

Instituciones y normas.
Sociedad global y filosofía del derecho

Fabio Caramelli

Traducción de Juan-Ramón Capella

E D I T O R I A L T R O T A

referido el sistema social. La autorreferencia, en suma, debe ser instituida en su paso de lo biológico a lo social. Y esta institución asume inmediatamente un carácter normativo, que va más allá de la transmisión del código cognitivo a través de la evolución de la especie. Esta última dota de un código de comportamiento a todo organismo, código que, en el plano meramente biológico, «es contextualmente normativo y cognitivo al tener como fin el imperativo de la meta supervivencia y reproducción. Normatividad y cognitivdad se hallan, en todo ser vivo, estrechamente correlacionadas y condicionadas recíprocamente al mantenimiento de la identidad funcional del organismo. Por eso la producción en el ambiente de un acontecimiento no previsto —el azar— puede ser metabolizada evolutivamente mediante procesos de adaptación tendencialmente ilimitados dentro del espacio definido por el imperativo (normatividad) de la supervivencia. La cognitivdad del sistema viviente siempre está abierta a lo 'nuevo', pero vinculada funcionalmente a ese imperativo. Lo viviente humano, que en el terreno biológico participa ciertamente de esta lógica, está falo sin embargo de un código normativo originario, ya que no está vinculado a la función de la meta supervivencia. La normatividad del individuo viviente debe ser instituida socialmente para adquirir la determinación identitaria que luego estructura el campo de las funciones cognitivas. En otras palabras: la excedencia de las pulsiones y la disfuncionalidad originaria de la 'psique' vuelven necesaria la 'creación' de fines y valores distintos del mero sobrevivir que constituyen el fundamento normativo del individuo humano. El código normativo humano, pues, no es dado, sino que es creado por los hombres mismos y toma 'cuerpo' en toda nueva vida»¹⁵.

Si en cambio se razona como si el sistema social no *crease* el orden instituido de las normas, y por ello se limitara a traducir en el plano social la norma de la autorreferencia (que en lo viviente hace de criterio funcional immanente a su supervivencia), se seguiría entonces el hundimiento de la distinción basilar del derecho moderno entre norma puesta y ley natural. En tal caso el recurso mismo al sistema social no lograría contrastar la propensión a la inmanencia de la norma biológica, cuya universalidad resultaría en definitiva análoga a la suministrada por la explicación naturalista de lo que es.

Capítulo VII

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO INSTITUCIÓN

Derecho y fuerza social

Pese a la incompatibilidad histórica entre normativismo e institucionalismo —es decir, entre dos tipos de pensamiento jurídico basados en una concepción fundamental del derecho como regla formal o como ordenamiento concreto, respectivamente— sería erróneo contraponer radicalmente norma e institución. El mismo análisis que en la coincidencia entre institución y ordenamiento concreto ve el fundamento de la validez y la efectividad de las normas no puede descuidar, a su vez, el decisivo nexo entre la institución y el dictado de las normas, en el que el ordenamiento se articula y cobra vida. Pero, por otra parte, una consideración puramente formal de la norma y de las condiciones de su validez, si prescinde de la retícula institucional en la que inevitablemente se halla inserta toda norma, pierde de vista el terreno histórico-social concreto del que sólo se pueden derivar las normas y al cual sólo se pueden aplicar.

«El hombre *a-institución*, fuera de las instituciones o sin ellas, no existe. No existe el hombre 'natural': sólo existe el hombre tal como se forma a través de la mediación de las instituciones»¹. A partir de esta afirmación lapidaria un jurista experto como Giuseppe Guarino ha desarrollado recientemente un análisis panorámico, riguroso y exhaustivo de la red de relaciones institucionales que constituye la estructura normativa de nuestra vida social.

El entrelazamiento entre normas e instituciones resulta ser ahí central e indisoluble y muestra toda su concreción y efectividad. «Si al conjunto de las normas de la institución individual y a cada una de ellas individualmente debe serle inherente el carácter de la autoridad, entonces es indispensable que haya una fuerza que la sostenga. Es la fuerza social»²,

15. P. Barcellona, *Il suicidio dell' Europa*, cit., pp. 78-79.

1. G. Guarino, *Uomo istituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 5.

2. *Ibid.*, p. 17.

cuya naturaleza real se capta tomando como base los comportamientos de las particulares entidades de hecho comprendidas o integradas en la institución.

Guarino escribe además: «Si hay normas (y si hay una institución no puede no haber normas) y hay (lo que es igualmente ineliminable) comportamientos de las entidades presentes en la institución individual, para cualquier comportamiento sólo puede darse la alternativa de que o bien sea conforme a las reglas, o bien no sea conforme a esas mismas reglas»³.

A partir de aquí se expande la fuerza social, expresada por la masa de los comportamientos conformes, que acaba constituyendo el elemento fundamental de la institución. «La fuerza social no es un dato absoluto ni permanente. Si existe, las normas gozan de autoridad. Si se debilita, la autoridad pierde peso. Si se extingue, la institución deja de existir con ella»⁴. Y añade: «Cuanto mayor es el consenso que obtienen las normas [...] tanto más sólida y constante es la fuerza social»⁵. Aunque sea indispensable, no basta la fuerza organizada (cuyos tres momentos—gobierno, jurisdicción y administración—«son inherentes a toda institución por mínima que sea»⁶) para conseguir comportamientos conformes a la norma: es indispensable el consenso social como fenómeno previo al aguarde de las instituciones. En resumen: la fuerza social «procede del conjunto de los comportamientos colectivos conformes a las normas»⁷.

Las instituciones se alimentan de la adhesión masiva de los asociados y condicionan la vida de los individuos. Nadie «escapa al dominio de las instituciones ni siquiera en el ámbito del ejercicio de los derechos de libertad personales. Estos derechos, como cualesquiera otros, existen si las normas los reconocen y en la medida en que lo hacen, y dentro de los límites en que son reconocidos. Su ejercicio implica además lugares y medios para ello, regulados por instituciones siempre y en todo caso»⁸.

No sólo es el ordenamiento jurídico lo que impone el carácter central de la institución. La implicación filosófica radical del preciso análisis de Guarino es la inexistencia del hombre «natural». «En todos los instantes de la vida el hombre está implicado en alguna institución y piensa y quiere según las instituciones»⁹. Eso no significa que los seres humanos, una vez «generadas las instituciones», se anulen en ellas»; en realidad, todo ser humano «tiene numerosas facetas, que corresponden a las instituciones de las que forma parte y a los papeles que desempeña en ellas. Cualquiera que sea el papel en que se inserta concretamente, el individuo participa en él con toda su personalidad, inteligencia, sentimientos, estado de salud, atención» y

3. *Ibid.*, p. 18.
4. *Ibid.*, p. 21.
5. *Ibid.*, p. 25.
6. *Ibid.*, p. 29.
7. *Ibid.*, p. 73.
8. *Ibid.*, pp. 77-78.
9. *Ibid.*, p. 82.

demás. Ciertamente, estas mismas cualidades y características son a su vez «fruto directo o indirecto de instituciones. Pero *hic et nunc* son las que son. Sobre esta base se establece una dialéctica continua entre lo que tiene de peculiar y propio el individuo particular, incluido su fuero interno, y el papel institucional»¹⁰.

Así, la presencia de las instituciones en la vida humana es central e inevitable. Son justamente las instituciones las que socializan a los individuos particulares, forjando sus características naturales y psíquicas. El hecho de que ninguna institución pueda agotar jamás el fondo oscuro de la psique de los individuos es la razón profunda de la inestabilidad de lo instituido, de su permeabilidad al cambio y a la alteración.

El concepto sociológico de institución

Aunque «toda la vida de los hombres se desarrolla en las instituciones y a través de las instituciones», como observa Guarino «las instituciones figuran entre las cosas menos conocidas. Falta incluso una definición de 'institución' que sea generalmente aceptada»¹¹.

En el *Diccionario de sociología* de Luciano Gallino la noción de institución se define, en sentido lato, como sigue: «Conjunto de valores, normas y costumbres que con variada eficacia definen y regulan duraderamente, independientemente de la identidad de las personas individuales, y a menudo con independencia de la duración de éstas: a) las relaciones sociales y los comportamientos recíprocos de un grupo de sujetos determinado [...]; b) las relaciones que un grupo no determinable de sujetos tienen y tendrán con ese grupo sin formar parte de él, y sus comportamientos a su respecto. En este sentido una institución como el matrimonio define y regula por un lado las relaciones entre los dos cónyuges [...], y por otro las relaciones y los comportamientos que muchos sujetos deben observar o se considera justo que observen respecto de cualquier pareja unida en matrimonio [...]. Por extensión, a menudo se llama institución a un conjunto de personas cuya actividad está definida y regulada; en este sentido son instituciones las escuelas, los hospitales, las empresas industriales»¹².

Poco más adelante la pluralidad de las diversas formulaciones del concepto de institución se resume como sigue: «Las instituciones son complejos normativos que regulan y prescriben las formas de comportamiento y de conducta a tenor de las situaciones, reduciendo drásticamente las alternativas abiertas al sujeto respecto de las abstractamente posibles; los comportamientos y las conductas (secuencias de acciones y de comportamientos incluso privados) así regulados tienen que ver en general con

10. *Ibid.*, pp. 86-87.
11. *Ibid.*, p. 6.
12. L. Gallino, *Diccionario di sociologia*, Utet, Torino, 2004, p. 392.

problemas relevantes de la existencia social; en consecuencia, toda la sociedad está interesada en todas las instituciones; cada individuo, desde su nacimiento, se encuentra ante las instituciones de su sociedad como una realidad preconstituida, completamente independiente de su presencia y de su voluntad, la cual tiene la fuerza constructora de una realidad material; las instituciones tienen duración, permanencia y estabilidad superiores a la duración de la vida individual, de modo que una institución puede permanecer casi incambiada durante siglos pese a haber sido 'encarnada' durante ese tiempo por muchas generaciones diferentes; las instituciones son objeto de valoraciones positivas y de fuertes inversiones afectivas, de modo que cuando éstas faltan se habla en seguida de crisis de tal institución. El carácter central de las instituciones para cualquier tipo de organización social, como puede inferirse de esta síntesis de sus definiciones, explica, por un lado, la práctica —corriente entre sociólogos y antropólogos— de suministrar una presentación de conjunto de una sociedad en la forma de una lista de instituciones o de esferas institucionales; y, por otro, el hecho de que los movimientos sociales progresistas se presentan frecuentemente como una crítica más o menos radical de las instituciones existentes»¹³.

Esta síntesis sociológica confirma el carácter central del concepto de institución y su indeterminación.

Si se considera, como sostenía Chomsky en su famoso diálogo con Foucault en la televisión, que «la necesidad de actividad creadora, de búsqueda creadora y de creación libre, o sea, *carrente de los efectos limitadores y arbitrarios de la coerción ejercida por las instituciones*, representa un elemento fundamental de la naturaleza humana»¹⁴, entonces no se limita a criticar las instituciones existentes, sino que se persigue el designio utópico e irrealizable (por ser estructuralmente inconsistente) de un tipo de sociedad sin mediaciones y limitaciones institucionales. Y también en este caso la visión abstracta de una naturaleza humana que fundamenta la libre creatividad de los individuos, para dejar de ser un puro ideal, debería inevitablemente, a su vez, convertirse en institución.

El propio Chomsky añade: «Si es así, eso quiere decir algo obvio: una sociedad más justa debería maximizar las posibilidades de realizar esta característica humana fundamental»¹⁵. Y para hacerlo, aunque pretenda inspirarse en el modelo extrainstitucional de la naturaleza humana, no podrá servirle de esta última, sino que tendrá que recurrir también a la institución, tratando de alterarla y transformarla en sus concretas determinaciones histórico-sociales, empleando un modo de mediación institucional contra otro.

Orden espontáneo y orden instituido

Se ha aludido ya a esa corriente de la ciencia jurídica del siglo XX que lleva el nombre de institucionalismo (o teoría institucional del derecho) para la cual la normatividad de las instituciones se revela estrechamente conexa y entrelazada a la concreción del ordenamiento jurídico. En este sentido, como ha escrito Massimo La Torre, se puede definir la institución «como ámbito de acciones hecho posible por normas»¹⁶, pero hay que precisar que las normas en cuestión no pueden preceder a la institución, porque sin institución las normas mismas no existirían (no serían válidas ni eficaces).

La Torre escribe además: «Desde un punto de vista institucionalista se puede sostener que la sociedad es siempre el resultado (aunque no siempre premeditado ni previsto) de la autodeterminación de los seres humanos, en tanto que no están gobernados por meros instintos o por respuestas irreflexivas, sino por normas, y éstas son el producto de la acción de los hombres (aunque no siempre de sus designios)»¹⁷.

Esta última formulación, que en los resultados de la acción humana distingue el producto bien determinado por un propósito explícito de lo obtenido realmente, remite a una fórmula de Friedrich von Hayek (1899-1992) que se obtiene del título de su ensayo *The Results of Human Action but not of Human Design*¹⁸. En la perspectiva del célebre economista y filósofo liberal, que fue un duro adversario del racionalismo constructivista (y de sus implicaciones políticas), se trata de una distinción decisiva, por medio de la cual rechaza la pretensión de la sociedad moderna a la autodeterminación de su identidad y la de sus instituciones. En realidad Hayek denuncia en el constructivismo una concepción según la cual «se supone que todas las instituciones sociales son, o deben ser, producto de designio o plan concreto», lo que en su opinión hay que considerar falso «puesto que ni todas las instituciones existentes son fruto de la intención ni sería posible hacer que todo el orden social dependiese de un determinado plan»¹⁹.

No hay duda de que los resultados de las actividades humanas van más allá de las intenciones y las previsiones. Lo cual sin embargo no impide que las realidades institucionales sean creaciones histórico-sociales. Eso es verdad paradigmáticamente en el caso de la experiencia jurídica. Cuando Santu Romano escribe por ejemplo que «el derecho crea verdaderas y propias realidades que sin él no existirían, realidades, por tanto, que el derecho no toma de un mundo diferente del suyo para apropiárselas con modificaciones o sin ellas, sino que son exclusiva y originariamente su-

13. *Ibid.*, pp. 394-395.

14. N. Chomsky y M. Foucault, *Della natura humana. Invariante biologico e potere politico*, Roma, 2005, p. 47. [El diálogo entre Chomsky y Foucault en la televisión holandesa en noviembre de 1971 se encuentra en Internet: www.chomsky.info/debates/1971xxxx.htm, N. del T.]

15. *Ibid.*

16. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1999, p. 204.

17. *Ibid.*, p. 198.

18. Cf. F. A. von Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Routledge and Kegan Paul, London, 1967, p. 96 (cit. en M. La Torre, *op. cit.*, p. 336).

19. F. A. von Hayek, *Derecho, legislación, libertad*, trad. de L. Reig Abiol, Unión Editorial, Madrid, 1978, vol. I, pp. 15-16.

yas»²⁰, define de un solo trazo la institución y la reconduce a la creatividad del obrar humano, sin identificar no obstante este último con la ejecución de un proyecto predeterminado, suministrado por un modelo extrínseco y previo con el que habría que confrontar el resultado.

Contrariamente a lo que parece sostener Hayek con su oposición de orden construido y orden espontáneo (y el orden social habría que reconducirlo sólo a este último), es justamente la falta de un modelo originario del obrar humano lo que hace tan imprevisibles sus resultados (y lo que distingue al obrar humano y su creatividad originaria del hacer técnico, cuya creatividad es siempre derivada porque está subordinada a la realización del modelo previo).

Este punto es central en el análisis del carácter procesal y plural de la acción humana realizado por Hannah Arendt. Siguiendo a Aristóteles, Arendt distingue la producción técnica de la acción ética y política: la primera tiene un modelo externo que la preexiste y que constituye también el fin a realizar; la segunda debe crearse su propio modelo y carece de fin externo. Arendt escribe: «Mientras que la fuerza del proceso de producción es absorbida enteramente por el producto acabado en el que se agota, la fuerza del proceso de acción no se agota nunca en un gesto singular, sino que por el contrario puede acrecentarse mientras sus consecuencias se multiplican»²¹.

La irreductibilidad de los resultados del obrar humano a un modelo ideal que habría debido presidirlo no excluye sin embargo el carácter creador y por tanto instituyente del obrar.

Cuando Santi Romano sostiene que el derecho «crea realidad que no existiría sin él», invita a reconducir las instituciones sociales y la propia institución compleja de la sociedad a la actividad humana. Por debajo de la creatividad de esta última hay que reconocer la contingencia del ser. Si hubiera un fundamento estable de lo real y si tal fundamento pudiera servir de modelo universal del obrar, este último perdería su especificidad, su indeterminación y su imprevisibilidad, y coincidiría con la producción técnica de objetos. Por el contrario, sólo en virtud de su indeterminación puede tener el obrar fuerza instituyente, de la que brotan al mismo tiempo las instituciones sociales y las normas que las regulan.

La institución del ordenamiento

Hay que distinguir entre la institución de tal o cual norma en que vive y se concreta el ordenamiento y la institución del ordenamiento como tal.

En realidad, considerada en su sentido primario, la institución coincide con el ordenamiento. Esta tesis se halla en el centro de la teoría del ordenamiento jurídico, formulada por Santi Romano en su célebre escrito de 1917. Esta doctrina constituye una reflexión radical sobre el fenómeno típicamente moderno de la positivación del derecho. Pero no se reduce a la idolatría idealista y positivista del Estado.

Santi Romano excluye claramente que el Estado sea la única fuente del derecho. Lo que le permite sostener que «la potestad de establecer un nuevo derecho no precede al derecho», sino que «gira en la órbita permitida por el derecho preexistente, cuya primera manifestación de vida es precisamente tal potestad»²². Y sigue diciendo S. Romano: «La ley, por tanto, no es nunca, como comúnmente se cree, el comienzo del derecho; es, por el contrario, o algo que se añade y se une a un derecho preexistente (en el supuesto de que haya lagunas), o simplemente, una modificación que el mismo derecho sufre»²³.

Con esta observación el jurista siciliano no pretende denunciar la reducción del derecho a ley realizada por la positivación del derecho. Su objetivo es evitar, en cambio, el recurrente error «de no dar relevancia jurídica al ordenamiento en el que una institución se concreta, sino tan sólo en cuanto refleja relaciones entre distintos sujetos»²⁴.

El elemento común a las recurrentes definiciones del derecho en sentido objetivo es la afirmación según la cual el derecho constituye una regla de la acción humana; pero se trata además de especificar cómo se distingue la norma jurídica de las demás. Santi Romano quiere demostrar que este modo de definir el derecho, pese a no ser inexacto del todo, es inadecuado e insuficiente, y que hay que integrarlo con otros elementos más fundamentales y sobre todo antecedentes a la dimensión puramente normativa.

Esta última caracterización le parece incluso más insuficiente desde el punto de vista del derecho público. Cuando se afirma que el derecho es norma de conducta, se descuida que la palabra «derecho» se usa además en contextos en que tiene un significado distinto, como por ejemplo cuando se habla del derecho italiano o francés, o del derecho de la Iglesia, «comprendiéndolos en su respectiva totalidad. Entonces, para poder mantener la definición que generalmente se emplea, es necesario recurrir a la fórmula de concebir cada uno de tales ordenamientos como un conjunto o como un complejo de normas»²⁵. Se trata, sin embargo, de un expediente inadecuado, porque un ordenamiento es más que la suma de las normas individuales que lo constituyen. Es en cambio su principio generador. Un ordenamiento es en suma una unidad en sí, concreta y efectiva. Derecho

20. S. Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico* [1947], trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, ed. de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002, p. 265.

21. H. Arendt, *La condición humana*, trad. de R. Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993, p. 253.

22. S. Romano, *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 175.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p. 181.

25. *Ibid.*, p. 95.

italiano o francés remite pues a la compleja y variada organización de la sociedad italiana o francesa. «En otras palabras —y aquí volvemos a encontrar el pasaje de Romano citado por Carl Schmitt que hemos visto en el capítulo I—, el ordenamiento jurídico es una unidad esencial, una entidad que en parte se mueve según normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no un elemento de su estructura»²⁶.

La objetividad del ordenamiento no se puede limitar a las normas, sino que pertenece «a la impersonalidad misma del poder que elabora y fija la regla»²⁷ y este poder es, el mismo, derecho. Por eso Santi Romano puede afirmar que la sanción también es elemento del derecho, ya que el derecho consta no sólo de normas jurídicas sino también de ese complejo efectivo de elementos sociales e institucionales de los que sólo las normas pueden recibir su fuerza. Esta es la razón de que en el concreto análisis institucional del alcance y el significado de la experiencia jurídica propuesto por Santi Romano el concepto de derecho haya de ser reconducido ante todo al concepto de sociedad, es decir, a la experiencia de la vida asociada de los grupos humanos. Por un lado, pues, lo que no excede de la esfera del individuo particular no es derecho; por otro, en cambio, no hay sociedad sin que en ella tenga lugar una experiencia jurídica; y esta última, incluso antes de concretarse en un sistema de normas, se refiere a la organización institucional de la sociedad misma.

Eso significa que, según el punto de vista concreto del análisis institucional, que va más allá de la perspectiva formal de la concepción meramente normativa del derecho, la sociedad debe ser entendida como una unidad concreta, cuyo modo de ser es distinto de los individuos que la componen, pues los precede y los socializa. Eso lo confirma el hecho de que el concepto de derecho debe contener necesariamente la idea de orden social, y por eso debe excluir todo elemento reconducible al puro arbitrio o a la fuerza material no ordenada. Ahora bien: el orden social puesto por el derecho no es un simple efecto de las normas jurídicas, no es un resultado de su existencia y ni siquiera está dado por su existencia; por el contrario, las precede. Sin un orden histórico-social concreto la propia producción regulada y explícita de normas jurídicas no podría tener lugar. A consecuencia de ello, Santi Romano puede concluir que el derecho es ante todo «organización, estructura y posición de la sociedad misma en la que se desarrolla y que precisamente el derecho constituye como unidad»²⁸.

Al llegar a este punto, para dar en términos exactos el concepto de derecho, Santi Romano recurre a la noción de institución, estableciendo

una equivalencia entre ordenamiento jurídico e institución, aunque institución no es entendida como persona jurídica ni como fundamento de la persona jurídica.

Aquí S. Romano se diferencia de Maurice Hauriou (1856-1929), que había aplicado la teoría de la institución a la experiencia jurídica pero que había limitado la noción de institución sólo a las organizaciones sociales: «maduras», es decir, a las que hubieran llevado a su acabamiento su propio desarrollo alcanzando su perfección. Santi Romano rechaza este análisis reductivo de la institución. Además de las instituciones «corporativas» de Hauriou, para Santi Romano hay «otras que pueden ser acogidas por el sistema jurídico por las mismas razones; es decir, otras que tienen también una existencia propia, independiente de los individuos concretos, y que están dotadas igualmente de una mayor o menor autonomía»²⁹.

El concepto de institución de Hauriou está forjado a imagen y semejanza (de una concepción organicista) del Estado moderno, mientras que para Santi Romano la noción de institución es una figura más general en la que varían hasta el infinito los rasgos contingentes. Pese a no tematizar explícitamente la variabilidad de lo histórico-social, Santi Romano reconoce que la institución va más allá del naturalismo individualista en que la había enclavado Hauriou.

El concepto de institución y el de ordenamiento jurídico coinciden. «El fin característico del derecho es precisamente el de la organización social. El derecho no consagra sólo el principio de la coexistencia de los individuos, sino que se propone sobre todo vencer la debilidad y la limitación de sus fuerzas singulares, superar su caducidad, perpetuar ciertos fines más allá de su vida natural, creando para ello entes sociales más fuertes y más duraderos que ellos. [...] Esto significa que la institución, en el sentido que nosotros le asignamos, es la manifestación primaria, original y esencial del derecho»³⁰. En este sentido, la institución no es fuente de derecho, no es externa al derecho, porque —en tanto que organización regulada de la sociedad— le es contemporánea.

El análisis concreto al que aspira el institucionalismo no ignora la verdad fundamental del formalismo: según Romano, «no es derecho aquello y sólo aquello que carece de organización social»³¹. En consecuencia, la única antítesis del derecho no está en un contenido cualquiera, sino «en lo que es radicalmente antisocial, es decir, en lo que es por naturaleza individual»³². De modo que el fenómeno jurídico, en tanto que fenómeno social, no tiene caracteres diferenciales intrínsecos respecto de los fenómenos religiosos, morales, económicos, etc. Todos son reconducibles al espacio social, del que forman parte. Y todos pueden tener relevancia jurídica. De hecho,

26. *Ibid.*, p. 100.

27. *Ibid.*, p. 105.

28. *Ibid.*, p. 113.

29. *Ibid.*, pp. 119-120.

30. *Ibid.*, p. 131.

31. *Ibid.*, p. 132.

32. *Ibid.*, p. 133.

«cada una de estas manifestaciones del espíritu humano puede ser asumida en todo o en parte en el mundo del derecho e integrar de este modo su contenido siempre que entren dentro de la órbita de una institución»³³.

El concepto de derecho excede por tanto el modelo del derecho del Estado. «Si el derecho no puede concretarse y adquirir cuerpo sino en la institución, y si inversamente todo lo que está socialmente organizado es absorbido como elemento de aquélla y adquiere carácter jurídico, puede sacarse la consecuencia de que el derecho es el principio vital de toda institución [...]. Recíprocamente, la institución es siempre un régimen jurídico»³⁴.

De todo ordenamiento institucional, y por tanto también del Estado, debe decirse que «su origen no es un procedimiento regulado por normas jurídicas», sino *in hecho*. Si «el derecho existe desde que este hecho se realiza», la norma, por el contrario, «puede ser emanada después». En suma: «Con anterioridad y al margen de la institución no puede existir tampoco el derecho previamente, porque falta la organización que hace jurídica la norma»³⁵. De modo que «el derecho es, ante todo, posición, organización de un ente social. Si no se acepta este postulado se tropieza entonces con el inconveniente de tener que explicar el fundamento y la obligatoriedad del derecho de modo metajurídico»³⁶.

La institución jamás se resuelve en una sola relación o en varias relaciones jurídicas determinadas: la institución es unidad, mientras que la relación postula la pluralidad. Por consiguiente la institución constituye una mediación originaria que se considera muy distinta de toda forma de acuerdo o de contrato. Este último, al suponer individuos preexistentes, adquiere un carácter derivado y secundario. Romano aclara sin ambigüedad este punto decisivo: «Para que surja una institución no basta la existencia de personas vinculadas entre sí por relaciones simples, sino que es preciso que entre ellas se establezca un vínculo más estrecho y orgánico: es necesario que se forme una superestructura social de la que dependan o que domine no sólo sus relaciones individuales sino ante todo su misma posición genérica»³⁷. Eso se integra con la encarnizada reivindicación del alcance anti-iusnaturalista de la noción de institución, definida como «el concepto más positivo que una doctrina jurídica puede asumir como fundamento *suyos*»³⁸.

Al pensar el derecho como institución de un ordenamiento, Santi Romano se enfrenta con «la teoría que ve en el Estado el señor y el árbitro no solamente de su derecho sino de todo el derecho», teoría que pese a

las apariencias se relaciona «con la concepción naturalista del derecho», que se representa a este último «como la actuación concreta, que deberá ser única y uniforme, de un principio trascendental y absoluto de justicia abstracta y eterna»; a consecuencia de ello, esa teoría sigue negando «el carácter de derecho a todos los ordenamientos sociales que no pueden considerarse en conexión con tal principio, aunque sólo sea como intento, incluso imperfecto, de llevarlo a cabo, o, lo que es peor, a los que se declaran contrarios a esa idea de justicia [...]». Tales puntos de vista son, desde luego, el fundamento de la doctrina que ve en el Estado el único órgano, como se acostumbra a decir, o el único elemento productor de derecho, doctrina que hay que relacionar también con esa otra —algunos de cuyos desarrollos son más recientes— que concibe el Estado como ente ético por excelencia»³⁹. De eso se debe concluir que «existen ordenamientos jurídicos como instituciones»⁴⁰. De este modo, Santi Romano se aproxima a la doctrina según la cual toda comunidad organizada es capaz de producir derecho, pero sustituye el concepto naturalista de comunidad por el de institución (más amplio, más completo y más intrínsecamente jurídico), que le permite una comprensión más adecuada del carácter histórico-social de los significados jurídicos.

En definitiva, para que se pueda instaurar el orden del derecho es necesario postular la intervención de un filtro institucional, cuya capacidad innovadora y creadora arraiga en la creatividad instituyente más general del imaginario social.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*, p. 135.

35. *Ibid.*, pp. 140-141.

36. *Ibid.*, p. 141.

37. *Ibid.*, p. 159.

38. *Ibid.*, p. 191.

39. *Ibid.*, p. 209.

40. *Ibid.*, p. 205.