

La Sociedad y el Derecho*

Por MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO

Salamanca

«Human nature cannot by any means subsist without the association of individuals: and that association never could have place were no regard paid to the laws of equity and justice».

«La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos, y esa asociación nunca podrá tener lugar sin respetar las leyes de la equidad y la justicia».

D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, III, II.

Existe una antigua y venerable tradición doctrinal, según la cual, para que haya Derecho, tiene que haber sociedad. Esta doctrina se recoge formulada como tesis en un aforismo latino, que dice: *Ubi ius, ibi societas; donde hay Derecho, hay sociedad*. Radicalmente entendida, esta tesis alude tanto a la innata predisposición social del hombre, que hace que el vivir en sociedad sea una condición existencial peculiarmente suya, como a una de las dos notas esencialmente constitutivas del Derecho, cual es la bilateralidad o *alteridad* en el sentido más genuino del término (de *alter* = otro).

En contrapunto con ésta existe otra tesis, que también se enuncia con fórmula precisa en otro aforismo latino, éste mucho más divulgado que el anterior, y que dice: *Ubi societas, ibi ius; donde hay sociedad, hay Derecho*. Estrictamente entendida, esta segunda tesis nos viene a decir, que donde existe sociedad, necesariamente habrá Derecho. Lo cual no excluye lógicamente que pueda existir Derecho también en otro marco distinto de convivencia no conceptuable como sociedad. Mientras que la tesis anterior expresa precisamente lo contrario, a saber, que donde hay Derecho necesariamente habrá sociedad; lo cual tampoco excluye lógicamente que pueda existir sociedad sin Derecho, puesto que el marco de convivencia comprendido bajo el término sociedad es aquí más amplio que aquel al que se refiere la palabra Derecho.

(*) El presente estudio es un anticipo de un próximo libro sobre Introducción al Derecho, del cual constituye el capítulo fundamental.

Ambas tesis contrapuestas conducen entonces a pensar en una síntesis que las reduzca a unidad y que las implique recíprocamente. Esta tercera tesis fue formulada explícitamente por el filósofo y jurista Christian Thomasius con estas precisas palabras: *Extra societatem non est ius; in omni societate ius est*¹; lo que exactamente quiere decir: *fuera de la sociedad no hay Derecho y en toda sociedad hay Derecho*. Dicho con más claridad, esta tesis afirma que Derecho y sociedad se exigen mutua y necesariamente, de tal modo que no puede haber Derecho sin sociedad, ni puede haber sociedad sin Derecho. Se trataría de dos conceptos *reversibles*, en el sentido de que, si topamos con uno de ellos, al darle la vuelta, nos encontraríamos con el otro. Tal es el auténtico y profundo significado de la tesis formulada con toda precisión por Thomasius, tesis que, con menos precisión, pero quizás con mayor densidad de significado, había sido ya intuida en el siglo XIV por el gran poeta italiano Dante Alighieri, al definir el Derecho como «la proporción real y personal de hombre a hombre, que conservada, conserva la sociedad, y corrompida, la corrompe»².

Todo lo anterior prueba fehacientemente que el verdadero y auténtico punto de partida de una investigación científica sobre la relación entre Derecho y Sociedad no puede ser otro que el tratar de dilucidar debidamente el concepto y los tipos de sociedad, a fin de poder saber en qué medida ésta es o debe ser la creadora de aquél. Mas, al pretender hacerlo, advertimos enseguida una limitación radical, que nos impide analizar exhaustivamente todo lo que la palabra sociedad consigo lleva y mucho menos exponer todo lo que significa como categoría fundamental y concepto básico de las ciencias sociales, máxime si se tiene en cuenta la altura y el grado de especialización que éstas ostentan hoy día dentro del conjunto del saber. De ahí que, para nuestro objetivo primordial, que no es otro que mostrar la radical interdependencia de Derecho y Sociedad, sea suficiente con consignar ciertos datos que contienen algunas aclaraciones muy concretas sobre el origen y evolución histórica del concepto de sociedad, de tal manera que nos permitan establecer su tipología, para así poder ver qué tipo de sociedad es el que directamente interesa en relación con el Derecho. Y no solamente en relación con el Derecho, sino también con las demás realidades culturales afines a él. Pues la tesis que aquí se propugna es que la Sociedad es o debe ser el sujeto creador y portador del Derecho, como lo es también de la organización política o Estado. Supone por tanto un intento de volver a la tradición doctrinal multiseccular y de superar la tesis de que el Estado es el creador del Derecho, sin por ello incurrir en prejuicios racionalistas³.

1. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae divinae* (1678), I, 1, 100-101.

2. «Ius est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata, servat societatem, corrupta, corrumpit». *De Monarchia*, II, 5.

3. Entre los estudios sobre la relación de la Sociedad con el Derecho, merece recordar aquí los siguientes: A. LEVI, *La société et l'ordre juridique* (París 1911). St. JORGENSEN, *Recht und Gesellschaft* (Göttingen 1971); S. DE FINA, *Diritto e Società* (Milano 1974); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Sociedad* (Madrid 1979). Además de estos estudios monográficos se ocupan del tema los principales tratados de Sociología del Derecho, cuya enumeración es aquí innecesaria.

Con respecto al concepto de sociedad en relación con el Derecho es fundamental el estudio de M. RIEDEL: *Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriff*, en «Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie», 51 (1965) 291-318.

SECCION PRIMERA

ORIGEN Y FORMACION HISTORICA DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD

En realidad la razón de ser de la sociedad hay que buscarla en la propia naturaleza del hombre, quien, además de ser racional, y precisamente por ello, es también social. Es obvio que la connatural indigencia del ser humano y sus múltiples limitaciones le obligan a convivir con sus semejantes; pues sólo en esta convivencia puede satisfacer gran parte de sus necesidades vitales y desarrollar plenamente todas sus facultades y potencias. Existe pues en el hombre una natural predisposición y apetencia a vivir en sociedad, el «appetitus societatis», como dijera con formulación precisa H. Grocio; quien además matizaba que esta apetencia no lo es de una comunidad de vida cualquiera, sino de una comunidad tranquila y adecuada a su inteligencia⁴.

Las condiciones que determinan la natural sociabilidad del hombre son de dos tipos. Unas pertenecen a la propia esfera vital, ya sea a la vida instintiva, como el instinto de alimentación, de reproducción y de poder, ya sea a la vida psíquica, como la necesidad de comunicación, de organización, de coexistencia, etc. Otras son más bien externas a la persona, como el espacio o entorno vital, la situación geográfica, la vecindad, etc. Pero lo cierto es que unas y otras dieron origen, no sólo al hecho, sino también al concepto y, consiguientemente, a la aparición de la palabra «sociedad» o su equivalente en las diversas lenguas.

Para poder mostrar la formación y el progresivo desarrollo del concepto de sociedad en lo que este concepto interesa para la comprensión del Derecho, es preciso distinguir varias fases, que a su vez conviene ordenar en dos grandes etapas: la etapa correspondiente a la formación y evolución histórica del concepto de Sociedad hasta su diferenciación y separación del concepto de Estado; y la etapa correspondiente al concepto de Sociedad una vez diferenciada ésta de la organización política y en concreto del Estado. Veamos cuáles son los perfiles más acusados en ambas etapas.

I. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD HASTA SU SEPARACIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO

1. Como no podía menos de acaecer, el concepto de sociedad, en un sentido aproximado al que aquí nos interesa, aparece en el pensamiento filosófico griego y en una fase relativamente temprana. Ya en el siglo V antes de Cristo encontramos bellamente expresadas en un texto de autor anónimo

4. «Inter haec autem, quae homini sunt propria, est appetitus societatis, id est communitatis, non qualiscumque sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae». *De iure belli ac pacis*. Prolegomena, n. 6. Para más explicaciones me remito a mi reciente estudio *El Derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno*, en «Persona y Derecho», n. 24 (Pamplona 1990).

nimo, transmitido posteriormente por el filósofo neoplatónico Jámblico, tanto la necesidad de la sociedad como la pertenencia del Derecho a ella. Dice así: «Puesto que los hombres por naturaleza no están en condiciones de vivir individualmente y para sí, sino que más bien, obedeciendo a las leyes de la naturaleza, se han unido unos con otros; y puesto que toda su manera de vivir, y los medios para ella, ha sido ideada por ellos bajo estas condiciones; dado además que una vida en común en una situación sin ley es para ellos impensable, pues serían mucho mayores las desventajas que en ese caso les sobrevendrían que las que tendrían en una vida aislada; es forzoso concluir, en base a estas razones, que el Derecho y la ley asentaron su cetro real entre los hombres y que les será imposible substraerse a la soberanía de ambos, pues esta relación ha sido establecida por la misma naturaleza»⁵.

De otra parte, aunque el término «sociedad» es de origen latino —*societas*—, tiene su equivalente en la lengua griega en la palabra *koinonía*, cuyo uso es muy frecuente a partir de la época clásica de la filosofía griega⁶. En efecto, Aristóteles se ocupa expresamente, en los cap. 11-14 del libro VIII de su *Ética* o *Nicomáco*, del concepto de *koinonía*, palabra que, aunque propiamente se traduce por *comunidad* —en latín *communitas*—, engloba también el concepto de sociedad; pues la filosofía griega no conocía la distinción moderna de comunidad y sociedad como dos categorías conceptuales diferentes del saber sociológico.

Aristóteles explica el concepto de *koinonía* al tratar de mostrar la esencia de la amistad (*filía*), de la que se ocupa ampliamente en su *Ética a Nicómano*. Es entonces cuando asegura que tanto la amistad como el Derecho tienen su sede propia en toda comunidad de vida o *koinonía*. Pues señala que una y otro ocurren necesariamente en las dos formas originarias de comunidad que existen, que no son otras que el *oikos*, es decir, la casa o comunidad doméstica y económica, y la *polis*, es decir, la ciudad o comunidad ciudadana y política. Esta distinción de dos formas originarias de comunidad o sociedad, la doméstica o económica y la ciudadana o política, fue decisiva para poder perfilar el concepto de sociedad. También lo fue la observación añadida de que el Derecho es radicalmente inseparable de ambas formas de comunidad o sociedad, por tener un carácter constitutivo en ambas⁷.

Pero además de esto Aristóteles nos ofrece un tratamiento magistral de lo que él llama la *koinonía politiké*, es decir, la comunidad o sociedad política. Cuando se ocupa de ella en el libro I de su *Política*, la define como la

5. El texto fue descubierto por H. Blass en el cap. 20 del *Protréptico* de Jámblico. Se trata de un fragmento de un escrito ético-político datado en la época de la guerra del Peloponeso. Cfr. H. DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 10, Aufl. hrsg. von W. Kranz, t. II (Berlín 1960), p. 400.

6. Para los autores anteriores a Aristóteles puede consultarse el *Thesaurus Graecae Linguae*, vol. IV (1841), col. 1726; también LIDDEL-SCOTT, *Greek-English Lexicon*, vol. 1 (1925), p. 970.

7. Además de en la *Ética a Nicómano*, lib. VIII, cap. 11-14, Aristóteles trata también de la *koinonía* y sus clases en la *Ética a Eudemo*, 1. VII, cap. 1-12 y en la *Ética Mayor*, 1. II, cap. 11-17. Cfr. *Aristoteles Werke*, Akademie Ausgabe, t. 6-8, ed. F. Dirlmeyer (Berlín 1956-62).

comunidad de ciudadanos que habitan en la *polis*, con la cual éstos se identifican y de la que puede decirse que son como partes alícuotas. Distingue además la *koinonía politiké* de otras comunidades menores, de forma parecida a como lo había hecho en sus tres obras sobre la Ética. La principal diferencia entre estas comunidades menores y la comunidad o sociedad política consiste para él en que en las primeras se busca más bien el bien particular, mientras que en las *koinonía politiké* se debe buscar más el bien común⁸.

De otra parte en las lenguas germanas y eslavas, como ha puesto de manifiesto T. Geiger, la palabra equivalente a la griega *koinonía* y a la latina *societas* surge para designar aquella unión de personas resultante del hecho natural de compartir un mismo suelo o espacio vital y de convivir en un mismo entorno. De acuerdo con ello cree que originariamente la sociedad cabe definirla como un conjunto de personas que ocupan un mismo espacio vital o que lo comparten transitoriamente⁹.

2. Si, como hemos expuesto, en el pensamiento griego el concepto de sociedad se perfila en la teoría ética y política, en el mundo romano esto tiene lugar en el campo jurídico y más concretamente en el ámbito de la praxis jurídica y de las relaciones comerciales, probablemente por influencia de la práctica comercial helenística. Merced a ello no sólo se perfecciona el concepto, sino que además surge la palabra que quedará consagrada en multitud de lenguas para designarlo: la *societas*.

De acuerdo con este origen más bien práctico, la *societas* en el mundo jurídico romano fue primeramente configurada como una asociación de varias personas, los *socii*, con un interés común. No tiene que ver por tanto primordialmente ni con la vecindad ni con el espacio vital, sino con un acuerdo de voluntades, con un *contrato*, idea ésta que tendrá decisiva importancia en la modernidad. De ahí que en el Derecho Privado romano la *societas* se configure como un contrato consensual y sin forma, por el cual varias personas se obligan entre sí a aportar unos bienes para obtener unas ganancias, que luego serán distribuidas según lo pactado. Sobre esta base se distinguieron desde un principio dos formas fundamentales de sociedad: la *societas omnium bonorum* o la sociedad de todos los bienes, que originariamente fue sólo la sociedad surgida por la muerte del causante mientras no se producía la división de bienes entre los herederos legítimos; y la *societas alicuius negotiationis*, mucho más importante para nuestro objetivo, que era la sociedad constituida por mutuo acuerdo de los miembros o socios con el fin de obtener ganancias de un negocio común¹⁰. De ahí que en el mundo jurídico romano la palabra sociedad tenga propiamente un origen más bien mercantil.

8. Cfr. *Politica*, I, 1-3; III, 6-9.

9. Cfr. T. GEIGER, *Gesellschaft*, en el «Handwörterbuch der Soziologie», ed. A. Wierkandt (Stuttgart 1959), p. 202 ss.

10. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in Diritto romano* (Napoli 1950); A. DOR'S, *Derecho privado romano*, 7 ed. revisada (Pamplona 1989), p. 536 ss.

Mejor para nuestro objetivo inmediato es sin duda el panorama que nos ofrece la filosofía ética. Por ella llegamos a descubrir una nueva dimensión básica del concepto de sociedad: la dimensión universalista. Por influencia de la filosofía estoica, cuya conexión con las doctrinas helenísticas es un dato hoy indiscutible, al lado de la *societas civilis*, equivalente a *koinonía politiké* de cada *civitas* o *polis*, aparece descrita la *societas humana*, que en cierto modo se corresponde con la idea helenística de la cosmópolis; no obstante, su significado es más profundo, pues apunta a la idea estoica de la naturaleza común de todos los hombres, y por eso Cicerón la llama «naturalis societas inter homines»¹¹.

Conforme a esta nueva dicotomía de *societas civilis* y *societas humana*, se distinguen dos tipos de Derecho: el Derecho civil, correspondiente a la primera, y el Derecho de gentes, que se refiere a la segunda. Hay un texto del mismo Cicerón que no podía ser más explícito al respecto. Dice en efecto: «Hay, pues, una sociedad (lo cual, aunque se ha dicho muchas veces, hay que decirlo sin embargo muchas más), que por cierto es amplísima, de los hombres entre sí; más interna es la de aquellos que son de la misma gente; más propia la de aquellos que son de la misma ciudad. Por ello nuestros mayores quisieron que uno fuera el Derecho de gentes y otro el Derecho civil; lo que es Derecho civil no siempre es Derecho de gentes; pero lo que es Derecho de gentes debe ser Derecho civil»¹².

Además de ello, Cicerón establece la primera gradación completa de los diversos tipos de sociedad. Así dice: «Existen empero muchos grados de sociedad humana. Así, partiendo de aquella sociedad infinita» —se refiere a la del género humano—, «la más propia es la de la misma gente, de la misma nación, de la misma lengua, que es la que más une a los hombres; más interna es también si es de la misma ciudad. Pues hay muchas cosas comunes entre los ciudadanos: el foro, los templos, el pórtico, las calles, las leyes, los derechos, los juicios, los votos, las costumbres y además las familiaridades, así como muchas otras cosas y razones relacionadas con muchas otras. Pero la más estrecha es la sociedad familiar; de modo que, partiendo de aquella inmensa sociedad del género humano, se concluye en lo exiguo y angosto»¹³.

11. *De legibus*, I, 16.

12. «Societas enim est (quod, etsi saepe dictum est, dicendum tamen est saepius), latissime quidem quae pateat, hominum inter homines; interior eorum, qui eiusdem gentis sunt; propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud Ius gentium, aliud Ius civile, esse voluerunt. Quod civile, non ideo continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet». *De officiis*, III, 17. Conviene consultar también el lib. I, 16, en donde se perfila y matiza el concepto de sociedad humana y los preceptos fundamentales de su Derecho.

13. «Gradus enim plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, propior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur: interior etiam est eiusdem esse civitatis. Multa enim sunt civibus inter se communia: forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suiffragia, consuetudines, praetera, et familiaritates, multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum: ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur». *De officiis*, I, 17.

3. Como era natural, toda esta doctrina fue recibida fácilmente y posteriormente adaptada por el pensamiento cristiano latino. Merced a ello encontramos en S. Agustín una síntesis completa y además una tipología más simple de las diversas formas de sociedad. Así distingue con toda claridad tres clases de sociedad: la sociedad doméstica, la sociedad civil o política y la sociedad humana¹⁴.

Esta síntesis se prosigue en la filosofía medieval, facilitada además por la recepción de Aristóteles al ser traducidas sus obras al latín. Típica en este sentido es la definición y clasificación de sociedad que nos ofrece Tomás de Aquino, y que dice: «La sociedad es la reunión de hombres para conseguir algo y, por tanto, según la diversidad de fines, a cuya consecución la sociedad se ordena, cabe distinguir diversas sociedades...»; estas diversas formas de sociedad conciden literalmente con las descritas por Aristóteles y la tradición posterior¹⁵.

Pero lo más importante es que la filosofía escolástica hace también una síntesis de la doctrina aristotélica y la de los juristas romanos, llegando así a una nueva tipología de la sociedad de mayor relevancia que las anteriores. En base a ello, para Tomás de Aquino la principal distinción o división es la de sociedad pública y sociedad privada. Esta última, la «sociedad privada, es aquella en que la asociación se hace para realizar un negocio privado, como cuando dos o tres personas constituyen una sociedad para así negociar»¹⁶. No es más que el concepto de sociedad del Derecho privado romano. Mientras que «la sociedad pública es aquella en que los hombres se ponen de acuerdo para constituir una república, por ejemplo, cuando los hombres de una ciudad o de un reino se asocian en una república»¹⁷. Aquí el concepto de sociedad es también el del Derecho romano y la distinción, como es obvio, es un eco claro de la división del Derecho en Derecho público y Derecho privado. Ambas formas de sociedad pueden ser temporales o perpetuas, si bien la sociedad pública, entendida como adscripción a una ciudad, es de por sí perpetua, «porque la pertenencia a una ciudad es de ordinario para toda la vida, y ésta es la sociedad política»¹⁸.

14. «Post civitatem vel urbem sequitur orbis terrae, in quo tertium gradum ponunt societatis humanae, incipientes a domo atque inde ad urbem, deinde ad orbem progrediendo venientes». *De civitate Dei*, XIX, 7.

15. «Est enim societas... adunatio hominum ad aliquid perficiendum... Et inde est quod Philosophus in VIII Ethicorum diversas communicationes distinguit, quae nihil aliud sunt quam societates quaedam, secundum diversa officia, in quibus homines sibi invicem communicant». *Contra impugnantes Dei cultum et religionem*. «Opuscula omnia», ed. P. Mandonnet, t. IV (París 1927), p. 25 ss.

16. «Privata autem societas est, quae ad aliquod negotium privatum exercendum coniungitur, sicut quod duo, vel tres societatem ineunt, ut simul negotientur». O. c., ed. cit., p. 25.

17. «Publica autem societas dicitur, secundum quam homines sibi invicem communicant in una republica constituenda, sicut omnes homines unius civitatis, vel unius regni in una republica sociantur». *Ibidem*.

18. «Utraque autem dictarum societatum distinguitur in perpetuum et temporale... Ilud enim, ad quod aliqua multitudo, vel etiam duo, vel tres obligantur, quandoque est perpetuum, sicut illi qui efficiuntur alicuius civitatis cives perpetuam societatem ineunt; quia mansio civitatis eligitur ad totum tempus vitae hominis, et haec est societas politica». *Ibidem*, p. 26.

4. Esta síntesis escolástica de la doctrina ética y política aristotélica por una parte y de la doctrina jurídica y ética romana por otra, perdura pacíficamente en el pensamiento ético y político posterior hasta mediados del siglo XVII. Ni la ruptura de la unidad religiosa con la Reforma protestante, ni la ruptura de la unidad política con la implantación de los Estados nacionales, influyeron demasiado para dejar de lado el legado tradicional sobre el concepto de sociedad y sus diversas clases. Tampoco fue motivo para ello la nueva concepción del Derecho natural moderno, que aparece ya perfectamente perfilada con H. Grocio. Lo que sí acaeció, merced a estas causas, fue que en adelante ocupara el primer plano aquel tipo de sociedad que se había venido configurando como sociedad civil o política y que además últimamente había sido también caracterizada como sociedad pública. Por esta vía fue por donde se produjo la decisiva novedad que modificaría radicalmente el proceso de formación de sociedad civil y Estado. Fue Thomas Hobbes quien, con su concepción del hombre como ser asocial, radicalmente opuesta a la concepción tradicional, para la cual el hombre era naturalmente sociable, puso una barrera infranqueable entre el estado de naturaleza o de libertad y el estado de sociedad o de seguridad. Para superar esa barrera recurrió a la idea de un *contrato* o *pacto* como fuente originaria de la sociedad. Este pacto tenía además una doble vertiente: por una parte era un pacto de unión —*pactum unionis*— por el cual los individuos decidían unirse para constituir la sociedad; pero, por otra parte, era un acto de sumisión —*pactum subjectionis*—, lo que suponía el establecimiento de un poder político unitario y el total sometimiento a él; con ello se creaba el Estado. Merced a este doble pacto quedaba definitivamente sellada la total identidad de Sociedad civil y Estado. El mismo Hobbes lo expresa con claridad meridiana al decir que la unión así conseguida se llama «Estado» o bien sociedad civil¹⁹. Si bien J. Locke mitiga hasta cierto punto las graves consecuencias de esta identificación, en la práctica esta tesis se impuso paulatinamente y desde entonces constituye una de las características fundamentales del Estado moderno.

II. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD A PARTIR DE LA SEPARACION DE SOCIEDAD Y ESTADO

La distinción entre Sociedad civil y Estado no se efectúa hasta el siglo XVIII. Gracias a esta distinción, el término sociedad, entendida como

19. «Unio autem sit facta appellatur *civitas* sive *societas civilis*, atque etiam *persona civilis*. Nam cum *una* sit omnium voluntas, pro *voluntate* habenda est ipsorum omnium, ut singulorum viribus et facultatibus uti possit ad pacem et defensionem communem». *Elementorum Philosophiae. Sectio tertia, De cive*, cap. V, 9. En «Opera omnia», ed. G. Molesworth, vol. II, reimp. (Darmstadt 1966), p. 214. Aunque Hobbes no utiliza en el texto latino la palabra «Status», sino «Civitas», es claro que el concepto por ésta expresado es el de Estado y no una forma concreta de organización política anterior como la *polis* o la *civitas*.

Sociedad civil, adquiere un sentido nuevo y más preciso. Con él no se quiere significar, como ocurría hasta entonces, la sociedad política como base o substrato humano de la organización política, que últimamente se había configurado como Estado y que en gran parte se identificaba con esa organización; lo que ahora se quiere significar es propiamente el conjunto de ciudadanos que simultáneamente conviven en el territorio de un Estado y que como tal constituyen una unidad, cuyos intereses no sólo no coinciden, sino que muchas veces son opuestos a los intereses de la organización política o Estado. Por eso se la llama, con matiz muy diferenciado, «sociedad civil», y posteriormente, ya a finales de siglo, «sociedad burguesa», porque representaba los intereses del burgués o ciudadano como única clase social. Esta nueva concepción de la sociedad, como sociedad civil o burguesa, en el sentido originario de esta palabra, consiguió su consagración definitiva, tanto social como política, con la Revolución Francesa merced a los teóricos de la Ilustración, alcanzando su expresión dogmática en la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano (1789).

Durante el siglo XIX este nuevo concepto de Sociedad civil, plenamente adecuado a su nombre, se impuso definitivamente. Se consumó así su separación y su segregación de la sociedad política organizada que se identifica con el Estado moderno. La concreción y el desarrollo de este nuevo concepto de Sociedad civil no fue uniforme, sino que se hizo en cuatro direcciones principales, cuyas ramificaciones múltiples llegan hasta nuestros días. Son éstas que a continuación se explican.

1. Por una parte la doctrina del Estado liberal de Derecho, fruto del liberalismo político y económico, profundizó el concepto de sociedad de la Revolución francesa y de los teóricos de la Ilustración. La Sociedad se constituye así en instancia legitimadora de la intervención del Estado y a la vez en plataforma de toda actuación social, económica y política de los ciudadanos, desde la cual éstos pueden ejercer sus derechos y libertades y oponerse a la intervención del Estado. Esta intervención queda por lo demás limitada a unos cauces estrictos, que dan seguridad al ciudadano, quien por ello se siente amparado en todo momento en esa gran magnitud vital, independiente del Estado, que es la Sociedad.

2. De otra parte Hegel consuma la separación de los conceptos de Sociedad civil y sociedad política o Estado. Mientras la tradición política anterior, ya desde la doctrina aristotélica, concibe la sociedad civil como sociedad política, hasta tal punto que para ella la razón de ser de la sociedad civil o es otra que la de organizar y ordenar la vida política, Hegel separa radicalmente la esfera civil y la esfera política de la vida comunitaria, correspondiendo la primera a la Sociedad civil y la segunda al Estado o sociedad política. Y mientras que para la doctrina tradicional, y más aun para el iusnaturalismo moderno e incluso para el liberalismo clásico del siglo XVIII, la sociedad civil y también política consiste en una unión de personas, que

establecen racional y libremente una comunidad y se someten al poder por ellas constituido en ésta, para Hegel la Sociedad civil se constituye por «personas privadas», que descubren su esencial tendencia a la generalidad y que se sienten unidas por la comunicación y la actividad, literalmente, por un «sistema de necesidades», como base natural, y por «el trabajo», como medio primordial para satisfacerlas. La Sociedad civil pertenece a la esfera de la moralidad objetiva, a la que es esencial la idea de *comunidad*, como pertenecen también la familia y el Estado, entre los cuales ella ocupa el lugar intermedio. Pero se diferencia de ambos tanto por su origen como por sus caracteres esenciales y por su función en la vida comunitaria. Y no tiene como causa genética un contrato o pacto de voluntades libres, sino que «el sistema de necesidades y el trabajo», a los que siguen, como categorías determinantes, el intercambio y la división del trabajo, el valor de las cosas y su propiedad, la creación del Derecho en forma de ley y la administración de justicia por los tribunales, así como la organización y ordenación corporativa de la vida social y la vigilancia y salvaguarda de los derechos individuales²⁰.

3. Esta separación o segregación de la Sociedad civil respecto a la sociedad política o Estado es proseguida y acentuada por K. Marx, hasta el extremo de quedarse sólo con ella como modo de organización de la vida común y propugnar la abolición del Estado. En un principio Marx repite casi literalmente a Hegel; pues, al referirse a la sociedad burguesa o civil, la contrapone positivamente a la sociedad medieval o feudal, haciendo ver que en ésta las condiciones de la sociedad civil y de la sociedad política eran idénticas, porque la sociedad civil era la sociedad política; más aun, porque el principio orgánico de la sociedad civil era también el principio del Estado; toda su razón de ser era política, era la razón de ser del Estado, y, por ello, todas sus actividades tenían una significación y virtualidad esencialmente políticas²¹.

Pero Marx, inspirado en el propio Hegel, acentúa sobremanera la *condición humana* de la sociedad civil. Es así como, en la décima tesis sobre Feuerbach, llega a afirmar taxativamente que «el punto de vista del antiguo materialismo era la sociedad 'burguesa', mientras que el punto de vista del nuevo materialismo es la sociedad humana, o, dicho de otro modo, la humanidad

20. Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 182-256. En el § 188 describe Hegel sintéticamente las funciones de la Sociedad civil de este modo: «Die bürgerliche Gesellschaft enthält die drei Momente: A. Die Vermittelung des *Bedürfnisses* und die *Befriedigung* des Einzelnen durch seine Arbeit und durch die Arbeit und *Befriedigung aller Übrigen*, — das System der *Bedürfnisse*. B. Die Wirklichkeit des darin enthaltenen Allgemeinen der *Freiheit*, der Schutz des Eigentums durch die *Rechtspflege*. C. Die Vorsorge gegen die in jenen Systemen zurückbleibende Zufälligkeit und die Besorgung des besonderen Interesses als eines *Gemeinsamen*, durch die *Polizei* und *Korporation*».

21. Cfr. *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, en MEW, I, 275.

socializada»²². Por este camino concluye fácilmente en un concepto peyorativo, mejor dicho, totalmente negativo, de la sociedad burguesa; ésta ya no se identifica con la Sociedad civil, porque el calificativo «burgués» ya no es sinónimo de civil. Como tal la sociedad burguesa sólo significa una forma histórica de sociedad, que representa los intereses de una clase determinada, que es la burguesía, la dueña por cierto del capital y de los instrumentos de trabajo. Por eso la llama también sociedad capitalista. Frente a esta clase dominante está la inmensa clase dominada, que representa a los asalariados y al proletariado, concepto éste que, por otra parte, había sido ya apuntado por Hegel, al señalar que la sobreabundancia de riqueza, ocasionada por la producción, en manos de la clase más rica, hará que, a pesar de su propia fortuna, la Sociedad civil no sea lo suficientemente rica para financiar la sobreabundancia de pobreza y la promoción del populacho²³.

De esta manera para Marx la Sociedad civil se convierte en una *sociedad de clases* o estamentos, cuya determinante fundamental está constituida por las relaciones de producción de la vida material, es decir, la base económica²⁴. Sólo en la medida en que la clase productora se adueñe del proceso de producción, así como del proceso de distribución y consumo de bienes materiales, se conseguirá la implantación de una sociedad sin clases, que será la sociedad socialista y posteriormente la sociedad comunista. Es entonces cuando el Estado, como estructura superpuesta a la Sociedad, desaparecerá, siendo ésta quien le sustituya en todas sus funciones, entre ellas la creación e imposición del Derecho.

4. Paralelamente a estas corrientes, que implicaban la tendencia a una organización autónoma de la Sociedad con independencia del Estado o como base del mismo, se fue desarrollando paulatinamente durante el siglo XIX la posibilidad de un saber autónomo acerca de la Sociedad o que tuviera como objeto propio a la Sociedad. Así surgió la Sociología como ciencia autónoma, que, aunque en un principio nace con la denominación de Física social por obra de H. Saint-Simon y de A. Comte, pronto se configura como tal y adquiere independencia tanto de la Economía como de la Ciencia política²⁵. La primera consecuencia de este hecho es que el concepto de

22. «Der Standpunkt des alten Materialismus ist die 'bürgerliche' Gesellschaft, der Standpunkt des neuen, die menschliche Gesellschaft, oder die vergesellschaftete Menschheit». 10. These über Feuerbach, MEW, III, 535.

23. Así literalmente en el § 245 de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*: «Es kommt hierin zum Vorschein, dass bei dem *Übermasse des Reichtums* die bürgerliche Geseellschaft *nicht reich genug ist*, d. h. an dem ihr eigentümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem *Übermasse der Armut* und der Erzeugung des Pöbels zu steuern».

24. Dice Marx textualmente en el prólogo a la *Crítica de la Economía política* (1859): «Unsere Untersuchung mündete in dem Ergebnis, dass Rechtsverhältnisse wie Staatsformen... in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, deren Gesamtheit Hegel..., nach dem Vorgang der Engländer und Franzosen des 18. Jahrhunderts, unter dem Namen 'bürgerlichen Gesellschaft' zusammenfasst, dass aber die Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft in der politischen Ökonomie zu suchen ist». MEW, XIII, 8.

25. La denominación «Sociología» aparece ya a partir del tomo V del *Cours de Philosophie positive* (1839) de A. Comte, quien advierte expresamente que con ella se remedian las viciosas interpretaciones de la Física social.

sociedad burguesa desaparece y pasa a ser considerado como un concepto histórico, lo mismo que el de sociedad feudal, conceptos ambos que en último término sólo interesan a la Ciencia política; algo parecido ocurre también con el concepto de Sociedad civil; a la Sociología como ciencia le interesa la Sociedad sin más calificativos. La segunda consecuencia importante es que, a partir de ahora, el concepto de Sociedad se diversifica considerablemente, apareciendo, al lado de la concepción política y de la económica hasta ahora predominantes, una concepción orgánica y evolucionista, otra psicologista, otra mecanicista, etc. Pero lo común a todas ellas, y lo que más interesa destacar a nuestro propósito, es que la Sociedad se conceptúa como una realidad con entidad propia, no reductible ni a una mera suma o agregado de individuos o de voluntades individuales, ni tampoco al conjunto de sus relaciones económicas de producción y consumo, ni mucho menos a un elemento constitutivo de la organización política o Estado. Aunque estos ingredientes no se niegan como componentes del concepto de Sociedad, como elementos determinantes de este concepto se destacan ahora la conciencia y el orden moral colectivos, la tradición cultural, la pertenencia a un mismo espacio vital y la interdependencia de sus miembros, todo lo cual ocasiona un cuerpo uniforme de representaciones colectivas acerca de la realidad social y de sus normas reguladoras. En definitiva se considera que la Sociedad es real, no es un *ens fictivum* o un ente ideal; esta realidad se prueba, entre otras cosas, analizando sus caracteres, que permiten sobre todo ver las diferencias entre una Sociedad y otra.

5. Entre los instrumentos conceptuales arbitrados para explicar lo que es la Sociedad como entidad real, merece destacarse la concepción de la Sociedad como *sistema social*, entre otras cosas por su repercusión en el siglo XX y más aun en nuestros días. La concepción de la Sociedad como sistema social fue apuntada ya por Herbert Spencer, aunque su configuración concreta es debida, desde presupuestos doctrinales distintos, a Max Weber y Wilfredo Pareto. No obstante, su desarrollo expreso corresponde a la escuela estructural y funcionalista, uno de cuyos principales representantes, Talcott Parsons, define la Sociedad como un sistema social, que satisface, mediante sus propios recursos, todas las condiciones funcionales esenciales para su existencia prolongada²⁶. Notas determinantes de este concepto serían, por tanto, la autarquía, la autosuficiencia, que no implica aislamiento, la interacción y la existencia duradera.

26. Cfr. T. PARSONS, *The Social System* (Glencoe/Illinois, 1951), p. 19.

SECCION SEGUNDA

I. TIPOLOGIA DE LA SOCIEDAD

Si tratamos de hacer ahora una clasificación adecuada de las distintas modalidades de sociedad que la investigación histórica del concepto nos ha ofrecido, con la finalidad de lograr una clasificación concreta, parece evidente que las diversas formas de sociedad consignadas son reductibles a los siguientes tipos:

1.º) La sociedad entendida como unión de personas, cuyo vínculo es natural y hasta cierto punto independiente de la voluntad de sus miembros, por ejemplo: la familia, el parentesco, la estirpe, el pueblo, la pertenencia a un mismo espacio o entorno vital, que da origen a la comarca, la región, la nación o nacionalidad, etc.

2.º) La sociedad como asociación de personas, que tiene su origen en una decisión libre, expresa o tácita, de las voluntades concordantes de sus miembros —los socios— y que se formula mediante un contrato, un pacto o un mero acuerdo.

3.º) La sociedad como asociación natural, que a la vez suele ser libre y voluntaria, para organizar y ordenar la convivencia y la coexistencia políticas; su carácter es siempre público, pues nace precisamente para regir la cosa pública. Por eso se la ha llamado indistintamente sociedad civil, sociedad política y sociedad pública.

4.º) La sociedad concebida como magnitud comprensiva de todo el género humano; surge como concepto en la filosofía estoica y luego es aceptada y conformada por el humanismo cristiano; modernamente este concepto ha sido ampliamente desarrollado por múltiples corrientes doctrinales, tanto de signo idealista como de signo materialista, siendo su punto de convergencia la pretensión universalista de explicar o comprender el progreso, el cambio y la evolución histórica como base de una Filosofía de la Historia.

5.º) La sociedad como entidad real autónoma, distinta de y más o menos opuesta a la organización política o Estado, que garantiza al individuo la conservación y el ejercicio de sus derechos y libertades naturales o civiles y que al propio tiempo sostiene, justifica y limita la actuación de la organización política y singularmente del Estado. Desde el momento de su configuración como concepto diferente, la convicción general ha sido casi siempre que en este dualismo, en cierto modo maniqueo, la Sociedad representa la parte buena, mientras que al Estado se le asigna la parte mala, que a veces se presenta también como temible.

No obstante la claridad meridiana de esta clasificación, cabe decir que, con miras al análisis concreto de la relación originaria entre Sociedad y Derecho, no parece del todo aconsejable mantenerla y mucho menos seguirla. Pues ni todas estas formas tienen la misma relevancia, ni tampoco el orden en que históricamente han ido apareciendo es el más recomendable para

establecer una tipología aceptable. De ahí que, sin menospreciar esta base histórica, parezca más conveniente guiarse por un criterio lógico a la hora de clasificar y ordenar las diversas formas de sociedad. De acuerdo con ello, los tipos de sociedad que cabe distinguir serían estos cuatro:

1.º La sociedad concebida en un sentido universalista, equivalente a la humanidad o al género humano; es decir, la Sociedad humana.

2.º La sociedad como substrato del Estado o el conjunto de ciudadanos que conviven dentro de un Estado soberano; es decir, la Sociedad civil o simplemente la Sociedad por antonomasia.

3.º La sociedad como mera unión o como asociación de personas, que en gran medida ha sido sustituida en la Ciencia sociológica por el concepto clave de «grupo social».

4.º La sociedad interpretada como «sistema social», es decir, como entidad colectiva autosuficiente y autárquica.

Explicaremos brevemente el contenido y alcance de cada uno de estos conceptos-tipo de sociedad, para ver luego cuál de ellos es el más adecuado para explicar la interdependencia recíproca de Sociedad y Derecho.

1. En primer lugar tenemos la sociedad entendida como la Sociedad humana, es decir, aquella concepción universalista de la sociedad que comprende toda la humanidad o una gran parte de ella en una época histórica. A pesar de parecer una concepción etérea por no tener contornos fijos, esta concepción universalista de la sociedad ha sido propugnada, como ya hemos indicado, por corrientes doctrinales muy dispares, que confluyen o se diversifican según el contenido concreto que le asignan. En visión panorámica cabe señalar estas modalidades:

a) La idea de la Sociedad humana como entidad *ideal* o como entidad *real*, que comprende y reúne a todos los hombres que en el mundo han sido o serán a través de todos los períodos o edades de la Historia. Como tal constituye la base real de ésta, además de sujeto y promotor de su evolución y de su progreso, en cuanto genera y trasmite la cultura.

b) La idea de la Sociedad humana como entidad *real*, temporalmente delimitada, en cuanto comprende a los hombres de una época histórica determinada. En este sentido se habla de la sociedad o de las sociedades primitivas, de la sociedad feudal, de la sociedad moderna; también, tomando como criterio las condiciones económicas, se habla de sociedad preindustrial y de sociedad industrial, de sociedad capitalista y sociedad socialista, en cuyo caso se toma como criterio o pauta la evolución histórica de la civilización occidental, lo que supone ya una delimitación espacial, delimitación que es más viable cuando se alude a la sociedad europea, a la sociedad americana e incluso a la sociedad euro-americana.

2. En segundo lugar tenemos la Sociedad como entidad subyacente al Estado, la llamada desde el siglo pasado Sociedad civil. A ella nos referi-

mos cuando hablamos normalmente de la Sociedad (que en este caso suele escribirse también con mayúscula); o cuando decimos que la sociedad es responsable de esto o de lo otro; o que es preciso tener en cuenta la opinión y el sentir de la sociedad; o que se ha perdido o se ha redescubierto a la sociedad —después de un régimen de opresión y de conculcación sistemática de los derechos y libertades de los ciudadanos—. En otro contexto más claro, se alude también a este concepto o tipo de sociedad cuando se hace referencia a la sociedad norteamericana, la sociedad rusa, la sociedad inglesa, la sociedad española, etc. De otra parte este mismo concepto es el que J. Rawls, por citar el ejemplo más notable, tiene presente cuando considera a la «sociedad bien organizada» la base sustentadora de su Teoría de la justicia²⁷.

En todos estos casos la Sociedad se concibe como una entidad real diferente del Estado, y muchas veces también como opuesta al Estado, aunque ambos tengan el mismo subtrato humano; es decir, que son los mismos los hombres que componen una y otra, con la radical diferencia que la relación de éstos con la Sociedad se concibe como una relación directa, inmediata, más próxima y activa, mientras que la relación con el Estado se concibe como una relación indirecta, mediata, más lejana y normalmente pasiva.

Las posturas doctrinales en torno a este concepto de sociedad son también de distinto signo y tampoco coinciden, ni mucho menos, en el contenido y alcance que le otorgan. En síntesis muy breve, pero no por ello falsificadora de la realidad, cabe reducirlas a dos grandes concepciones, que además se presentan como diametralmente opuestas: la de los que defienden la primacía absoluta de los individuos y de la Sociedad frente al Estado (tesis individualista) y la de los que propugnan la primacía del Estado frente a la Sociedad y, por consiguiente, también frente a los individuos (tesis colectivista).

3. En tercer lugar hemos aludido a la sociedad como mera unión o asociación de personas, que en gran medida se identifica con el concepto clave hoy día de «grupo social». Esta forma de sociedad es además históricamente la más antigua. En su consideración actual se bifurca en dos direcciones:

a) Ante todo tenemos aquella unión de personas debida fundamentalmente a un vínculo o relación natural, cual es el parentesco (familia, sociedad doméstica); o bien la pertenencia a un mismo espacio o entorno vital (pueblo, comarca, región, nacionalidad); o, por último, una conjugación de ambos factores, como es el caso de las minorías étnicas o de emigrantes en país extraño.

b) De otro lado tenemos la asociación de personas debida a un acuerdo o consenso expreso o tácito, que puede ser como socio constituyente o por adhesión posterior; son ejemplos típicos las asociaciones sindicales, profesionales, mercantiles, etc.; es sin duda la modalidad asociativa que más se aproxi-

27. Cfr. *A Theory of Justice* (1972), 8, impr. (Oxford 1988), especialmente & 1 y 69. Para un análisis minucioso de la «well-ordered society» v. la tesis de M. A. RODILLA, *La teoría de la justicia de John Rawls*, de próxima publicación.

ma al concepto de «grupo social» de la Sociología empírica; de ahí que en gran parte le afecte también la inseguridad y la variedad de lo que la Sociología empírica entiende por grupo social.

4. El último concepto-tipo mencionado es el de la sociedad como sistema social. Al considerar la sociedad como sistema se estima que es posible y también factible explicar su estructura y su funcionamiento mediante la aplicación a ella del concepto de sistema, tal como éste es entendido actualmente y como ha sido aplicado con notable éxito en otros campos. Se trata por tanto de un concepto más bien interpretativo. Por ello no es excluyente de los anteriores, sino que es conjugable con ellos, sobre todo con el segundo y el tercero. No obstante, en cuanto se le asignan como notas distintivas la autosuficiencia, la autarquía y el subsistir por sí mismo, se está pensando propiamente en la Sociedad como entidad subyacente al Estado soberano. Para ello se distinguen sistemas totales y sistemas parciales, siendo la Sociedad como substrato del Estado el sistema total, y los grupos asociativos o entidades que en ella operan los sistemas parciales²⁸. Más recientemente se prefiere hablar simplemente de sistema y subsistemas²⁹. En ambos casos se estima que la Sociedad y los grupos o entidades que la componen están estructurados y actúan o funcionan como un sistema, pues constan de las notas constitutivas de todo sistema, a saber: pluralidad de elementos, que son los individuos que la componen; relacionados entre sí, que este caso es el proceso de interacción; bajo un principio de unidad, que es la meta alcanzable.

SECCION TERCERA

LA SOCIEDAD COMO SUJETO CREADOR Y PORTADOR DEL DERECHO

Una vez consignados los diversos conceptos-tipo de sociedad, es preciso abordar la principal cuestión de fondo, que es la que concierne a cómo surge o debe surgir el Derecho de la sociedad y en qué medida ésta actúa como portadora de aquél. A este respecto conviene advertir desde un principio que no todos los conceptos-tipo señalados tienen la misma significación en orden a plantear y resolver tal cuestión. Conviene por ello distinguir dos momentos en su tratamiento: uno negativo, que consiste en ir excluyendo aquellos conceptos cuya significación es menor; y otro positivo, que consiste en analizar sucintamente la interdependencia de Sociedad y Derecho en aquel concepto de sociedad que haya sido seleccionado como más apropiado.

28. Cfr. T. PARSONS, *The Social System*, cap. III.

29. Así especialmente N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung; Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4 Aufl. (Opladen, 1974); y *Ausdifferenzierung des Rechts; Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt, 1981).

I

Comencemos por el primer aspecto, el que se refiere a la eliminación de los conceptos-tipo cuya significación es menor en orden a resolver el problema.

1. Ante todo parece oportuno excluir el primer concepto-tipo mencionado, es decir, la sociedad entendida como Sociedad humana en general. Y esto tanto en su sentido universalista pleno, es decir, el que se refiere a la Sociedad humana como magnitud comprensiva de toda la humanidad sin límites temporales ni espaciales, como en el sentido menos universalista, pero general, que atañe a la Sociedad humana de una época histórica determinada. No obstante, aquí deben hacerse algunas salvedades importantes. Pues no se puede olvidar que existe un sector muy amplio del Derecho de todos los países cuyas raíces hay que buscarlas en la Sociedad humana en general, tanto en el sentido universalista pleno como en el sentido más restringido, es decir, el que alude a la Sociedad humana de una época histórica concreta. Además existe el Derecho internacional, que, aunque se le asigne como fuente originaria el acuerdo o consenso de los Estados y de las Sociedades que éstos representan, no puede desvincularse totalmente de aquel sentido universalista que tenía el Derecho de gentes y que, como hemos visto, correspondía a la Sociedad humana genéricamente entendida.

2. En segundo lugar parece que conviene prescindir también, al menos inicialmente, del concepto de sociedad que se identifica o es reductible al concepto de grupo social. Por dos razones principales. La primera porque, como hemos dicho, el concepto de grupo social es indeterminado, impreciso, con lo cual su indeterminación e imprecisión se transmitiría al concepto de sociedad utilizable para enraizar en ella el Derecho. La segunda porque en la civilización contemporánea existe un número casi inabarcable de grupos sociales, cuya naturaleza y condición, así como sus dimensiones y objetivos, son muy dispares. En último término, para una fundamentación social del Derecho sólo interesan aquellos grupos o asociaciones que poseen una estructura estable y que presentan una unidad de acción tanto hacia el interior, es decir, en las relaciones de los miembros con la colectividad o asociación, como hacia el exterior, es decir, frente a otros grupos sociales. Ciertamente que desde esta perspectiva los grupos sociales tienen las más de las veces un Derecho propio y hasta cierto punto legítimo; pero el que aquí nos interesa es el Derecho que corresponde a la Sociedad en un sentido más amplio.

3. El concepto de sociedad como sistema social es atendible en cuanto representa un instrumento técnico sumamente valioso, y además muy actual, para explicar la estructura y la función de toda sociedad moderna. Sus ventajas técnicas quedan en cierta medida neutralizadas por dos obstáculos: por tratarse de un concepto demasiado complejo y muy reciente, que como tal no se ha incorporado todavía a la cultura generalizada; y porque de momento interesa más a los sociólogos que a los juristas. No obstante,

como medio auxiliar para el análisis de la dependencia del Derecho respecto a la Sociedad, debe ser mantenido.

II

Nos queda, por tanto, como concepto-tipo adecuado para analizar la interdependencia de Sociedad y Derecho aquél que contempla la Sociedad como entidad subyacente al Estado y diferente del Estado. La Sociedad así entendida presenta una serie de *caracteres* específicos, cuya consideración es obligada para poder ver en qué medida es sujeto creador y portador del Derecho. Son los que se describen seguidamente.

1. Tal tipo de sociedad no debe su *origen* a un *pacto social* o a un *contrato*, no se ha constituido mediante un consenso o acuerdo de voluntades, como estima la teoría del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau) y como intenta reconstruir el neocontractualismo actual; ni tampoco es aceptable que en ese supuesto momento constitutivo de la Sociedad se hubieran tenido en cuenta tanto las condiciones de vida anteriores como las ventajas e inconvenientes posteriores al pacto; y mucho menos que se hubieran calculado las múltiples consecuencias para los individuos que la componen, así como los fines y las metas que habrían de conseguirse. Muy al contrario, el *origen* histórico concreto de cada Sociedad procede de una serie de condiciones naturales y culturales, que son independientes en gran medida de la voluntad de los individuos que formaban parte de ella en sus comienzos; mucho menos dependen de la elección de quienes posteriormente se incorporan o han de pertenecer a ella. Aplicado a la situación actual, lo que cabe decir es que se nace, y con ello se pertenece, a esta o aquella Sociedad: la norteamericana, la inglesa, la española, etc.; y, por otra parte, los fines y metas alcanzables no siempre son conocidos ni previsibles y, aún siéndolo, quedan a merced del cambio y de la evolución histórica.

2. Dentro de la Sociedad así constituida operan una serie de tendencias afines de los individuos que la componen, tendencias que, poco a poco y superando los intereses particulares, van configurando una cierta conciencia social o modo de pensar y de opinar. Este modo común de pensar y opinar, en cuanto tiene como objetivo arreglar y ordenar los asuntos propios, constituye el núcleo de cada Sociedad, y a la vez permite diferenciarla de las demás, incluso de las más similares o próximas a ella. Además posee la cualidad de ser *histórica*, en el sentido más radical del vocablo; lo que implica que no es pasiva ni estática, es decir, inmóvil, sino que es activa y dinámica, es decir, que está en continuo cambio.

3. Debido a esta su radical condición histórica y dinámica, la Sociedad así entendida produce necesariamente, entre otras cosas, una serie de reglas o normas de conducta dirigidas a los miembros que la componen, cuya finalidad primera es posibilitar y garantizar la convivencia común, así

como la propia subsistencia de la Sociedad. Estas reglas o normas de conducta, que la Sociedad produce, son agrupables en torno a tres tópicos principales: los usos, la moralidad objetiva o Moral social y el Derecho. Aunque comunes en su origen remoto, estos tres grupos de normas se diferencian considerablemente, sobre todo por el grado de espontaneidad o el grado de racionalidad que a cada uno de ellos corresponde. De ahí que, según cual sea el criterio de clasificación que se acepte, resultará el orden de precedencia entre ellos. Según el criterio de la espontaneidad, el primer lugar corresponde a los usos, el segundo a la Moral social y el tercero al Derecho. Según el criterio de racionalidad, la relación es inversa: el mayor grado corresponde al Derecho, le sigue la moralidad objetiva o Moral social y, por último, los usos³⁰.

III

Hecha esta breve caracterización del tipo de sociedad que aquí nos interesa, a saber, la Sociedad como entidad subyacente al Estado, conviene analizar cómo surge o debe surgir el Derecho de ella.

1. Ante todo cabe decir que el sujeto creador del Derecho en una Sociedad concreta es o debe ser, como queda ya insinuado, la conciencia social o la opinión común en ella existente. No lo es ni mucho menos la voluntad privilegiada o el saber particular de un individuo determinado, por singular o cualificado que él se crea o que se le considere, elevándolo incluso a la categoría de «irrepetible», lo que sería señal de indigencia para la Sociedad que lo produjo, pues sólo habría sido capaz de engendrar uno de tal condición; esto convertiría a la Sociedad en monocrática, o la llevaría a una autocracia o dictadura. Tampoco lo es un grupo privilegiado de individuos o de ciudadanos, lo que implicaría una aristocracia social, otorgando la dirección de la Sociedad a una clase selecta, que a la postre conduciría a la implantación del darwinismo social; ni tampoco lo es la voluntad de una mayoría circunstancial, cual sería la imposición de la voluntad de un partido político mayoritario. Quien crea o debe crear el Derecho en una Sociedad concreta, entendida ésta como substrato o base legitimadora del Estado, es la conciencia social general. Es la convicción común respecto a cómo deben regularse las relaciones jurídicas básicas y todas las que se consideren necesarias para su funcionamiento como Sociedad, quien ha de establecer el Derecho. Pues es un Derecho de ella y para ella.

2. Quizá la mejor manera de explicar la dependencia originaria que el Derecho tiene de la Sociedad sea si lo comparamos con la producción de una obra estética, por ejemplo, una obra literaria, una pieza musical o

30. En idéntico sentido opina H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie; Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. (München, 1977), p. 93 ss.

un monumento arquitectónico, en cuanto también estos productos culturales surgen en la Sociedad y para la Sociedad³¹. Pues bien, por mucho que el proceso de creación y la calidad de una obra de arte sean tributarios de la manera de pensar de la Sociedad en que nacen, el auténtico creador es siempre una persona individual, incluso en el llamado arte colectivizado. La obra de arte es siempre una creación del individuo, no de la Sociedad; tiene su origen en el talento y la inspiración de su autor. Sólo después de haberla creado, la Sociedad la valora y le da vida colectiva, la hace suya y la incorpora a su patrimonio cultural. Muy distinto es el caso del Derecho. Aquí el autor es siempre la Sociedad, no los individuos en cuanto tales. El hecho de que en múltiples ocasiones una persona o una pluralidad de personas —por ejemplo, un Parlamento, una Comisión especial o los diferentes órganos de la Administración pública— sean los llamados a determinar lo que ha de ser Derecho o lo que se haya de tener como regulación jurídica en una Sociedad, no quiere decir ni mucho menos que sean ellos quienes crean el Derecho en ella. Más bien sucede que, en cada acto legislativo o en cada acto regulativo de la vida social, quienes lo realizan están legitimados sola y únicamente en cuanto actúan como representantes de la Sociedad. Por ello en modo alguno deben guiarse por sus opiniones y preferencias particulares, sino por las preferencias y opiniones vigentes en la Sociedad que representan. De no hacerlo, incurren en la responsabilidad de incumplir el mandato representativo, y la Sociedad ha de exigirles esa responsabilidad.

3. El principal problema consiste en *cómo* se puede obtener una opinión común que sea compartida por todos los individuos que componen la Sociedad. Aquí es donde entra en juego toda la teoría de la formación de la voluntad común, a la que J. J. Rousseau llamó voluntad general, que no es lo mismo que la voluntad de todos³². Para nuestro objetivo inmediato, basta indicar dos observaciones de capital importancia:

1.^a Hay sectores de la vida social en los que es más fácil lograr una uniformidad de criterio. Se trata de aquellas relaciones jurídicas más elementales que afectan a la estructura básica de la vida social. También entrarían aquí aquellas relaciones jurídicas cuya regulación es más bien tributaria de la técnica o que tienen un carácter primordialmente técnico.

2.^a Hay en cambio otras cuestiones en que la uniformidad es de por sí difícil, sobre todo cuando se interfieren valoraciones morales. Aquí conviene a su vez distinguir tres supuestos: a) en primer lugar estarían aquellas cuestiones que, por su naturaleza y gravedad, exigen un modo de pensar y de opinar bastante común y generalizado; pero ni aun en este caso se precisa una coincidencia total en el modo de pensar de una Sociedad, siendo suficiente una mayoría muy cualificada; b) hay otras cuestiones en que sería suficiente con una uniformidad relativa, equivalente a lo que en

31. Cfr. H. HENKEL, o. c., p. 186 ss.

32. Cfr. *Du Contrat social ou Principes du Droit politique*, II, 3.

el terreno moral se suele denominar Moral social dominante o predominante; c) por último, existen muchas otras cuestiones en las que en cierto modo hay una delegación permanente de la Sociedad a los órganos e instituciones que la dirigen, mediante la cual se les otorga un voto de confianza para que actúen con la misma diligencia que lo harían al ordenar y arreglar sus asuntos propios.

