



22 de junio de 2023

EP2.12-23

**Encuentros en
el Espacio Público.
Hablemos de instituciones**

Sobre las instituciones

Andrés Betancor

Encuentros en el Espacio Público. Hablemos de instituciones

Duodécimo encuentro. Sobre las instituciones

22 de junio de 2023

Coordinador

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Ponente

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Diálogo. Participantes invitados

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

de Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho Constitucional

de la Fuente, María José

Ex presidenta del Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho Administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho Administrativo

Fernández Farreres, Germán

Catedrático de Derecho Administrativo

García de Enterría, Javier	Catedrático de Derecho Mercantil
García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho Constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho Administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho Internacional Público
Madrigal, Consuelo	Exfiscal General del Estado
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho Administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Muñoz Machado, Santiago	Catedrático de Derecho Administrativo Director de la Real Academia Española
Pérez de los Cobos, Francisco	Catedrático de Derecho del Trabajo UCM
Petitbò, Amadeo	Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
Roca Trías, Encarnación	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Rojo, Ángel	Catedrático de Derecho Mercantil
Soldevilla Fragoso, Santiago	Magistrado de la Audiencia Nacional
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho Constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho Constitucional

Duodécima ponencia.

Sobre las instituciones

Andrés Betancor

Catedrático de Derecho Administrativo

Estamos asistiendo a un proceso continuado de erosión de las instituciones más relevantes de nuestro Estado democrático de Derecho. Y nos preocupa. Nos preocupa por dos razones esenciales. La primera, porque no hay Estado democrático de Derecho sin las instituciones que le sirven de soporte. Y la segunda, porque las instituciones se sostienen, más que por la fuerza de la autoridad, por la de la legitimidad, que es la base de la confianza, pieza esencial, a su vez, de la convivencia, en particular, la democrática. Por lo tanto, nos preocupan las instituciones porque nos preocupa la democracia. Pero, ¿qué son las instituciones? ¿qué entendemos por instituciones?

La palabra “institución” tiene su origen en la palabra latina “institutio” que, a su vez, deriva del verbo “instituo” (“instituire”)¹, origen de nuestra palabra “instituir”. Según el Diccionario de la Lengua Española, institución es “establecimiento o fundación de algo”; “cosa establecida o fundada”; “organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente”; “cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad”, así como “órganos constitucionales del poder soberano en la nación”. Por lo tanto, en una primera aproximación, institución es, en términos generales, un establecimiento, una organización, un organismo, fundamentalmente, públicos u oficiales.

La asociación entre institución y organismo conduce, de manera inevitable, a que asuma las características propias de toda organización: ordenación de medios, personales y materiales, para el desarrollo de una función o tarea, de manera tendencialmente indefinida en el tiempo, todo ello, conforme a reglas. Así, desde sus orígenes, las instituciones son utilizadas como criterio dogmático para la ordenación del Derecho². Unos de los libros

más relevantes de la historia del Derecho, la magna obra de Gayo de compilación del Derecho romano, del siglo II, se titula precisamente Instituciones³. Su finalidad es la exposición ordenada/organizada del Derecho romano a partir de una idea: “todo el Derecho vigente entre nosotros tiene por objeto o las personas, o las cosas, o las acciones”. A partir de esta afirmación, se puede organizar u ordenar en instituciones. Si es posible el proceso de abstracción (desde las reglas jurídicas hacia la institución común), también lo es en sentido contrario (desde las reglas jurídicas a los hechos calificados precisamente como institución), resultado de instituir. En Gayo encontramos los dos procesos. El primero, que es el convencional, pero también el segundo, así habla de la “institución del heredero”, referido a cuándo y cómo el heredero es instituido (lib. II, Título IV).

La institución, desde estos orígenes orgánicos y organizativos, se expande llevada por el éxito de ofrecer una pauta o patrón de ordenación de la riqueza y la diversidad. A principios del siglo XX, incluso, el denominado “institucionalismo”, ha pretendido reducir la sociedad (Hauriou) o el Derecho (Santi Romano)⁴ a instituciones. En el fondo, tratándose de constitucionalistas, como ha destacado La Torre⁵, pretendían resolver un problema de adscripción del individuo, prescindiendo, sin duda, de la libertad. Porque la institución, en tanto que organización, incorpora al individuo como parte o elemento de una realidad superior en la que se disuelve. Tiene sentido que, sobre esta base, el institucionalismo clásico incluya a reaccionarios como Carl Schmitt.

En el mundo anglosajón, la institución tiene un significado ligeramente distinto que responden a una perspectiva diferente. En el *Cambridge Dictionary* encontramos tanto el usual significado relativo a organizaciones, como el siguiente: “a custom or tradition that has existed for a long time and is accepted as an important part of a particular society” Y cita, como ejemplo, “the institution of marriage”. Este significado es la base del más extendido en el mundo

1. En el Diccionario latín español de Miguel y Morante, publicado en 1867, se afirma que su origen se encuentra en la palabra “instituo” que se define como establecer, fundar, formar, disponer, preparar, hacer, construir, nombrar, instituir, determinar, instruir, educar, formar, ... A su vez, “institutio” significa creación, formación, institución; disposición, plan de una obra; enseñanza, instrucción; ciencia; método, sistema, doctrina, escuela, secta. En el Diccionario Latín Español de Vox del año 1990 “institutio” significa “disposición, plan (institutionem suam conservare, conservar su norma de conducta); formación, instrucción, educación; secta. Por último, “institutum”, “disposición, regla de conducta, costumbre; plan, designio, proyecto; organización (política, civil, moral, religiosa). Instituciones; ideas, reglas, principios (filosóficos).”

2. Es un significado que se conserva en nuestro Diccionario de la Lengua Española (“colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, de un arte, etc.”).

3. Las “Instituciones” de Gayo, de aproximadamente el año 161, pretenden ofrecer una explicación, incluso, didáctica del Derecho romano partiendo de tres ideas centrales especificadas en el Libro I, Título primero “Del derecho y de su división”. La primera, la diferencia entre el Derecho propio de cada pueblo (“Derecho civil”) y el Derecho común o “Derecho de gentes”; la segunda, las distintas fuentes del Derecho (“consta la jurisprudencia romana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los magistrados que tienen el derecho, de publicarlos, y respuestas de los juriscónsultos (responsa prudentium)”; y la tercera, la “división del Derecho”: “todo el derecho vigente entre nosotros, tiene por objeto o las personas, o las cosas, o las acciones”. Alrededor de estos tres criterios se organiza la exposición de las reglas jurídicas.

4. Más recientemente, el institucionalismo asume planteamientos más “modestos” como la tesis institucional de Neil McCormick que proclama que el Derecho es un “orden normativo institucional”. McCormick, Neil, 2011, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

5. La Torre, M, “Teorías institucionalistas del Derecho (Esbozo de una voz de Enciclopedia)”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, época II, enero 2006, pp. 103-112.

de la economía y de la sociología. En la obra clásica de Douglass C. North⁶, se definen a las instituciones como “las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico”⁷, a la par que aporta previsibilidad y, por consiguiente, seguridad: “la función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana”⁸.

En nuestro Derecho constitucional, la Constitución asume que las instituciones son organismos públicos⁹, con una única excepción muy significativa: los Estatutos de Autonomía que son definidos como “norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma” (art. 147.1 CE), al mismo tiempo que regula la “organización institucional autonómica” (art. 147.2.c), art. 148.1.1º, y art. 152.1). Es la norma institucional precisamente porque instituye a la organización institucional.

Más confusión arroja la jurisprudencia constitucional. Sin definir qué entiende por institución, le reconoce una capacidad para dispensar una protección (constitucional) frente al legislador, asumiendo, sin mayor reflexión, la teoría de la garantía institucional. Y este prejuicio dogmático conduce a resultados desalentadores. La Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (asunto: RI contra la Ley 13/2005, que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio), con ponencia del Magistrado Pérez Tremps, hace un resumen de la doctrina constitucional y de su evolución con ocasión de su aplicación al matrimonio, lo que nos ofrece una muestra excelente de sus problemas e insuficiencias.

Tras destacar que la Constitución reconoce ciertas instituciones, “fundamentales dentro del orden constitucional”, distingue entre las que cuentan con “regulación orgánica” en la misma Constitución de aquellas otras que no. Las primeras son las “instituciones supremas del Estado”, en cambio, las

segundas son las que meramente cuentan con un “reflejo constitucional”, sin regulación orgánica. En este grupo incluye desde la autonomía local, el régimen foral, la Seguridad Social, la familia, los colegios profesionales, pero también el habeas corpus, el habeas data, el derecho de fundación, y la autonomía universitaria, así como, el matrimonio. Estas son las que disfrutan de una garantía constitucional, que protege la “imagen” que la “conciencia social” tiene de la institución correspondiente: la Constitución preserva una “imagen maestra de la institución”. Esta “imagen” configura “un reducto indisponible o núcleo esencial”, preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”, como lo afirmó, específicamente, respecto de la familia (Sentencia 116/1999).

Sobre esta base doctrinal, la Sentencia proyecta sus consideraciones sobre el matrimonio, ofreciéndonos una reflexión más desarrollada. Al ser una institución (además de un derecho fundamental), ¿cuál es esa “imagen maestra de la institución” que el legislador no puede suprimir o desnaturalizar?

El Tribunal lleva a cabo una investigación sociológica y de Derecho comparado que le conduce a afirmar que la “cultura jurídica” ha “evolucionado” y que tal “evolución” “pone de manifiesto la existencia de una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural.” Y, desde este altar de la “nueva imagen” social, el Tribunal puede “entender” qué es el matrimonio y, desde tal comprensión, ya puede juzgar la reforma legal.

¿Puede reducirse la institución a una “imagen maestra”, además, construida por el Tribunal sobre lo que “entiende” que es su “concepción” social que, además, extrae del “Derecho comparado del mundo occidental”? A mi juicio, no. La institución no es una mera “imagen” reconocida socialmente. Que

6. “Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico” del año 1990

7. North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, págs. 9 y 11.

8. Ídem, pág. 13.

9. Véase la descripción de la función moderadora del Rey (“modera el funcionamiento regular de las instituciones”: art. 56.1); la limitación que afecta a los Decretos-leyes (“no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado”: art. 86.1); la definición de los Estatutos de autonomía (“los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”: art. 147.1) que especifica que incluirá “la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias” (art. 147.2.c), sobre la que despliega competencias, al tratarse de una competencia relativa a la materia la “organización de sus instituciones de autogobierno” (art. 148.1.1º). El artículo 152.1 detalla que la “organización institucional autonómica” está integrada por una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno, y un Presidente. En consecuencia, tiene sentido, por último, que el artículo 93 especifique que se requiera una Ley orgánica para autorizar la celebración de tratados por los que “se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”; y, por último, se califica al Defensor del pueblo como “institución” (art. 54).

se utilice como canon de constitucionalidad plantea numerosos problemas (inseguridad), con un único beneficio: reduplica la discrecionalidad del Tribunal. El Tribunal para identificar, reconocer y delimitar su contenido, tiene que embarcarse en “investigaciones” de la “cultura jurídica”, llenos de incertidumbres, y de dudosas conclusiones, por lo que se invalida como herramienta hermenéutica capacitada para deducir conclusiones de constitucionalidad y elevar barreras frente al legislador.

Platón, en la alegoría de la caverna, ya nos advirtió de lo equivocado de guiarnos por las “imágenes”: seguro nos confundimos. Es imprescindible, siguiendo la exigencia platónica, distinguir las apariencias, de las esencias. ¿Qué son las instituciones? Dando por sentado que nos interesan las jurídicas, porque no podemos negar que existan otras fuera del alcance del Derecho, a modo de conclusiones, podemos formular las siguientes tesis. Ad intra, las instituciones son (1) un conjunto de reglas jurídicas que están organizadas u ordenadas conforme a (2) un objeto común delimitado por la finalidad de atender relativa a cierta tarea o función, (3) con una vocación de permanencia en el tiempo; y (4) para dispensar estabilidad y, por consiguiente, previsibilidad y seguridad en la interacción o convivencia social. En cambio, ad extra, las instituciones jurídicamente más relevantes son las que tienen (1) una finalidad instituyente o configuradora de la sociedad, por lo que (2) fundamentan y regulan, en cada momento, el orden social, en sentido amplio, (3) conforme a cierto objetivo social y, por consiguiente, político e ideológico; de ahí que (4) dada su relevancia social, política y económica están constitucionalizadas. Por lo tanto, por último, las instituciones, en tanto que patrones de ordenación de los hechos sociales, pero también, los jurídicos, sirven como criterios de organización de las reglas jurídicas, y de pautas para interpretación de los hechos sociales.

El Estado democrático de Derecho se asienta, como toda forma de Estado, sobre instituciones y, en particular, jurídico constitucionales. Son, como las definieron los filósofos políticos como Rawls (liberalismo político¹⁰), Sandel (liberalismo comunitarista¹¹) y Gray (liberalismo del modus vivendi o filosofía neohobbesiana del modus vivendi¹²), entre otros, las instituciones comunes que hacen

posible la convivencia democrática, basada en última instancia, en la libertad, en la igualdad y en la justicia. Comprometer a las instituciones es comprometer al Estado democrático de Derecho. Lo que estamos observando en los últimos tiempos es una operación de debilitamiento del esqueleto del Estado democrático de Derecho que amenaza su supervivencia a largo plazo. ¿Cómo? Cuestionando la legitimidad de sus instituciones.

10. RAWLS, John, *Liberalismo político*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2013

11. SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa editorial, Barcelona, 2013; y *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Ed. Debate, Barcelona, 2018.

12. GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo*, Página indómita, Barcelona, 2021.

FUNDACIÓN

RAFAEL DEL PINO



Encuentros en el Espacio Público
Rafael Calvo, 39
28010 Madrid
Spain

T (+34) 91 396 86 00
info@frdelpino.es
www.frdelpino.es



© 2023 Espacio público
Fundación Rafael del Pino