los furiosos e incendiarios arrebatos de MIGUEL KONHLHAAS empiezan a entenderse.

El segundo designio a cumplir en el Derecho, superpuesto al anterior de la seguridad y certeza, será el sistema ético elegido, el conjunto de valores que el sujeto activo de la fuerza jurídica quiere realizar en la comunidad social, la racionalidad material weberiana. Ahora bien, esta elección axiológica tiene una amplia escala etológica para seleccionar, aunque en una última instancia sean exclusivamente dos las posturas para optar:

1.^a La naturaleza de las cosas postula y exige una determinada «forma». Esta es la que se da por los poderes sociales, los únicos que tienen o pretenden tener el monopolio de la fuerza. La relación social es ahormada en el adecuado cauce coactivo que aquella relación pide. Exageradamente, MAIHOHER (9) entiende que «las normas legales positivas se hallan bajo la reserva de la concordancia del deber-ser prefijado en la proposición jurídica concreta con el deber-ser exigido por la acotada y concreta naturaleza de las cosas». Más cautamente, entiendo que el Derecho ha de cumplir unos fines (justicia, seguridad y orden, por señalar los más citados); en la determinación y encaminamiento de los mismos intervienen como elementos preformadores los «datos previos», pero sin que lleguen a eliminar la libertad electiva del creador de la proposición jurídica. Este siempre podrá optar entre el abanico de posibilidades que aquellos datos ofrezcan; o, lo que es lo mismo, el legislador (los poderes sociales) podrá y deberá tener en cuenta la naturaleza de las cosas para plastificar su idea rectora del Derecho, pero sin estar totalmente predeterminado por aquellos «datos». La naturaleza de las cosas no es, sin más, una causa precisa y perfectamente determinada que baste recoger para que automáticamente sean conocidas sus guías preformadoras. Su encuentro y concreción ya es de por sí dificultoso. Las relaciones humanas sólo en escorzo postulan una delimitada

(9) W. MAIHOHER, *Recht und Sein*, 1954.

normatividad que ha de ser o debe ser completada por el legislador, sin forzarla, eso sí, pero añadiendo un extra o plus de propia creación.

2.^a Más radicalmente, también puede no tenerse en cuenta aquella postulación o exigencia; puede ignorarse, en grado diverso, esta dirección de los presupuestos materiales y, contraviniendo la mismísima naturaleza de las cosas, encauzarlas hacia fines, objetivos o intereses distintos de los solicitados por aquella realidad primordial. Se estará frente a un Derecho engañoso, ideológico o, en expresión habitual, injusto; pero Derecho. No obstante, aquí hay que señalar la entrada en un terreno resbaladizo. Es fácil denunciar la ideologización de una ley dada con la finalidad de que los ciudadanos no critiquen las actuaciones del jefe, o aquellas otras que discriminen a los distintos sexos o a las distintas razas. Ya es más difícil condenar o aprobar a las normas jurídicas que admiten el interés en el préstamo del dinero (recuérdese la tenaz o multiseccular prohibición canónica); la perplejidad es total frente a las normas del Derecho económico y laboral: ¿quid del despido libre?, ¿las nacionalizaciones de empresas energéticas?, etc. El único criterio para modular la bondad o maldad de esta normativa habrá que buscarlo en algo tan inconcreto como la oportunidad social o una mejor productividad económica.

Estas oscuridades, zona de duda y vacilación, constituyen la «misericordia» del Derecho. Porción amplia del ordenamiento jurídico tan problemática y espinosa como el mismo silencio del Derecho. Sólo un humanismo integral, la consideración del hombre como un fin mismo, en la conocida expresión de KANT, puede desvelar críticamente la sombra envolvente de la jurisdicción en estas situaciones límite que cada día se extienden más. El ajuste de la coacción jurídica a la naturaleza de las cosas o a las exigencias de las instituciones sociales es imprescindible para hacer un buen Derecho, pero también el legislador se encuentra ante un futuro que debe legalizar o ante un pasado con peso inerte y obstructor deslegalizable: ¿cómo hacer? El asunto no se plantea siquiera en aquellas «concepciones del mundo» cerradamente dogmáticas. El modelo de convivencia fascista o comunista (al comunismo estatal se le llama, creo que con gran certeza, sociofascismo) coherentemente con sus principios definitivos e inalterables, exige el ordenamiento jurídico. Las leyes se conciben como reglas imperativas dadas para educar a la sociedad según una irresistible e indiscutible pedagogía de duración ilimitada. En las comunidades sociales cuyo sistema de «creencias» es abierto —cuestionable siempre ya que «nada de lo humano le es extraño», incluido el error— la elección de los designios legales, al menos en anchos trozos de la realidad social, han de ser continuamente contrastados, a través de un riguroso cedazo crítico, con el humanismo. Se consigue así una mayor humanización o «verdad» del Derecho, pero se resquebrajan sus presupuestos de seguridad y certeza. Esta tensión entre no-ser y ser pleno es el drama permanente del sector cultural

llamado Derecho en una sociedad antidogmática y libre, con pretensiones de ser cabalmente humana.

B) PREGUNTA POR EL DERECHO

Enumerados que han sido los elementos integrantes del Derecho, he de abrir un nuevo interrogante: ¿Desde qué perspectiva debemos preguntar por lo que el Derecho sea, a fin de interpretar y aplicar con plenitud de sentido los diversos complejos sionormativos en que éste aparece atomizado? Perdida la ingenuidad filosófica del realismo gnosológico (las cosas son exactamente como las percibimos, con independencia de lugar y tiempo), se nos exige el «dar razón» de cuál sea nuestro ángulo de enfoque para abordar cualquier tipo de problema al objeto de poder comprobar si se ha hecho la pregunta adecuada y si, según la lógica de las cosas (pues las cosas son exactamente como las percibimos, con independencia y tienen su lógica, como nos enseñó ORTEGA), se ha obtenido la respuesta correcta. Otro gran fenómeno, si bien heterodoxo, ha desvelado la trascendencia de un auténtico preguntar. Si, como dice HEIDEGGER (10), todo preguntar es un buscar que lleva en cuanto «preguntar por...» su aquello de que se pregunta, sólo el preguntar verdadero ve a través de sí desde el primer momento los caracteres constituidos de la pregunta misma y, con ello, sus limitaciones indagatorias. La aceptación de esta premisa es crucial. Toda la historia de la jurisprudencia o de la ciencia del Derecho sólo se hace totalmente inteligible si se llegara a atisbar las diversas plataformas desde las que se ha partido para acotar y comprender el fenómeno jurídico.

Enfoco la pesquisa desde las instituciones. ¿Por qué desde las instituciones? La cohesión del grupo social demanda la necesidad de estructuras rígidas, si bien temporales, de comportamiento de los individuos como medio de evitar el azar y la incertidumbre entre los mismos miembros del grupo; azar o incertidumbre que haría imposible la convivencia dentro de la comunidad. Como ejemplo ilustrativo piénsese en el supuesto de que diariamente tuviésemos que inventar las maneras o formas de relacionarnos con nuestros semejantes en cualquier plano de la sociabilidad. Parece que la situación sería imposible. Independientemente de lo atractivo del adanismo, una tal actitud innovadora terminaría aniquilando al hombre.

El complejo de estas formas interhumanas de relación, llamadas instituciones, ofrece un tablado especialmente idóneo y comprensivo para enfocar el Derecho. De un lado, como dato previo de lo jurídico, constituyen una

(10) M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*. Trad. J. GAOS, 2.^a edición, 1962, 2. Estructura formal de la pregunta que interroga por el ser.

pieza esencial de la estructura del Derecho en tanto en cuanto ofrecen los perfiles estables de las relaciones sociales que han de ser asumidas por aquél. De otro, su condición de válvulas de seguridad de vida imponen un límite ontológico a los datos o fines contenidos en la proposición normativa. Esta coparticipación que el instituto tiene en el «orden vivido» (determinado por el ser) y en el «orden establecido» (plan racional de ordenación del futuro) lo hace plataforma especialmente pertinente desde la que interrogar por el ser del derecho en su totalidad. En rigor, la posición institucional, en virtud de su doble frente, permite una visión omnicomprensiva de los dos factores, naturaleza de las cosas y fines, que he señalado como jalones ónticos de los jurídicos. Expresándolo como una imagen, podríamos decir que la ubicación del instituto entre los datos previos y los datos a realizar le hace cumplir el papel de viscera de lo jurídico. Esto fue lo que intuyó SAVIGNY en 1807, aunque no pudo desarrollarlo y ni siquiera expresarlo correctamente. Siete años después, HEGEL escribió sobre el «espíritu objetivo» en su vertiente de estratificación social explicativa de las instituciones.

II. CONCEPTO DE INSTITUCIÓN

A) INSTITUCIONES SOCIALES

El esquematismo de la teoría institucional, que apuntaré brevemente, no puede hacer olvidar la otra y rica dimensión humana: la insociabilidad y el individualismo. Por mucho que el miembro del grupo esté inmerso, desde el nacimiento hasta la muerte, en las estructuras o institutos sociales, o más radicalmente en los *roles* (papeles), *status* prefijados para su proceso de «socialización», lo cierto es que su impulso prometeico de libertad le incita a saltar fuera de su propia sombra colectiva. Como ya vio el viejo humanismo liberal, hay que proteger al individuo contra el exceso de instituciones, estableciendo un equilibrio entre las pautas típicas y rígidas de comportamiento y aquellas que sean inéditas e ignaras. No basta con el margen opcional dentro del perfil normativo del instituto, hay que permitir, e incluso en muchos casos potenciar, la originalidad del quehacer humano.

Bien; señalando este marco de referencia, ya podemos abordar la concepción institucional. HENKEL (11) define a las instituciones como «aquellos productos ordenadores supraindividuales y objetivos que caracterizan en sus reglas determinados tipos de relaciones sociales humanas». Este concepto, discutible desde una perspectiva estrictamente sociológica, sintetiza las dos

(11) H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Trad. de E. GIMBERNAT ORDAIG, 1968. El Derecho y las instituciones.

exigencias más acusadas de lo definido: la tipicidad y la supraindividualidad u objetividad. Parto, pues, de esta descripción. De ella se pueden deducir las siguientes características:

1.^a Es la institución un elemento ordenador de la vida social. Efectivamente, la dimensión ontológica del hombre como ser social proyecta estructuras abstractas de relación, pero que solamente se concretizan y se hacen efectivas mediante los pertinentes cauces ordenadores marcados por las instituciones. Y así como aquellas estructuras son esenciales y por ello permanecen al ser hombre, estos canales de actuación cambian según su oportunidad, eficacia o conveniencia; o, simplemente, se rigidizan para dar entrada a nuevos comportamientos. Esta última afirmación se comprueba fácilmente en el llamado núcleo (*sic*) de la sociedad: la familia. En puridad, este caparazón institucional ha albergado dentro de sí relaciones tan diversas como la familia patriarcal, la familia agnaticia y cognaticia, etc.

2.^a Derivada de la característica anterior aparece esta doble función del instituto: asegurar que las relaciones sociales discurran uniformemente y dentro del campo señalado por las mismas (principio de estabilidad social), y dar continuidad a la vida colectiva. Mediante estas normas objetivas de relación se facilita la transmisión del precipitado acumulado de la cultura y civilización que se ha elaborado en siglos y milenios; esto es, el hegeliano «espíritu objetivo». Pero la continuidad no es sólo recepción de herencia, sino igualmente creación de nuevos valores.

3.^a La vida comunal se engarza en un continuo proceso de institucionalización. Es más, la riqueza del desarrollo colectivo puede medirse atendiendo a la cuantificación de institutos vigentes en un grupo social.

4.^a Pero no solamente quiero indicar con la característica anterior un mayor grado de vida social, sino la verdad obvia de que las instituciones no vienen dadas de una vez por todas, sino que continuamente se están creando y perfeccionando. La «institucionalidad» es una tendencia contenida en la misma sociabilidad ontológica del hombre; por eso, con una cierta dosis de exageración, podría decirse que la plenitud del proceso cultural humano es mensurable en su riqueza institucional.

1. Clases

Voy a seguir dos criterios de clasificación: por su origen y por su forma.

a) Por su origen

Quizá sea la costumbre la matriz más fecunda de los institutos. El estudio de las sociedades primitivas nos evidencia este aserto. Los individuos del

grupo habitualizan sus relaciones sociales en modelos repetitivos de comportamiento. Se hace así porque así lo han hecho los muertos. Este sentido de la tradición llega a ser tan patente que, incluso, cuando la tribu o el grupo inician una nueva vida fundando una ciudad no sólo llevan consigo los «mores» de sus antepasados, sino que inician el acotamiento del espacio enterrando los huesos de sus mayores como cimiento fundamental del poblado que se crea.

Ahora bien, si sólo existiese la costumbre, al hacer lo que los demás hicieron, la tribu no progresaría. Es necesario el Prometeo que desafiando el Cosmos divinizado y estático de la vida comunal viole los invertebrados hábitos creando otros nuevos. Los motivos de este actuar temerario aún no están muy aclarados por la Etnología, pero sean cuales fueren lo cierto es que constituyen el fermento de la evolución de la colectividad. Hoy, en nuestro momento, es evidente la detentación de estos poderes demiúrgicos por el legislador. Es más, no dejaría de ser interesante que muchas veces, antes de plasmar su decisión racional de ordenación del futuro, pensase en el carácter sacral y tremendo que tiene toda abolición o nueva orientación de lo que hemos recibido de nuestros padres.

Ahora bien, con independencia del proceso genético de las instituciones, he de constatar, el hecho de que sólo llegan a alcanzar un adecuado jalón de madurez y pervivencia aquellas que encarnen las concepciones valorativas del grupo, apareciendo así como el esquema vivo de los valores vigentes en la comunidad.

b) Por su forma

Existen instituciones que se caracterizan por estar dirigidas a reunir en un producto agrupacional a una pluralidad de personal. Son las llamadas instituciones corporativas. Ejemplos: Municipio, Universidad, Estado, etc. Se caracterizan por su estabilidad, con independencia de los individuos que aglutina, y por su rigidez organizativa. La mayoría de este tipo institucional tiene su origen en el «orden vivido» y emanan directamente de las apriorísticas estructuras de la ontológica sociabilidad del hombre. Los miembros del grupo se reúnen institucionalmente atendiendo a las más diversas pautas estratificadoras: edad, sexo, producción, etc.

Las instituciones ordenadoras o regulativas son clichés típicos de las relaciones interpersonales orientadas a facilitar el intercambio y posesión de las cosas. La compraventa, la publicidad de los derechos, etc., constituyen sus ejemplos.

B) PROCESO DE JURISDIFICACIÓN INSTITUCIONAL

1. *Significado y efectos primarios*

No todas las instituciones sociales son jurídicas. Sólo adquieren este carácter cuando estas normas de comportamiento sean convertidas en coactivamente obligatorias. Hasta este momento sólo existen unas pautas de actuación que constriñen difusamente. La moral social de cortesía o los hábitos de convivencia imponen en caso de violación de aquellas reglas la sanción. Pero esta imperatividad muchas veces es eficazmente insuficiente. El grupo social necesita la garantía de que siempre, en cualquier momento, han de ser cumplidas. La necesidad de su resultado es ratificado con la fuerza, incluso con la fuerza física. Se da plena seguridad y certeza a su observancia. Esto es, se crea Derecho. Este dato, la seguridad y la certeza es al menos, como dijimos más arriba, la carga que la «forma» del Derecho sobrepone a la simple institución social.

El significado más inmediato del Derecho hará, pues, construir un dique a la arbitrariedad y al despotismo del más fuerte, el único que puede ser arbitrario o déspota; o sea, a la ideología del poderoso. En principio, con carácter general, toda institución jurídica por el hecho de crearse desgarrará la ideología de dominación al limitar el poder absoluto de unos hombres o grupos de hombres sobre otros. En este sentido, el Derecho quizá sea el ejemplo más notorio que se nos ofrece en la historia de la cultura de lucha contra la ideología del mando. Explicitemos esta aserción:

Es verdad que existen parcelas jurídicas que en virtud de su permanencia institucional son escasamente permeables a su ideologización. La justicia conmutativa (regulación de las relaciones entre iguales), inspiradora del Derecho Privado, dentro de su ámbito ofrece escaso índice de problematización cuando reglamenta las relaciones sociales más primarias e inmediatas entre los hombres (cambiar cosas, tener hijos legítimos, heredar, etc.). Frente a éstas, los iusprivatistas cumplen las leyes o costumbres supliendo las lagunas con reconocidas «analogías», *opinio iuris*, «tradición», etc. El depósito o la compraventa son instituciones vetustas definitivamente terminadas, sin más alteraciones que en ligeros matices; la *stipulatio* romana pervive sustancialmente idéntica en cualquier momento cultural, aun el más desgarrado.

Pero no todo el Derecho es este ámbito nuclear del Derecho Privado. Con independencia de las complejidades que adquieren algunos institutos jurídicos privados, donde ya sí es rastreable el ocultamiento ideológico de dominación (por ejemplo: la propiedad vinculada a una familia, el arrendamiento de servicios, etc.); previamente, con radical primacía, está en la cúspide del Derecho la justicia distributiva. En un último análisis, desbrozando una agobiante hojarasca retórica acumulada durante milenios, el Derecho aparece como una

estructura de distribución implicadora, en su fondo más profundo, de un sistema de poder. Es decir, el ser jurídico se conforma con y en la fuerza. Al final de la norma de Derecho, sea legal, sea consuetudinario, siempre encontramos una última instancia de decisión volitiva. Un autor tan poco sospechoso de pertenecer a la escuela del positivismo sociológico como RADBRUCH afirma: «La justicia igualitaria es justicia entre equiparados; presupone, pues, un acto de la justicia distributiva que haya otorgado a los partícipes la misma equiparación, la misma capacidad de relaciones, el mismo *status*» (12). Afirmación que implícitamente postula al distribuidor, pero no a un distribuidor cualquiera, sino a aquel que esté investido con todos los atributos de la potestad para velar por el cumplimiento, el respeto y la fijeza de aquello que ha dado. Y como se recordará, la *potestas*, al contrario que la *autoritas*, es poder, fuerza, capacidad de coacción. Por ello, siempre, aun los que cultivan en el huerto tranquilo de las relaciones entre iguales (Derecho Privado), tenemos que acudir ineludiblemente a aquel potente arbitro, ocupador con carácter de necesidad del vértice superior del triángulo formado por la gran virtud de la justicia distributiva (dar a cada uno lo suyo) para que nos diga qué es lo de cada cual. En rigor, nadie puede lesionar los derechos de otro (*nerminen laedere* de ULPIANO); pero, primera y elemental pregunta: ¿quién determina cuáles son esos derechos y quién el que valora a los relacionados como iguales? También desde el contrato de depósito, de sociedad o compraventa, el Derecho Privado en suma, hemos de referirnos a lo jurídico, esto es, la fuerza. Y como ésta es necesaria, esencialmente necesaria, mi remisión es un enfrentamiento con el problema de la legitimación del poder. Ya que no se puede prescindir del mismo, hemos de encontrar la razón que justifique su titularidad. Estamos ante la ardua cuestión, sometida a las ideologías más crudas, de la legitimación, o más concretamente ante la legitimación del poder político. Aquí, en este reducto de fuerza, está el centro ordinal del Derecho.

Tres momentos clave en el desgarramiento del velo ideológico quizá aclaren la dialéctica operacional del Derecho una vez basamentado en la ética humanista, lo cual, como se verá en otro capítulo, no ocurre siempre. Escuetamente, me voy a referir a las Doce Tablas y a la democracia. La Declaración Universal de Derechos Humanos la estudio en el capítulo III.

1.1. Las Doce Tablas

Las Doce Tablas son el primer código de Derecho que reconoce nuestra cultura matriz, la grecorromana. Fue una laboriosa conquista de los plebeyos al poder omnímodo de los patricios romanos. Marcaron para la posteridad dos de

(12) G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* (no consta traductor), 4.^a edición, 1959.

los principios intangibles del Derecho justo: la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Antes de este texto (años 451 a 450 a.C.), prácticamente no existía en Roma derecho escrito. La normativa jurídica se acumulaba en la tradición consuetudinaria guardada por el Colegio de los Pontífices, con el matiz de que los depositarios e intérpretes de esta tradición eran sólo la clase social patricia. La vida jurídica del pueblo dependía del criterio arbitrario de los poderosos. Una vez arrancada la legalidad a esta clase, las Doce Tablas, escrita sobre bronce, se fijaron en el Fórum de Roma y fueron aprendidas por todos los romanos con el carácter apremiante de uno de sus primeros ejercicios escolares. Promulgadas éstas, los cónsules y demás magistrados han de seguir en su actuación pública las formalidades y reglas del Derecho escrito; la congruencia de la Justicia administrada con la ley puede ser comprobada por cualquier ciudadano; por último, la ley es común e igual para todos. Un paso final aún quedaba. La igualdad de todos, los patricios y plebeyos, ante la ley ya está conseguida mediante la publicación del Código común; sin embargo, sólo los pontífices, la clase patricia, reconocía los secretos de las listas de los días fastos (únicos en que la justicia podía administrarse) y nefastos, las fórmulas procesales, las *legis actiones*, las carminas o formularios para los negocios privados. Esta laguna, que mantenía tanta desigualdad jurídica a favor de los poderosos, sólo se llegó a colmar a finales del siglo rv a.C., durante la célebre censura de Apio Claudio (años 312 a 308). Un escriba de los ediles cúrales, Cneo Flavio, posiblemente antiguo secretario de Apio Claudio, publicó los formularios procesales. Pocos años después, el primer *pontifex maximus* plebeyo, Tiberio Coruncanio (Cónsul el año 280 a.C.), fundó una asesoría pública donde todos podían aprender los métodos de aplicación del Derecho, hasta ese momento tan celosamente guardados por los pontífices: «Ciertamente, de cuantos alcanzaron esta ciencia (la ciencia del Derecho Civil) se dice que nadie la profesó públicamente antes de Tiberio Coruncanio, pues todos los que le precedieron procuraban mantener el Derecho Civil como un secreto y sólo atendían a las consultas que se le hacían, pero no a enseñar a los que deseaban aprender» (*Digesto*, 1.2.35; inciso último).

1.2. La democracia

Una concisa definición de la democracia habrá de darse sobre estos dos pilares: los derechos fundamentales son derechos de todos los hombres; el pueblo, mediante sus representantes, se gobierna a sí mismo. La primera fórmula compendia, junto al principio de la igualdad de los hombres todos ante el Derecho, el reconocimiento de la existencia de un complejo de derechos fundamentales e inalienables del hombre anteriores al Estado y no sometidos a su arbitrio. La primera democracia dieciochesca, pese a su direc-

ción profundamente revolucionaria, puso en estos derechos fundamentales límites a la soberanía popular.

La segunda prescripción afecta al origen mismo del Derecho, a la legitimidad del detentador de la Justicia distributiva. Esta legislación se funda en el equilibrio racionalizante de la limitación del poder. La legitimidad es la razón y la voluntad del pueblo. Este elige a los gobernantes periódicamente, critica su actuación política y salvaguarda su soberanía, además de con la infranqueable barrera de los derechos inviolables, dividiendo para su auto-control el poder del Estado (la división de poderes de MONTESQUIEU). LOS criterios de distribución y de tratamiento a los distribuidos, en suma el Derecho, no está encomendado ni a caudillos ni a teócratas o representantes de Dios, sino a las mismas personas entre las que se distribuyen y se relacionan.

El teorema formalmente es perfecto. Materialmente exige un alto talante moral: la vivencia existencial de que todos los hombres, libres e iguales, son un fin en sí mismos; de que no hay «enemigos» políticos, sino adversarios (respeto a las minorías); de que en el Estado estamos todos y, por tanto, su hacer es un quehacer común. Conseguir este *pathos* democrático, sin embargo, es difícil. La propaganda engañosa, la utilización fraudulenta de los medios de persuasión social, el adueñarse del voto a base de añagazas; en fin, la demagogia, no sólo hay que vivirla con magnitud ética, sino previamente conquistarla y defenderla. El control por todos de la vida jurídico-social ha de ser efectivo y pleno. Las ametralladoras, la *potestas*, es igualmente necesaria en los regímenes democráticos. Sólo el utopismo o ideologismo ácrata, desde su antropología optimista, puede pensar en una sociedad sin policías y sin cárceles.

2. Momentos de jurisdificación

Cuáles sean los momentos de jurisdificación de las instituciones sociales es cuestión discutida. En una primera aproximación pueden señalarse los siguientes aladaños:

a) La institución social es tan importante para la comunidad que se hace necesario el investir su normativa de la coactividad propia del Derecho. El contestar al cuándo se produce esta necesidad constituye, o debería constituir, un capítulo cardinal de la ciencia histórica del Derecho. Aquí basta recordar un ejemplo especialmente esclarecedor: el préstamo mutuo, uno de los supuestos contados por M. WEBER (13): Originariamente, el préstamo sólo existía entre «hermanos», concibiéndose como forma de ayuda en caso de necesidad, no dando lugar al pago de intereses. El préstamo a favor de persona

(13) MAX WEBER, *Economía y sociedad citada*.

extraña a la asociación confraternal, que sí permitía el cobro de intereses, sin embargo no se hallaba garantizado por ninguna acción jurídica procesal. El acreedor no tenía a su disposición sino procedimientos de orden mágico, harto curiosos para nuestra mentalidad. En China, el prestamista amenazaba con suicidarse y, eventualmente, cumplía su amenaza con el propósito de que su espectro perseguiría al deudor. En la India, el acreedor se sentaba frente a la casa del deudor, dejaba de comer o se ahorcaba allí mismo; de este modo su clan estaba obligado a vengarlo por entenderse que había sido asesinado por el deudor. Sobre estas bases intelectuales hubo de forjarse, aunque a través de un complicado desarrollo, una protección jurídica efectiva del acreedor o prestamista. Se observa y comprueba, pues, con la relación social del préstamo, en principio garantizado mediante la magia, la probidad, etc., que termina por ser coactivamente exigida.

b) El núcleo central del instituto social se encuentra, en cierta medida, en período de génesis. Aún no se ha encontrado la estructura típica que canalice las relaciones interpersonales dentro del grupo. Se están ensayando varias. El legislador lo resuelve optando en exclusiva por una de ellas. La elección de los diversos sistemas de publicación de las titularidades sobre los bienes constituye uno de los ejemplos más clarificadores. En rigor, la sociedad exige que la red de facultades ostentadas por el sujeto de derecho sobre las cosas sea conocido por todos. Este interés no sólo radica en los demás miembros de la comunidad, ni siquiera en las personas que estén interesadas en traficar con las cosas, sino ante todo en el órgano director de la comunidad, en nuestra situación actual, el Estado, especial sujeto interesado en conocer la capacidad económica de sus ciudadanos para distribuir equitativamente la exigencia de sus ingresos. Por esto no puede aceptarse, en buenos principios, la tesis de LATARSE, LACRUZ (14), AMORÓS (15), etc., de que la institución de la publicidad de los derechos sobre inmuebles a través del Registro de la Propiedad sea artificial. No. El legislador no es el artista que modela a su gusto la masa informe de situaciones sociales que preconizan su publicación. Esta ya viene preformada desde el núcleo institucional; si bien no impone absoluta y rígidamente cuál haya de ser su normativa, ofrece

(14) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBUDILLA, *Derecho inmobiliario registral*, 1978.

(15) M. AMORÓS GUARDIOLA, *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, 1967. En este excelente trabajo se inscribe el Derecho sobre la publicidad, el relativo al Registro de la Propiedad, bajo la rúbrica de Derecho formal. («El Registro de la Propiedad es un instrumento técnico, artificio de orden formal, no natural, creado por los hombres para garantizar la seguridad en las transacciones jurídicas»). Esta tesis formalista y autonomista del Derecho inmobiliario registral, exagerada a mi entender, ha influido por su gran parte de la doctrina hipotecarista. Así LACRUZ, *op. cit.* También este enfoque formalista resuena en el espléndido trabajo de R. ARNAIZ EGUREN, *Faltas subsanables y faltas insubsanables*, en prensa.

varias soluciones al creador de las normas jurídicas. El abanico electivo del caso anterior simplemente se ha ampliado.

c) Hay supuestos de convergencias de comportamiento que, por los motivos más varios, no han sido aprehendidos ni canalizados por las instituciones. Se siente la necesidad de las mismas, pero la sociedad no acierta, ni siquiera, a dibujar su bosquejo o esbozo. Entonces el poder público ha de ensayar unos esquemas sociales de comportamiento, naciendo así institutos de cuño exclusivamente legislativo. Situación difícil: no ya sólo se pide una opción como en el caso anterior, sino una creación con todos sus riesgos. El poder normativo del Estado ha de realizar la difícil labor de ser artífice y producir, en su dimensión utilitaria, una obra de arte. Hoy pueden parecer triviales los institutos jurídicos que canalizan sobre las cosas facultades limitadas y concretas desmembradas del poder potencialmente pleno que es el dominio: usufructo, servidumbre, uso y habitación; o los que ahorman específicos y tangibles derechos sobre los bienes sin tener contacto posesorio alguno: hipoteca, prenda. Pero *in fieri*, en el momento genésico de su plastificación normativa muestran fructíferas «respuestas» provocadas por las difusas situaciones de hecho. Como variedad de estos institutos la jurisprudencia en sentido amplio, siguiendo un largo proceso discursivo, también nos ofrece está inmanentemente abocado a un proceso de institucionalización. En las lagunas legales y cláusulas normativas generales se van desarrollando principios generales jurídicos que la jurisprudencia hace patentes en la descripción del sistema del Derecho; luego, después de vacilaciones, retrocesos y avances, termina decantándose en instituciones jurídicas. Los ejemplos son varios: teoría del abuso del Derecho, la empresa como unidad jurídica, la culpa *incontraendo*, etc.

3. Instancias jurisdicadoras

¿Quién es el sujeto, la instancia social, que da coloración tan enérgica a la institución social para convertirla en jurídica? Dos posiciones se mantienen al respecto:

FRANCISCO CARNELUTTI proclamaba a los juristas africanos reunidos en el Congreso de Venecia de 1963, bajo el lema «Del Derecho tradicional africano al Derecho moderno»: «No es dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin Jueces» (16). Esta idea es hoy bastante común. Efectivamente, el Estado

(16) F. CARNELUTTI, *Revista de Occidente*, núm. 10 (enero 1964). Continúa el ilustre jurista: «El hecho de que en la escena europea, o mejor en la Europa continental, la figura del legislador haya sobrepujado a la del juez es uno de nuestros más graves yerros».

arbitra órganos investidos de poder para definir y sancionar las conductas jurídicas institucionalizadas o para decir incontestablemente la regla aplicable a una determinada situación, considerando a aquellas reglas como simples pautas o pistas de solución de conflictos, en la expresiva frase de DÍEZ-PICAZO (17). La sentencia judicial con independencia y sobre su obligatoriedad en el supuesto concreto que decide, tiene una especial cualidad creadora: señala los mojones-guías a seguir en el cumplimiento espontáneo e institucional del Derecho. Los ciudadanos orientan su quehacer jurídico sobre el calco normativo fijado o que presuntivamente vaya a fijar la jurisdicción. «Lo que entiendo por Derecho —apuntaba el Juez HOLMES (18)— son profecías sobre lo que van a fallar los Tribunales de Justicia en los testamentos, contratos, Registros de la Propiedad y Mercantiles, estatutos de las sociedades mercantiles, etc.: aquél siempre tiene que contar con éste». «Así—observa D'ORS (19)—, toda la vida jurídica se acomoda a la conducta judicial. Los Notarios, los Registradores, los negociantes, los bandidos, los testadores, los que constituyen las dotes o hacen fundaciones, todos ponen, más o menos conscientemente, la mira de su conducta en la probable conducta judicial. A esta actitud se la puede llamar judicialista».

Por el contrario, la opinión más antigua, prescindiendo de explicaciones sobre derechos arcaicos y primitivos, entiende que el complejo normativo en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico, en cuanto canon obligatorio de control y encauzamiento social, ha o tiene la vigorosa pretensión de ser cumplido lo más literal y exactamente posible. El Estado crea un cuerpo de funcionarios con esta única finalidad. En cualquier régimen político, sea democrático o totalitario, el pueblo, a través de sus representantes o el dictador, no consiente que su voluntad sea incumplida o sustituida por una organización profesional por muy importante que ésta sea. Si las sentencias judiciales —sistemas de precedentes anglosajón, opinión de los jurisconsultos, el «Concilio princeps» de la Roma imperial...— constituyen el marco normativo a aplicar es porque el pueblo, el poder del Estado, los inviste de esta fuerza; pero en cualquier momento las puede abrogar reemplazándolas por su voluntad: el Parlamento del Reino Unido, en conocida frase, puede hacerlo todo menos cambiar a un hombre en mujer o a una mujer en un hombre. (Claro, eso era en el s. XK; hoy también es posible). En conclusión, el legislador es el potente, no el Juez, servidor de aquél. Elocuentemente, la decimonónica Ley Orgánica del Poder Judicial española, con paralelismo en

(17) L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1973. Interesante libro, lleno de interrogaciones y de remisiones a los más cordiales campos de la cultura: Religión, Mitología, Lingüística. Serio intento de ensamblar al Derecho en el complejo coherente de un sistema de «respuestas» a los «retos» de la vida histórica.

(18) O. W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, 1920.

(19) A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 1963.

toda la Europa Continental, dispone que la función de los Jueces y Tribunales es «aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Para mitigar este rígido legalismo se aduce, especialmente por D'ORS (20), que la ley es «una condensación de sentencias judiciales-doctrina de los Tribunales». Aunque esta aseveración paliativa tenga su gran parte de verdad, lo cierto es que no debe extrapolarse desde su campo más propio, el Derecho Privado común, a todo el Derecho en su generalidad, comprensivo de parcelas jurídicas tan legalizadas como el Derecho administrativo, el político o constitucional, parte del Derecho Mercantil, etc. Cautamente, el gran estudioso de nuestra jurisprudencia civil, Díez-PICAZO (21), señala: «No creo que todo el Derecho pueda reducirse a una serie de casos ya decididos que actúan como directrices de los casos venideros». Así es; los juristas, en particular los Jueces, coadyuvan a la formación y aplicación del Derecho, ni siquiera el factor esencial. A la «materia» de lo jurídico (la naturaleza de las cosas o las instituciones sociales) les señala un objetivo, adecuado o inadecuado, eso es otra cuestión: el personaje legislador. Ahora bien, esta activa primogenitura no excluye a los necesarios segundones, simplemente los coloca en su correspondiente lugar derivado o de comparsas; si bien algunas veces, en el Derecho Privado concretamente, la obra jurídica teatral insista en el protagonismo de los lugartenientes.

ni. CONCEPTO JURÍDICO DE INSTITUCIÓN

A) UTILIZACIÓN CIENTÍFICA DE LA EXPRESIÓN INSTITUCIÓN O INSTITUTO JURÍDICO

Uno de los conceptos más empleados en la literatura jurídica es el término institución. Sin embargo, su significado o alcance es asaz multívoco. En el campo del Derecho Público existe toda una escolástica que explica el Derecho organizativo a base de las instituciones (HAURIOU, RENARD, SANTI ROMANO, etc.). Los privatistas nos hablan con gran laconismo de instituciones civiles o mercantiles o, más particularmente, de institución de heredero, de Registro de la Propiedad, de las instituciones bancarias o de crédito. Y así como en la rama del Derecho Público existe una cierta coherencia significativa del término, en el ámbito del Derecho Privado nos encontramos con frases excesivamente esquemáticas como la de DE CASTRO: «La institución jurídica es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad...

(20) A. D'ORS, *Papeles del oficio universitario*, 1961, en cap. XVIII. Para una interpretación realista del artículo 6 del Código Civil español.

(21) L. Díez-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, tomo I, 1966.

La inclusión o exclusión de una figura jurídica como institucional tiene un valor político primario, pues significa un cambio en la composición de la verdadera constitución de un pueblo»; o con indicaciones tan amplias que nos la hacen incontrolable para la teoría jurídica, así IHERING (22), cuando nos dice que «las diversas relaciones jurídicas se reúnen en derredor de las grandes unidades o instituciones jurídicas que forman el esqueleto del Derecho». Por todo ello me parece más discreto exponer en síntesis la distinta evolución por la que ha atravesado el concepto.

1. *Derecho romano*

La generalidad de la doctrina romanista entiende la institución como los diversos capítulos en que se expone el Derecho romano en sus características elementales para la finalidad didáctica. Las instituciones no pasan de ser figuras jurídicas sistemáticamente ordenadas al objeto de conseguir su exposición y explicación a los alumnos de Derecho. Esta significación, consagrada por la tradición escolar universitaria, nos adentra en el sentido genuino de nuestra expresión. Claro es, también los romanistas han apuntado una dirección más sustancial. GROSSO (23) señala que el Derecho no sólo es un conjunto de normas, sino que también es un complejo institucional, entendidas éstas como la realidad misma ordenada por las normas. Posición en verdad fecunda, cuyos ecos resonarán después cuando fije mi punto de vista. Una orientación sustancial pero constreñida a la denotación que el término instituto ha alcanzado en el ámbito de Derecho Público está señalada por D'ORS (24), el cual, después de indicar el carácter didáctico de las instituciones, advierte que de este término deriva «otra acepción más estricta... en el sentido de entes cuya estructura y función no dependen de la autonomía privada, como son las corporaciones públicas y también el matrimonio (aunque se funda en un convenio contractual)».

En todo caso, el Derecho romano no llega a elaborar el concepto de instituto. La interpretación romanística que he llamado sustancial (GROSSO, D'ORS), indudablemente no tiene base en la jurisprudencia romana; son o bien un enfoque sobre el Derecho (GROSSO) o bien una evolución semántica de la palabra (D'ORS).

(22) R. VON IHERING, abreviatura de *El espíritu del Derecho romano*. Trad. de F. VELA, 2.^a edición, 1962.

(23) GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 3.^a edición, 1965.

(24) A. D'ORS, *Derecho Privado romano*, 1968.

2. *Positivismo legal*

Congruente con su propia dialéctica, la corriente científica llamada de positivismo legal considera a las instituciones como el conjunto de normas o reglas atinentes a una determinada materia. Al colocarse el acento en el complejo regulativo pierde el instituto cualquier contenido sociológico, quedando reducida la aportación positivista a una exposición sistemática y clara de los diversos conjuntos de normas sobre las varias relaciones de la vida. Lo que no es poco. No existe, en general, una norma jurídica individual por sí sola, sino sólo normas jurídicas que tienen validez en su conexión. El acceso o comprensión de un instituto jurídico queda facilitado cuando la ley, por una exigencia de claridad y orden, agrupa las normas referentes al mismo. No olvidemos que en la institución se conjugan un elemento básico, realidad social, con el elemento regulador. También es importante que los fines consignados en las proposiciones normativas aparezcan con todo su sentido teleológico. Por todo ello, el conocimiento que del Derecho tiene este tipo de positivismo peca de incompleto y oscuro. Es incompleto porque, desde su legalismo totalista, olvida la riquísima realidad social, sólo parcialmente aprehendida en el «supuesto de hecho» (*Tatbestand*, dicen los alemanes de la norma). Lo que está fuera de esta hipótesis normativa es ignorado. Al asir de la institución social sólo un esqueto esquema estereotipado, considerando sólo a éste como lo jurídico, renuncia al dinamismo operativo que la realidad normada ofrece. El instituto jurisdiccionado queda herméticamente encerrado en el rígido perfil dibujado por la ley. Desde esta dirección institucional, el flanco más vulnerable del positivismo legalista está en su permanente divorcio con la vida social. La excesiva generalización y selección de los conceptos legales, los únicos válidos para esta visión positivista del Derecho, los separa del mundo, convirtiéndolos, a lo más, en su oscuro reflejo.

3. *Savigny*

Fue FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, el KANT de la ciencia jurídica, quien elevó la institución a concepto ordinal del Derecho Privado. En efecto, nos dice (25): La institución jurídica tiene por objeto típicas relaciones de la vida, que al estar conformadas por reglas o normas jurídicamente vinculantes se convierten en «institutos jurídicos» —por ejemplo, matrimonio, tutela, compraventa, etc.—. Verdaderos hitos conductores en toda metodología del De-

(25) M. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*. Trad. de J. MESÍA y M. POLEY. Prólogo de M. DURAN Y BAS, s.f., 2.ª edición.

recho. El instituto jurídico «es un todo —cambiante en el tiempo y pleno de sentido— de relaciones humanas concebidas típicamente que, como tal, no pueden ser nunca acabadamente expuestas mediante la reunión de las reglas individuales a él referidas. No son las reglas jurídicas reunidas las que dan como resultado el instituto jurídico; al contrario, las reglas jurídicas se desprenden sólo mediante una abstracción, mediante un proceso artificial de la contemplación total de los institutos jurídicos considerados en su conexión orgánica..., ya que todas las instituciones de Derecho forman un vasto sistema y la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia.

En definitiva, a dos puntos centrales puede reducirse el pensamiento institucional de SAVIGNY:

A) La necesidad de un sistema para que la institución pueda ser plenamente aprehendida. Ahora bien, así como la pandectística tenía un concepto preciso de lo que el sistema fuere y pacíficamente admitía el aserto de SAVIGNY, hoy el sentido de sistema tiene unas dimensiones explicativas distintas; incluso en el campo metodológico ha sido rechazado como válido para la jurisprudencia por un importante sector de la doctrina. Todo esto me obliga a detenerme en el análisis de lo que sea el sistema:

a) SAVIGNY parte al hablarnos de sistema del subsuelo filosófico del idealismo alemán, luego precisado por HEGEL en el prefacio de su *Fenomenología del espíritu*: «La verdadera figura dentro de la cual existe la verdad no puede ser sino el sistema científico de esa verdad». La verdad sería, pues, solamente la articulación de cada cosa en el todo y el todo mismo que expresa el sistema de esta articulación. La angostura de esta tesis está claramente evidenciada en la reducción de esta articulación a una unidad lógico-formal. Un sistema lógico-formal consiste en una serie de proposiciones dispuestas en tal forma que dé alguna de esas proposiciones con ayuda de ciertas reglas de inferencia.

b) VIEHWEG (26) afirma: «Las ciencias y todo lo que tiene algo que ver con ellas se producen cuando surgen problemas de un determinado tipo que postulan unos determinados medios para su solución (MAX WEBER, citado por VIEHWEG); pero —continúa el último autor— mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos, seguros y efectivamente fecundos en su campo, ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo... En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia». En idéntico sentido observa: «Si todo el pensar jurídico está orientado a problemas..., ello conduce a una pluralidad de sistemas, sin demostrar su compatibilidad en base a un amplio sistema».

(26) T. VIEHWEG, *Tópico y jurisprudencia*. Prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Trad. de L. Díez-PICAZO, 1964.

4. *Mi posición*

Estoy cerca de SAVIGNY y totalmente ajeno a VIEHWEG. La intuición hegeliana fundamental de que la verdad es esencialmente sistemática y que la realidad y verdad de cada parte solamente tiene sentido en virtud de su referencia e inserción en el todo ha de considerarse como un hallazgo inestimable para la teoría del conocimiento. Y no se crea, como parece creer VIEHWEG, en la aceptación de esta enunciación improblemática de la filosofía o la ciencia. La teoría no surge en virtud de deseos gratuitos de contemplar el mundo (ARISTÓTELES), sino de la apremiante necesidad de explicarnos y controlar los obstáculos del no-yo (FICHTE); es decir, de las oposiciones contradictorias de nuestra incardinación en la realidad, esto es, de los problemas. A esta luz, NICOLAI HATMANN examina la historia de la filosofía considerando dos direcciones principales, no excluyentes sino complementarias: la problemática y la sistemática. La primera abarca los esfuerzos encaminados a la dilucidación y aclaración de los problemas. La segunda, la edificación de grandes construcciones utilitarias que son al mismo tiempo profundización de problemas. Tanto en un caso como en otro el pensador verifica la certeza de sus resultados según un procedimiento lógico, pero, entiéndase bien, la lógica no es sólo la lógica formal derivada de PARMÉNIDES, sino que junto a ella existe una lógica material, empírica, de lo razonable; en definitiva, de las cosas. En todo caso, al hablar de lógica hay que suscribir la afirmación de FERRATER MORA (27): «Aun suponiendo que la lógica no diga nada sobre la realidad, es menester admitir que nada sobre la realidad puede ser enunciado sin que se halle en su base el vocabulario lógico». Las proposiciones lógicas no expresan lo real, sino ciertos modos de ordenación de la realidad que se manifiestan en los lenguajes informativos de las ciencias.

Llegamos aquí a una etapa razonadamente segura. La existencia de sistema no exige la utilización exclusiva de un tipo de lógica, la llamada lógica formal. «El hecho social —señala ENGLISH (28)— de que el método axiomático-deductivo (lógica aristotélica) no puede realizarse en la jurisprudencia no implica de ninguna manera el abandono de la idea del sistema, único instrumento de aprehender el orden jurídico en cuanto producto del espíritu humano». Dentro de esta misma línea discusiva apunta COING (29): «El Derecho posee una unidad natural, un sistema, que descansa en dos momentos:

(27) J. FERRATER MORA, *op. cit.* Voz lógica.

(28) A. ENGLISH, cit. por K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*. Trad. de E. GIMBERNAT ORDAIG, 1966.

(29) H. COING, *Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*. Trad. de R. S. HARTMANN y J. L. GONZÁLEZ, *Cuadernos*, núm. 1, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, 1959.

1.º Todo Derecho se basa en ciertas ideas valorativas que constituyen una conexión histórica en sí misma y que, como espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del Derecho, forman una totalidad histórica concreta.

2.º El Derecho penetra y obra en una conexión que muestra ella misma una cierta articulación natural en ámbitos y fenómenos vitales, con cierta legalidad propia... Establecer este sistema no es una cuestión de mera estilística jurídica o de orden formal, sino que se encuentra más bien en la esencia de la jurisprudencia.

En definitiva, y como resumen, afirmo la existencia de cierta conexión entre las reglas jurídicas individuales por el hecho ineludible de que estas reglas se refieren a un determinado grupo de fenómenos de la vida social. Negar el sistema implicaría negar no sólo la ordenación estructural del Derecho, sino también la comprensión y consiguiente orientación de la sociedad en cuanto dato previo a toda regulación jurídica. Es evidente que las normas jurídicas aisladas se agrupan y traban al objeto de reglamentar trozos concretos de la realidad (piénsese en las pluralidades normativas enlazadas, indicadoras y coordinadoras de fenómenos sociales tales como el matrimonio, la patria potestad o la compraventa). También he de admitir la jerarquización gneosológica de tales grupos o conjuntos de normas al objeto de poder hacer efectiva la idea que del Derecho se tenga (realizar la justicia, dar seguridad a las relaciones humanas, etc.). Esta jerarquización creo que aparecerá clara con un ejemplo, partamos de la tesis iusnalista de que el Derecho es una obra humana que apunta a la realización de unos valores específicos (la justicia, la seguridad, la eficacia); cualquier situación ha de ser resuelta atendiendo a estos valores, empezando por la justicia; en el supuesto de no existir problema conflictivo atinente a la misma, habremos de resolver la cuestión según el siguiente escalón antes dicho, esto es, según el criterio de la seguridad jurídica; y así sucesivamente.

B) COORDINACIÓN ENTRE LA REALIDAD SOCIAL Y NORMA

En la expresión instituto jurídico —dice LARENZ (30) comentando el pensamiento institucional de SAVIGNY— es perceptible tanto la referencia al sentido determinado de este instituto a la idea jurídica que ahí se expresa como a su realidad social. Es decir, la institución aglutina, por un lado, a una parte coherente y sistemática de la realidad social, y por otro aspecto viene dada, según SAVIGNY, por exigirle así de manera ineludible la misma proyección de lo normado. En rigor, creo, en contra de SAVIGNY, que este aserto sobre la

(30) K. LARENZ, ob. cit.

plena correspondencia entre lo que la «materia» (supuestos de la vida real) exige y los fines prefijados por el legislador no puede admitirse en su totalidad. Los objetivos a conseguir por el distribuidor pueden estar, de hecho lo están en multitud de casos, dirigidos por una «razón material» o ética distinta y aun contradictoria de la querida o postulada por el grupo social. Veamos:

El sector o corte de la realidad, pleno de sentido, exige para su ordenación social una adecuada normatividad jurídica que lo acote como parte inteligible y autónoma del Derecho. Pero, obsérvese bien, no es lícito confundir «infraestructura social» con la «supraestructura ordenadora». De todos es conocido el tópico de la imposibilidad de contener la reglamentación total de la vida social en las normas jurídicas. En segundo lugar, no sólo hay que señalar esta insuficiencia normativa, sino subrayar también la posibilidad de una desvinculación entre la realidad y la norma. Como ya vio MAX WEBER, son distintas, incluso conceptualmente distintas, la Dogmática jurídica y la Sociología jurídica. La Dogmática, según este autor, formula el sentido intrínseco de una norma o ley, determina su relación coherente con otras leyes o con el conjunto del ordenamiento jurídico. La Sociología jurídica estudia, a su vez, el comportamiento de los miembros del grupo respecto de las leyes, orientándose en captar en qué medida se observan las reglas del Derecho y cómo las personas determinan sus conductas según tales reglas. La parte de Derecho normado no va necesariamente acompañada de la conformidad de los comportamientos de los individuos con la validez de aquellas normas. Cabe una radical transformación social —paso de un capitalismo clásico a un socialismo utópico, por ejemplo—, sin que exista una sustancial modificación de las normas legales. Todo ello trae como consecuencia, según esta posición del ilustre sociólogo, la necesidad del estudio dual del Derecho: las relaciones sociales tipificadas por normas jurídicas como supuestos de hecho han de ser examinadas con relativa independencia de aquéllas. Evidentemente, la experiencia jurídica diaria nos muestra que si bien suele existir una tendencia al encaje perfecto entre las manifestaciones sociales y su jurisdicción, no siempre ocurre así. Hay leyes que no se aplican (piénsese en la magra virtualidad operativa de los preceptos contenidos en el Código Civil sobre la dote) y en situaciones sociales de vida independiente y aún contradictoria con la normativa legal (por ejemplo, la Ley del Suelo de 1956, de tan amplias y buenas posibilidades).

¿Cómo es posible este previsible divorcio? La cuestión es asaz escandalosa en los actuales regímenes políticos, con pretensiones de monopolizar tanto la creación del Derecho como la de exigir ineludiblemente su cumplimiento. Bien es verdad que la mayoría de las veces este desajuste es sencillamente consentido o querido por el legislador. Se legisla para que las proclamas normativas exclusivamente resuenen retóricas y huecas. De hecho, en

el plano práctico del cumplimiento de las leyes se suspende voluntariamente su coactiva aplicabilidad.

Por último, es conocido de todos la canalización forzosa de comportamiento social hacia términos ajenos a sus sentimientos más cordiales. La directa fuerza persuasiva de las ametralladoras y la indirecta, aunque no menos segura, de la propaganda consiguen el cumplimiento sin fisuras de lo programado por el mando. Sobre esta materia tenemos los españoles una larga experiencia.

Sin embargo, algunas veces, escasas por cierto, la misma institución social repele los fines propuestos coactivamente por el legislador. Exagerada pero consoladoramente, escribe H. STOLL (31): «Pero si al legislador le pasa desapercibida la naturaleza de las cosas o la desprecia y cree que es lícito conformar al mundo según sus deseos, pronto comprobará la verdad de la máxima horaciana: *narwrn expellas furca tamen usque recurret*». Las ideología sobrestimadoras de la fuerza de las ideas y subestimadoras de la profunda influencia de las estructuras institucionales de la sociedad dan normas para ordenar, según planes imperativos, al futuro de la convivencia social, muchas veces olvidando o marginando lo querido por el grupo social. Elaboremos abstractos diseños de comportamiento para la vida social, se piensa, y así haremos un mundo según aquellos modelos racionales. La proposición discursiva es correcta, pero opera en el vacío. En rigor, no hay mente abstracta; y la racionalidad sólo es razón crítica, razón verdadera, cuando se atiene e impregna del mundo, de las cosas. La razón abstracta desconectada de lo real es una razón engañosa, falsa o ideológica, al estar remodelando sobre una apariencia, inauténtica en cuanto ficción, de la realidad: el histrionismo bufo del arbitrista y del dictador. El hierático juicio contenido en la regla ha de ser interpretado, es decir, entendido, según criterios no homogéneos de materialidad social, para después ser aplicados, es decir, realizados, plasmados en una concreta comunidad humana no siempre recepticia a incorporar órdenes y valoraciones sobre sus comportamientos. La fecundidad normativa del legislador se presenta, en multitud de casos, como un reguero de frutos estériles.

FRANCISCO MESA MARTÍN
Registrador de la Propiedad

(31) H. STOLL, cit. por LARENZ.