

DR 29 1381

Veamos brevemente qué es lo que caracteriza a cada una de estas manifestaciones. 1. El positivismo jurídico naturalista. Este tipo de positivismo, esta orientación del positivismo jurídico, se define porque sostiene que el elemento o factor determinante del derecho es una realidad o hecho natural, de ahí naturalista.

Por ejemplo, las costumbres sociales, es decir, las reglas de comportamiento manifestadas fácticamente dentro de la sociedad, y en este sentido se está hablando de un positivismo jurídico naturalista de carácter sociológico, puesto que el contenido de las normas jurídicas que constituyen el derecho no hace más que reproducir las distintas reglas sociales que dirigen el desarrollo de las relaciones dentro de las organizaciones de la convivencia. Pero otros autores afirman que la realidad o hecho natural determinante del derecho es el conjunto de ideas o valores que predominan en cada sociedad, no ya las reglas, sino las ideas o valores, de tal modo que sólo puede considerarse derecho, derecho real, derecho verdadero, a las normas que llegan a ser aceptadas y reconocidas como tales por los propios miembros del grupo social, las que son reconocidas, por eso se habla de positivismo naturalista psicológico. Y ha habido también pensadores que han sostenido que la realidad social, esa realidad natural que define y determina el derecho positivo, son las necesidades, los intereses vitales que ese derecho debe resolver mediante su regulación, y por eso a este tipo, esta manifestación del positivismo jurídico, se le califica de teleológico, es decir, de positivismo que se define por la referencia de las normas jurídicas al fin, telos del griego, al fin de resolver unas determinadas necesidades.

Este es un tipo, decíamos, el positivismo jurídico naturalista, pero mencionábamos también otro, el positivismo jurídico conceptualista. Pues bien, esta línea doctrinal se caracteriza porque afirma que el derecho consiste ante todo en una estructura de categorías conceptuales, de conceptos, y que esos conceptos, esas categorías conceptuales, se obtienen, se determinan, se definen, siguiendo el método lógico abstractivo del método constructivo de la lógica racional. Por tanto, proclaman que la realidad primaria del derecho está constituida precisamente por un conjunto de conceptos, un conjunto de conceptos que son obtenidos, que son logrados mediante deducción lógica y que se derivan de unas proposiciones jurídicas normativas.

A través de esa derivación se consigue resolver los casos particulares y se consigue determinar el conjunto de reglas positivas que tienen cabida en un ordenamiento jurídico determinado. Insisto, para esta perspectiva, el derecho es una realidad lógica, es una realidad conceptual, pero que tiene, por esa fuerza de la conexión o la interconexión de los conceptos, tiene una fuerza inmediatamente ordenadora de las relaciones sociales a través del conjunto de normas que se integran en el ordenamiento jurídico, de tal modo que esa realidad de ese ordenamiento jurídico, cuyo elemento más profundo o más interior es una realidad conceptual, es objeto de análisis científico y ahí surge la ciencia, la ciencia del derecho, llamada la ciencia dogmática del derecho. Un tercer tipo, una tercera manifestación de ese positivismo jurídico es

la que ha sido calificada como positivismo jurídico normativista.

Pues bien, esta orientación, esta línea de desarrollo del positivismo, este planteamiento, típico planteamiento, se distingue por sostener la tesis de que el derecho positivo, que como recordamos es la tesis central del positivismo, ese derecho positivo es el único derecho real, el único derecho verdadero, pues bien, ese derecho positivo se identifica con el conjunto de normas, con el conjunto de disposiciones jurídicas que están vigentes en un espacio jurídico político determinado. Esas normas son la única realidad jurídica relevante y, en consecuencia, esas normas han de ser el único objeto de atención de la consideración científica. Pero este positivismo jurídico normativista no es monolítico.

Dentro de él podemos nosotros detectar la presencia de dos orientaciones algo diferenciadas. En primer lugar, la orientación legalista y, en segundo lugar, la orientación formalista. Así que podemos hablar de un positivismo jurídico, y eso así hacen los autores, distinguen un positivismo jurídico normativista legalista y un positivismo jurídico normativista formalista.

Vamos a ver un poquito en qué, no tanto en qué consiste cada uno, sino cuáles son los rasgos diferenciales que establecen con precisión el significado de estas líneas de desarrollo, de estas concepciones del positivismo jurídico normativista. El positivismo jurídico normativista legalista, representado paradigmáticamente por los seguidores de la escuela francesa de la Éxegesis, que se desarrolló, como todos saben, en torno al código de Napoleón, sostiene en la doctrina la tesis de que el derecho y la ley son términos equivalentes. Se entiende ley establecida por el Estado, puesto que no hay más derecho que el establecido en las leyes creadas por el legislador político, por el legislador estatal.

Así pues, la existencia del derecho está vinculada a su dependencia del poder de un Estado soberano, y ese Estado soberano es quien, de forma directa o indirecta, crea el derecho, sostiene el derecho, y aplica el derecho, es decir, lo impone a los súbditos. No hay ningún derecho fuera de la ley, ni hay ninguna ley jurídica que haya nacido fuera del campo reservado a la iniciativa del Estado. Positivismo jurídico normativista legalista, decíamos.

El otro era el positivismo jurídico normativista legalista. Esta línea de desarrollo del positivismo jurídico normativista está encarnada, se ha manifestado sobre todo a través de la obra de un autor muy conocido, que ustedes han oído nombrar muchas veces, es una especie de leitmotiv de las explicaciones de teoría del derecho, está encarnado por Hans Kelsen, que es el iniciador de lo que se llama la teoría pura del derecho. Pues bien, esta doctrina identifica el derecho con el conjunto de normas jurídicas que están dotadas de validez por haber sido creadas según las formalidades, por eso se llama formalista, es un positivismo normativista procedimental, según las formalidades establecidas en las correspondientes normas de rango superior, y según esta doctrina no es relevante en ningún caso el contenido de esas normas, es decir, qué es lo que mandan, ni la relación que tienen con o que pueden tener con algún tipo de exigencias valorativas o axiológicas.

Así que, si están creadas conforme al procedimiento establecido, son conformes con las

normas de rango superior, esas normas son válidas y, en consecuencia, ese es el derecho real, ese es el derecho único. Muy bien, a través de esta sumaria referencia hemos visto las notas más características de las diferentes manifestaciones del positivismo jurídico, que decíamos era la naturalista, la conceptualista y la normativa. Hay que tener en cuenta que el positivismo jurídico ha contribuido a poner de relieve algunos elementos integrantes de la realidad del derecho, del derecho en su realidad histórica, que habían sido más o menos descuidados o olvidados por la concepción justnaturalista, decíamos, la otra gran concepción explicadora del derecho dentro de la sociedad.

Eso es cierto y, digamos, ese dato hay que ponerlo en el balance positivo del positivismo, la aportación del positivismo jurídico a la concepción, a la explicación, a las teorías explicadoras del derecho. Sin embargo, también creo yo que hay que reconocer que el positivismo ha contribuido en alguna medida, o en buena medida, o en bastante medida, a deformar la imagen del derecho porque ha pretendido caracterizarlo, explicarlo, sin reconocer la importancia que corresponde a otros elementos que forman también, no sólo, pero sí también parte del real modo de ser del derecho. Así que la idea típicamente positivista de que el derecho queda adecuadamente representado cuando se lo identifica con las normas jurídicas establecidas por los gobernantes en un determinado ámbito jurídico político es parcial y, en consecuencia, es errónea, en consecuencia, es insuficiente.

En cualquier caso, yo creo que estas reflexiones sobre el positivismo jurídico y sobre las principales manifestaciones de ese positivismo jurídico en la época más reciente, puede contribuir a consolidar una idea que es importante para la formación de los estudiantes del derecho natural, sobre todo en la vertiente de la historia del derecho. Esa idea importante es que esas doctrinas naturalistas que constituyen el centro de atención del temario de esta segunda parte del curso, no son la única salida posible para dar una explicación científica al derecho. Junto a ellas existen otras doctrinas que, desde una inspiración positivista, han contribuido también al logro de una visión cada vez más comprensiva de la realidad del fenómeno jurídico.

Esa idea es importante y si esa idea queda clara, si esa idea es percibida con nitidez, entonces yo creo que, digamos, este ratito de comunicación entre nosotros ha logrado su objetivo, que es lo que se persigue siempre, que los alumnos tengan ideas claras sobre la posición que el derecho tiene dentro de la organización de las relaciones sociales y cuál es la explicación que puede darnos cumplida cuenta del sentido del derecho en esa realidad y de la caracterización radical de ese derecho. Muchas gracias. Vamos a cerrar la revista de Derecho con Derecho Romano.

Para ello contamos con la presencia del catedrático de la disciplina Manuel García Garrido. El objetivo de esta disciplina es enseñar a razonar jurídicamente. Para ello se apoya en los casos de la jurisprudencia romana que comprenden las tradicionales instituciones de derecho privado, desde el derecho de familia hasta el derecho mercantil.

La importancia de los casos prácticos no está tanto en la solución como en el razonamiento que lleva a dicha solución. Hay que analizar los hechos, examinar las acciones y conocer las instituciones y reglas para llegar a la solución. El profesor Garrido expone un caso que lleva por título el legado de usufructo universal a la madre, donde se encuentran algunos rasgos característicos del derecho de herencia, como la institución del legado y el usufructo.

Damos la bienvenida al catedrático don Manuel García Garrido. Muy buenas noches. Buenas noches.

Vamos a entrar en esta parte de la disciplina de Derecho Romano a estudiar el derecho hereditario. ¿Nos podrían, en primer lugar, darnos unas características de este derecho? Sí, efectivamente, el derecho de herencia se estudia siempre al final de las instituciones de derecho civil, aunque también puede anticiparse cuando se estudia la familia. Y es aquella parte de las instituciones que se ocupa de lo que sucede a la muerte de una persona y de su continuidad en los que viven y heredan, diríamos, a los que pasan los bienes, que son los herederos, y todas las consecuencias, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de esta muerte o fallecimiento del titular.

En Derecho Romano no solamente se hablaba de sucesión en el patrimonio, sino sucesión a veces en la jefatura de la familia, como era que el hijo sucedía al testador siendo paterfamilias, en la potestad sobre los sometidos, hijos e hijas, y sobre los esclavos, en la dirección de toda la casa, incluso incluidos los cultos a los antepasados, es decir, una serie de elementos patrimoniales y extrapatrimoniales. Es evidente que con el transcurso de los siglos lo que es más importante siempre es el patrimonio, a quién va el patrimonio. En este sentido una herencia puede ser positiva, puede consistir en bienes que van a los herederos, que pasan, pero puede ser incluso negativa, es decir, ¿por qué? Pues porque la herencia tenga más deudas que bienes, en ese caso se habla de herencia dañosa.

Por otra parte, la herencia fundamental es la institución de heredero, por lo menos tiene que haber uno o varios herederos designados por el testador. Pero aparte de la institución de heredero, que en el caso de que el testador tenga hijos sometidos a la potestad se llaman herederos necesarios, es decir, son herederos quieran o no quieran, hay otros herederos que son voluntarios, es decir, que aceptan la herencia si quieren y si no quieren pues la rechazan, precisamente por esto, porque la herencia puede no convenirle. También por otra consideración, porque luego el testador, aparte de dejar este patrimonio al heredero, puede disponer de determinados bienes por legado, o atribución particular, dejo mi casa a mi esclavo, o a mi esclava, o a mi sobrino, o a mi hermano, es decir, una serie de atribuciones de bienes particulares, su casa, los animales, o los esclavos, o los bienes que tenía en provincia, etcétera.

Y claro, puede suceder que el heredero realmente recibe muy poco si empieza a distribuir todos los bienes, por eso una ley falcidia dispuso que por lo menos una cuarta parte de la herencia tenía que pasar al heredero. De modo que en esta distinción fundamental de herencia y legado también tenemos que hacer mención de la herencia civil, el sistema civil hereditario

del sistema pretorio, que se llama la bonorum posesio. El pretor no podía hacer herederos, como no podía hacer propietarios, pero sí podía otorgar a determinadas personas la posesión de los bienes, y para eso el que se veía perjudicado, o el que se veía con derecho a poseer estos bienes, podía siempre entablar una acción, un interdicto que se llama quorum bonorum, frente a la acción petitoria civil que podía entablar también para pedir la protección.

Pero bueno, todo esto yo creo que lo podemos ver con un ejemplo mejor que con una exposición teórica para que el alumno siempre puede dirigirse al libro. Y así vamos a tratar de un caso que se llama legado de su fruto universal a la madre. Vamos a ver, dice así el texto, una testadora instituyó herederos en partes iguales a los hijos a vidos de sello y a la hija a vida de otro marido, y había dejado un legado para su madre diciendo, a mi madre Elía Dorcas quiero que se dé mientras viva el usufructo de mis bienes, de modo que después de su muerte pertenezca a mis hijos o al que de ellos viva.

Los hijos habían muerto después de adir la herencia. Se pregunta si al morir la madre y viviendo la hija de la testadora el usufructo pertenece a la hija sola o solo por su parte de herencia. Bien, aquí tenemos un ejemplo de un testamento.

El testamento es aquel acto por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte. De modo que es un acto personalísimo. En derecho romano había plena libertad de testar y aquí la que testa es una mujer.

Contra todas las limitaciones que la mujer ha tenido en la historia del derecho romano, aquí está claro que la mujer tiene plena libertad para otorgar testamento y dejar sus bienes a quien quiera. Primero nos encontramos, tenemos que distinguir varias partes en el caso para introducirnos en él. Sí, lo primero que tienen que ver siempre son los hechos.

Los hechos que ocurren en el caso. Después de los hechos las personas intervienen en el caso y después ya nos ponemos en el análisis jurídico, con las acciones, con las reglas e instituciones y por último con la salud. Hay una institución plural de herederos porque la testadora instituye herederos en partes iguales a los hijos habidos del primer marido, sello, y también a la hija habida de otro marido, se entiende, del segundo marido.

La señora se casó dos veces, entonces divide por stirpes, primer marido, segundo marido, pero aparte de eso esta señora deja un legado para su madre. Decíamos que el legado frente a la institución de heredero, que es de todo el patrimonio hereditario, es la institución de un bien concreto, pero aquí lo deja un legado de usufructo universal, diciendo a mi madre Elia Dorcas, quiero que se den mientras viva el usufructo de mis bienes, y después analizaremos lo que viene después. ¿No contradice esto lo que estábamos diciendo? Pues no lo contradice, por una razón, porque no deja la propiedad de todos sus bienes, sino deja el usufructo, lo cual quiere decir que el usufructo es un derecho limitado a mientras viva la beneficiaria, la usufructuaria.

Por consiguiente, por eso se trata de un legado y no se trata de una institución. Lo que es evidente es que en un usufructo hay que distinguir entre la nuda propiedad y el usufructo

propriadamente dicho. La nuda propiedad sigue perteneciendo a los herederos de un marido y de otro marido, y en cambio el usufructo pertenece a la madre, usufructo vitalicio, mientras viva la madre.

Bueno, resulta que los primeros hijos, los hijos de sello, dice el caso, habían muerto después de adir la herencia. ¿Qué quiere decir esto? Que habían muerto después de aceptar la herencia. Esto es importante, porque si mueren antes de aceptar la herencia, entonces es evidente que su parte se extingue con ellos.

Pero si aceptan la herencia antes, como parece que ocurre aquí, transmite el derecho a sus herederos. Por consiguiente, hay una hija por un lado y unos nietos por otro lado. Y todo está en interpretar la cláusula que sigue después.

¿Qué después dice? De modo que después de su muerte pertenezca a mis hijos o al que de ellos viva. Y aquí está la cuestión. Esta es una cuestión voluntatis que se llama.

O sea, una cuestión de averiguar cuál ha sido la intención de la testadora. Porque el testamento es la ley, la ley de la sucesión. Y entonces todo está en interpretar qué es lo que ha querido decir la testadora.

¿Qué ha querido decir después de su muerte pertenezca a mis hijos o al que de ellos viva? Con una interpretación, la parte de la stirpe de los hijos habidos de sello, pues iría para los nietos puestos que han aceptado la herencia y la compartirían con la hija viva. En otra interpretación, cómo los hijos se han muerto. Al decir al que de ellos viva, parece que está excluyendo a esta parte de la stirpe y que está dejando solamente como heredera a la hija.

Por consiguiente, repito, todo está en la interpretación de la cláusula testamentaria. Los juristas, aquí hay distinción de opiniones. Porque el primer jurista, que es Escébola, da una opinión que realmente no nos resuelve el problema.

Es una opinión muy diplomática, diríamos, pero que evidentemente el jurista no ha querido pronunciarse de una manera clara. Porque dice, el usufructo vuelve a los que tenían la nuda propiedad. Oiga, pero ¿quiénes son los que tenían la nuda propiedad? ¿La nuda propiedad la tienen también los nietos o la nuda propiedad la tiene sólo la hija? Porque los que tenían primero la nuda propiedad se han muerto.

Y aquí entra la cláusula, la interpretación de la cláusula testamentaria de la testadora al que de ellos viva. Entonces, ¿cuáles son las dos soluciones, por tanto? Pues en una solución, de la que da Escébola, parece que Escébola, aunque no lo dice claramente, se inclina porque la herencia se divida por mitad entre los nietos y la hija, lo cual sería la solución más equitativa. Pero en cambio, el jurista que opina, Claudio Trifonino, pues dice que no, que como la testadora ha dicho claramente al que de ellos viva, pues la herencia debe ser sólo para la hija y no debe ser también para los nietos.

Sí, pero estaba el punto ese que ya habían aceptado la herencia. Habían aceptado la herencia,

pero claro, debe prevalecer ante todo la voluntad de la testadora. Entonces, aquí está el problema.

Además, que este es uno de los casos que se puede aceptar una u otra solución. O sea, que cabe doble solución. Cabe doble solución, depende del jurista como la interprete.

Como siempre venimos repitiendo de los casos, que lo importante no es la solución, sino el razonamiento que lleva a la solución. Pues creo que hemos cubierto el tiempo que teníamos dedicado a Derecho Romano e incluso a la revista de Derecho de esta noche, profesor García Garrido. Muchas gracias por haber participado en esta ocasión para descubrírnos y plantearnos y ver un caso práctico de Derecho Hereditario, titulado Legado de Usufructo Universal a la Madre.

Muchas gracias a usted por su participación. Gracias y buenas noches. Y esto fue todo.

Volveremos el domingo 22 de abril con una nueva revista de Derecho. Gracias por su atención en nombre de los profesores que han intervenido esta noche, de Rosa María Sánchez, que estuvo en el control de sonido y de quien les habla, Charo López de Haro. Muy buenas noches.