

DR 07 22

Escuchen a continuación la emisión de Derecho Civil I por el profesor Hernández Gil, quien desarrollará el tema El Derecho como Norma. En esta primera explicación del curso vamos a tratar de responder a una pregunta que si bien no está explícitamente formulada al comienzo del programa, gravita sobre todo él. Por Derecho Objetivo se entiende el derecho en cuanto a conjunto de reglas de organización social.

Situarse pues en la perspectiva del sentido objetivo del derecho significa atender primordial, aunque no exclusivamente desde luego, a su aspecto normativo, el derecho como regla, como norma. Y esta es la actitud que presupone ya el enunciado del primer tema, modo de ser y división del derecho objetivo, y matizadamente el programa todo. A través del curso irán ustedes estudiando primero las normas mismas y después, desde las normas y en torno a las normas, los conceptos e instituciones fundamentales del orden jurídico.

Si hacemos uso de una metáfora creo que bastante fructífera en el ámbito de la ciencia jurídica, podemos considerar el Derecho Objetivo como las reglas de un juego. Y toda la asignatura gira en torno a esta caracterización del derecho como regla de juego. En primer lugar, veremos cómo son, de dónde surgen, cuáles son sus efectos y cómo hay que interpretar estas reglas.

A continuación estudiaremos la relación jurídica y el derecho subjetivo, o lo que es lo mismo, la textura de ciertas situaciones o estados en la partida del juego del derecho, qué clases de bazas hay y cómo se pueden jugar, los derechos subjetivos, sus límites, cómo se relacionan en un momento determinado las bazas de unos con las de otros jugadores enfrentados, las relaciones jurídicas. Después analizaremos a los jugadores, la persona, las clases de jugadores, cómo su condición influye en el modo de comportarse en el juego según disponen las propias reglas, cuál es la posición del jugador como tal en el juego, su capacidad, su patrimonio, su responsabilidad. Finalmente, al considerar los actos y los negocios jurídicos, veremos cómo se realiza una jugada dentro de la partida, cuáles son los elementos con que debe contar y las consecuencias de la jugada mal hecha.

¿Pero qué significa esta perspectiva normativista? ¿A qué se renuncia adoptándola? Las reglas no son el único objeto posible de la ciencia del derecho. Más allá y más acá de las reglas hay otros fenómenos jurídicos, lo regulado, es decir, las relaciones sociales antes y después de ser informadas por el derecho, los conflictos de intereses, la dinámica de la regla, esto es, el juicio como medio de resolución de los conflictos, que es algo más que la aplicación de una regla persistente o puede ser algo distinto, la autoridad. Y aunque esto tenga una estrecha conexión con lo anterior, tampoco es la de la regla la única perspectiva desde la que pueden contemplarse los fenómenos jurídicos.

Las propias reglas pueden ser consideradas desde fuera de ellas mismas como datos sociales con significación para una sociología del derecho. También el punto de vista puede situarse en el conflicto o simplemente en el problema, así para la tópica, que las reglas pretenden resolver

en abstracto o en el juicio y desde allí considerar la norma sólo como un factor más y no el más relevante entre los que coadyuvan a determinar la resolución, del modo en que lo hacen ciertas corrientes realistas y judicialistas. Para teorías como la del uso alternativo del derecho, la norma no es sino un instrumento en la función política de servir a los intereses de la clase dominante.

La atención se desplaza entonces al análisis y valoración de esta función. Y podríamos seguir enunciando fenómenos jurídicos que no son la regla y puntos de vista no normativistas. A todo ello renunciamos centrándonos en el derecho como regla.

Ahora bien, la renuncia no es absoluta. De hecho, en el desarrollo del programa de la asignatura se ha procurado compensar las exigencias de un obligado normativismo de base con la referencia constante a la realidad social que actúa como trasfondo de las normas y resaltar el valor de concreción del problema que ha de ser resuelto frente a la abstracción y generalidad de la norma. Hemos dicho normativismo obligado, porque si bien en el terreno de los principios de la teoría general del derecho se han producido formulaciones alternativas, la ciencia del derecho civil, en sus desarrollos concretos y específicos, sigue siendo básicamente tan normativista, tan dogmática como hace 150 años.

Pero, al margen de lo expuesto, ¿cabe dar alguna justificación racional al hecho de que la regla ocupe un puesto preeminente en la ciencia jurídica? Desde una perspectiva antropológica, podemos cuestionar si es la regla el primer fenómeno jurídico. Lamentablemente, el problema aún hoy no puede ser resuelto de acuerdo con datos empíricos suficientes. Sólo cabe intentar esclarecerlo de un modo especulativo, mientras no abusemos tanto de la imaginación y del tema en sí, que demos motivo a que se nos prohíba abordarlo como en 1865 se prohibió a los miembros de la Sociedad de Lingüística de París tratar del origen del lenguaje.

Razones a favor de la prioridad antropológica de la regla pueden ser las siguientes, mencionadas por Jean Gargoniet en su obra *Derecho Flexible*. Primero, en las nomogonías de las religiones reveladas, el origen del derecho se hace coincidir con el origen de la ley, y éste se reconduce prácticamente a los orígenes del mundo. Segundo, el tabú es uno de los fenómenos más primarios y universales conocidos en antropología social.

Pues bien, el tabú en cuanto a prohibición, es decir, regla de signo negativo, manifestaría el carácter originario de la regla. Y tercero, en las sociedades primitivas, la vida, su organización, está reglada minuciosamente hasta en sus detalles más elementales. Quizás no sea muy exacto pensar que lo jurídico ha ido introduciéndose progresivamente en la vida social a medida que ésta se ha ido haciendo más compleja.

Lo jurídico no estaría tan conscientemente diferenciado de lo social o de lo moral, pero no por ello dejaría de dar lugar a relaciones obligatorias innecesarias, y sobre todo, no por ello, era su presencia cuantitativamente menor. Por ejemplo, hoy la donación es un acto esencialmente libre. El derecho regulará cómo hay que donar cuando se quiere donar y cuáles son los efectos de la donación.

Pero el derecho no determina cuándo hay que donar. Por el contrario, en las sociedades primitivas, la donación era generalmente un acto debido. También debajo del cuándo donar, latía la presencia de la regla.

Pero del mismo modo, se han dado razones en contra de la primacía antropológica de la regla. Primero, se dice que la norma conlleva unos caracteres tales de abstracción y generalidad que la hacen inexpresable en los lenguajes primitivos, lenguajes eminentemente concretos, faltos de términos abstractos. También, en dichos lenguajes, parece advertirse una ausencia de formas verbales de imperativo y futuro, siendo así que las normas jurídicas tenderían a expresarse en imperativo o al menos en futuro.

Y segundo, frente a la prioridad de la regla, asimismo se ha afirmado la prioridad de los mandatos del jefe y de las órdenes militares y familiares. Precisamente en tales mandatos tendría su origen la norma como medio de evitar que tuvieran que ser constantemente emitidos para casos semejantes. Y en onólogos términos se ha sostenido la primacía del juicio espontáneo, sin sujeción a regla persistente alguna para la resolución de conflictos.

De la repetición de juicios con una solución semejante para supuestos también semejantes nacería justamente la regla de derecho. Y ahora permítanme que salga nuevamente en defensa de la regla y trate muy brevemente de contradecir esas últimas razones. En relación con la primera, es decir, respecto de la falta de abstracción y generalidad de los lenguajes primitivos, yo diría que mejor que de una menor abstracción habría que hablar de una distinta capacidad ideográfica.

Pensemos en el alto poder expresivo y simbólico en lo general de los mitos. Si el lenguaje con sus limitaciones era suficiente para satisfacer las necesidades comunicativas de la sociedad, ¿por qué no iba a poder expresar un derecho tan bien adecuado a las circunstancias? Por otra parte, concebir la regla de derecho como algo abstracto y general quizás sea la consecuencia de proyectar nuestras categorías sobre el objeto de que tratamos. La regla debía de ser casi una propiedad objetual, una propiedad de los objetos afectados por ella.

La prohibición del incesto, el tabú más universal, antes que nada se expresaba en una repulsa natural hacia la mujer con la que estaba prohibido tener acceso sexual, y no era preciso para ello poseer el concepto de pariente consanguíneo o colateral del primer grado y poder expresarlo lingüísticamente. La obligación de responder a la donación parecía deberse en algunos casos a que el objeto donado conservaba ciertas propiedades anímicas del donante. Tampoco era para ello preciso poseer el concepto de obligación o el de donación.

Seguramente la regla de derecho, más que expresar cómo el mundo debía ser, respondía a una concepción de cómo el mundo realmente era. Los fenómenos jurídicos se producirían de acuerdo con un orden natural, y esto haría posible interiorizar una regla descriptiva sin necesidad de atender a las exigencias de abstracción de los mandatos generales destinados a perpetuarse. Y sin presuponer la existencia de formas de imperativo o de futuro.

Algo semejante sucede hoy, quizás por diversas razones, con el uso de esos tiempos verbales. Tomemos el Código Civil. Encontraremos que la mayor parte de los preceptos, empezando por el artículo 1, se expresan en presente de indicativo, en un lenguaje perfectamente descriptivo.

Y en relación con lo segundo, si los mandatos y los juicios espontáneos son anteriores a toda regla de derecho, ¿de dónde surge la obligación de cumplir lo mandado o lo juzgado? ¿De dónde la condición de alguien como jefe o como juez? ¿Y no responderán las estructuras familiares y militares a una estructura jurídica previa y no a la inversa? Ambas nociones, la de jefe y la de juez, y las funciones que les corresponden, al margen del grado de arbitrariedad con que dichas funciones se cumplan, parecen creadas por ciertas reglas jurídicas y no previas a ellas. Y no es sólo en el orden antropológico donde cabe fundar una relativa primacía de la regla, también en el orden general y a histórico de lo jurídico. Las normas no están sólo para prever en abstracto la resolución de conflictos o para dar lugar a juicios en los que ser aplicadas.

Las normas cumplen también lo que yo llamaría una función constitutiva de la vida social. Determinan positivamente formas de conducta que no existen antes de ellas. Cuando alguien redacta un testamento, el derecho no sólo está limitando lo que el testador puede hacer o evitando por anticipado los conflictos del mañana.

El derecho le confiere ciertas posibilidades de conducta que sin la norma no hubieran existido. En ese momento, la idea de conflicto y de juicio son ajenas, y si hubiera que ponerlas en relación, yo estaría tentado de decir que en casos así, el derecho, más que resolver anticipadamente conflictos, lo que hace es incrementarlos, crearlos. Más aún, cuando una norma habla, por ejemplo, del arrendador, no sólo está llamando así a alguien que ya en la realidad social da en arrendamiento algo, sino que está creando la condición misma de arrendador y tipificando una conducta y una función que antes de la regla no se daban en la misma precisa determinación.

La norma ordena, inventa, crea pautas de conducta antes, lógica y cronológicamente del conflicto y del juicio. Por ello mismo, hay conflictos e intereses que surgen precisamente de la regla y de que la regla sea así y no al contrario. Quizás sea excesivo decir que los conflictos o los juicios pertenecen al ámbito de lo que es patológico en derecho, pero quizás lo sea también anteponernos indiscriminadamente a la regla como categoría explicativa y fundamentadora del orden jurídico y de la ciencia que trata de dar cuenta de él.

El profesor Hernández Gil de Derecho Civil I acaba de desarrollar el tema El derecho como norma.