

DR 29 1298

Hola, muy buenas noches y bienvenidos un domingo más al tiempo que dedicamos al mundo del derecho. Es un placer para nosotros compartir con ustedes los próximos 75 minutos que les presentamos desde Radio 3, de Radio Nacional de España, y que esperamos sean de su interés. Aquí comienza la Revista de Derecho.

Con esta sintonía hemos abierto cada domingo del curso la Revista de Derecho y con ella damos paso hoy al último programa que dedicamos a las materias del primer año de la licenciatura. Durante todos estos meses nos hemos dirigido a nuestros alumnos y, por supuesto, a todos los oyentes interesados por el mundo del derecho. Y una noche más nos acompañan los profesores de la sede central de la Universidad Nacional de Educación a Distancia que han preparado los siguientes temas para este programa de despedida.

En primer lugar, un caso práctico de derecho romano, la sustitución del hermano por los esclavos, comentado por el catedrático Manuel García Garrido. A continuación, la titular de Historia del Derecho Español, María Dolores del Mar Sánchez, analizará el constitucionalismo y la codificación. Derechos y libertades, el derecho comunitario en el sistema de fuentes y el constitucionalismo histórico español son los temas que les ofreceremos en los minutos de Derecho Político 1 a cargo de los profesores Yolanda Gómez Sánchez, Ignacio Gutiérrez y Antonio Torres del Moral.

Cerraremos con un tema de derecho natural que expondrá la profesora María Eugenia Gallo Santa Cecilia, los límites y garantías de los derechos fundamentales. Abrimos la revista como acabamos de anunciar con el planteamiento y resolución de un caso práctico de derecho romano. El catedrático Manuel García Garrido analiza a continuación una importante institución en el derecho hereditario, la sustitución.

Esta ocurre cuando el testador designa un heredero voluntario y tiene el temor de que este heredero no acepte la herencia y para prevenir esta eventualidad designa un sustituto. Hay dos tipos de sustitución, la vulgar y la popular. Como ejemplo de sustitución vulgar, el profesor García Garrido expone y comenta el caso práctico titulado la sustitución del hermano por los esclavos.

En la última emisión, buenas noches, vamos a tratar de casos de derecho hereditario. La herencia, la sustitución hereditaria, es aquella institución que trata de las consecuencias de la muerte de una persona respecto de sus bienes. Entonces, designa un heredero para que sea el continuador.

Se dice que el heredero es el continuador de la vida del difunto y se hace cargo de la herencia tanto en su parte positiva, bona hereditatis, como de su parte negativa, es decir, de las deudas de la herencia. En este sentido, conviene distinguir que hay dos clases de herederos. Los herederos llamados sui et necesarii, es decir, suyos y necesarios, que son los hijos en potestad,

la mujer en mano y los esclavos, que éstos tienen que aceptar la herencia sibe volin, sibe nolin, es decir, quieran o no quieran.

Por eso se llaman herederos forzosos. En cambio, los herederos voluntarios, que son todos los demás posibles herederos, pueden rechazar la herencia, es decir, no tienen por qué aceptar la herencia, o ya en la última fase del derecho romano pueden aceptarla a beneficio de inventario. Vamos a tratar, en primer lugar, de la institución llamada sustitución.

La sustitución es aquel supuesto cuando el testador designa un heredero voluntario y tiene el temor de que este heredero voluntario no acepte la herencia. Entonces, para prevenir esta eventualidad, designa un sustituto. Esta sustitución puede ser de dos clases, la llamada sustitución vulgar, cuando se designa sin más un sustituto para el supuesto de que no acepte la herencia el primero instituido, y la llamada sustitución pupilar, cuando se pretende sustituir a un pupilo si éste muere antes de alcanzar la pubertad.

Vamos a tratar casos de sustitución vulgar. Tenemos una que se llama la herencia del hijo emancipado, pero como es más sencillo, vamos a comenzar por tratar el caso siguiente que tiene el título de la sustitución del hermano por los esclavos. El caso dice así, lució Ticio que tenía un hermano, dispuso así en el testamento, Ticio mi hermano sea mi único heredero, y si Ticio no quisiera ser mi heredero o muriese, lo que deseo no ocurra, antes de adir la herencia, o no tuviese hijo o hija, entonces sean libres mis esclavos, estico y pánfilo, y sean mis herederos por partes iguales.

Pregunto, si habiendo hecho Ticio adición de la herencia, sin tener hijos en aquel momento, ¿podrán ser estico y pánfilo libres y herederos en virtud de la sustitución? También pregunto, si en el caso de que no puedan ser libres y herederos en virtud de la sustitución, se consideran nombrados como coherederos en parte de la herencia. Es un texto del jurista Escébola, del libro segundo responsorum, que está en el libro de 28.5 del Dijecto. Primero vamos a tratar de las personas que intervienen en este litigio.

Lucio Ticio es el testador que ordena las sustituciones, pero Lucio Ticio muere porque es requisito fundamental de la sucesión hereditaria, que la muerte de una persona, por consiguiente no lo vamos a considerar, puesto que el testador muere. En segundo lugar, Ticio, hermano heredero que es instituido en primer lugar. Ticio, mi hermano, sea mi único heredero.

Después, el testador habla del hijo o hija de Ticio, que el caso añade que no existen cuando Ticio hace adición, o sea, aceptación de la herencia. Y por último, tenemos a los esclavos, Estico y Pánfilo, que son sustitutos de Ticio, que se harán libres en virtud de la sustitución. Aquí, en cuanto a las instituciones y reglas, nos encontramos que tenemos un testamento, testamento que lo primero que contempla es la institución de heredero.

No existe verdadero testamento si no hay institución, si no hay un nombramiento de heredero, que se considera Caput et Fundamentum Tocius Testamenti. Después, tenemos sustituciones vulgares, porque hay realmente dos sustituciones vulgares, porque primero tenemos que le

sustituye al hermano instituido, si no puede o no quiere aceptar la herencia, una primera sustitución a favor del hijo o hija, que ya el caso añade que no existe, y otra a favor de los herederos sustitutos de distinto orden. Primero son los hijos, por tanto, y si los hijos no son herederos, pues entonces serán estico y pánfilo, cada uno por la mitad de la herencia.

La sustitución actúa como una condición suspensiva, ya hemos explicado que la condición suspensiva es aquel hecho futuro e incierto del que se hace depender la eficacia de la institución. La condición opera si Ticio no aceptara la herencia, o sea, no quisiera la herencia, o muriera antes de la aceptación, pero nos encontramos aquí que Ticio, efectivamente, hermano del testador, sí hace adición o aceptación de la herencia. Para nombrar sustituto a los esclavos, primero tienen que manumitirlos, porque es requisito esencial que los herederos sean libres, y por ello hay una manumisión testamentaria de los esclavos estico y pánfilo, condicionada también a que sean herederos, y por tanto a la no aceptación de Ticio.

La clave de este caso está en que los esclavos estico y pánfilo a quienes se liberta, son sustitutos en segundo grado. Al ser sustitutos en segundo grado, quiere decir que todo depende de si Ticio hace o no aceptación-adición de la herencia. El caso expresa claramente que Ticio sí hace adición de la herencia.

Es verdad que no tenga hijo o hija. Después de hacer aceptación de la herencia, inmediatamente Ticio muere, pero quiere decir que su derecho hereditario lo transmite no al hijo o hija que no tiene, es evidente, sino a otros herederos. Pueden ser, por ejemplo, sus padres, pueden ser otros hermanos, es decir, él ya transmite al hacer adición la cuota de la herencia, o la parte de la herencia, o la totalidad de la herencia aquí que le corresponde, pues pasaría a otros herederos, y entonces así no se daría la sustitución.

En el caso precedente, que se llama la herencia del hijo emancipado, resulta que el hijo no quiere ser heredero de su padre, y como no quiere ser heredero de su padre, aquí el sustituto es un esclavo también, y entonces el esclavo es sustituto, y es por consiguiente él que hereda toda la herencia. ¿Por qué siempre aparecen como sustitutos en primero o en segundo lugar los esclavos? Pues aparecen en primero o segundo lugar los esclavos por la razón de que el esclavo es un heredero forzoso, es lo que hemos denominado un heredero suyo y necesario. Entonces el testador garantiza así que, de todas maneras, su herencia va a tener un continuador, que no puede ser su hijo, como sucede en el supuesto del hijo emancipado, pues en este caso heredaría el esclavo y procedería la sustitución.

Que no procede la sustitución como en el caso del hermano, porque el hermano ha hecho adición de la herencia, él ha aceptado, o sea, la condición negativa de que no aceptara o no pudiera, aquí no se cumple, por eso en este sentido no heredan los esclavos. Desde este punto de vista vamos a contemplar ahora cuáles son las acciones que proceden en el caso. Los esclavos estico y pánfilo pueden reclamar la herencia de Ticio o de sus herederos, ¿y por qué en medio de qué acción la reclaman? Pues por medio de la hereditatis petitio, de la acción de petición de herencia.

Preguntarán ustedes, ¿cómo es posible que unos esclavos puedan reclamar, si hemos dicho tantas veces que los esclavos no tienen capacidad procesal, no tienen legitimación activa? Pues muy sencillo, como han sido manumitidos en el testamento, se consideran que son libres, aun sometidos a una condición, los que le sitúa en la condición de *statu liberi*, a partir del momento de la muerte del testador, y entonces el pretor finge en la fórmula, si *liberi fuissen*, es decir, si fuesen libres, y con esta ficción de ser considerados libres, aunque todavía no lo sean, pues pueden pleitear por la *hereditatis petitio*. Otra posibilidad es el *interdictum quorum bonorum*, con la *hereditatis petitio* se reclama la herencia civil, como sabemos, y con el *interdictum quorum bonorum* se reclama la herencia pretoria, es decir, la posesión de los bienes. Este interdicto también lo podrían interponer los sustitutos estico y pánfilo, en el supuesto de que por la sustitución lleguen a ser herederos, pero hemos visto que efectivamente no pueden ser herederos, porque la herencia se transmite a los herederos del hermano Ticio, por tanto, no pueden ser herederos.

Los esclavos también, en el caso de que efectivamente la condición se cumpliera, podrían exigir su manumisión mediante una *vindicatio in libertatem*, es decir, solicitarían el reconocimiento de su condición de libertos mediante esta acción, pero no procede porque no se ha cumplido la condición. En cambio, en el otro caso precedente que estamos mencionando, en el hijo emancipado, sí el esclavo, si no es libertado voluntariamente, puede, o por el hecho de haber sido por el testador, puede reclamar su libertad, con lo cual sería libre y heredero en virtud de la sustitución vulgar de la que estamos hablando. Desde este punto de vista, se entiende la respuesta del jurista Zébola, cuando dice, parece evidente que la intención del testador no fue la de ajuntar otro heredero a su hermano, al que ciertamente instituyó heredero único, con eso está afirmando que la institución de heredero del testador se hace a favor de su hermano.

Sigue el jurista, así pues, si el hermano hizo adición de la herencia, Estico y Pánfilo no serán herederos, pues no quiso que lo fuesen si el hermano hubiese muerto antes de la adición dejando hijos, es decir, segunda sustitución vulgar es a favor de los hijos, con lo que se advierte la prudencia del testador que no sólo quiso que su hermano, sino también sus hijos, fuesen preferidos a los sustitutos, es decir, según esta respuesta del jurista Zébola, tenemos institución de heredero primero a favor de su hermano, segundo, si su hermano no acepta la herencia, no hace adición de la herencia, o muere antes de haberlo aceptado, heredarían los hijos, si no hay hijos, como parece que ocurre en este caso, porque no hay hijos, entonces solamente en este caso serían libres y herederos los esclavos Estico y Pánfilo, por tanto, aquí la sustitución no procede, tiene un carácter, la solución es negativa, mientras en el caso anterior que estábamos comentando, la sustitución del esclavo, si procede, tiene por tanto una solución, diríamos, positiva, con esto hemos expuesto el tema de la sustitución y que es muy importante, también debe completarse con el estudio de la llamada sustitución pupilar, muchas gracias. Pasamos a otro tema perteneciente a la asignatura de Historia del Derecho Español, en el siglo XIX, un nuevo derecho surge fruto de la difusión de las ideas racionalistas, que sigue como modelo básicamente el derecho francés, se inicia también un proceso codificador, lento y progresivo, que discurre en paralelo con el constitucionalismo, la profesora María Dolores del

Mar Sánchez González, que se encuentra con nosotros, va a explicar esta parte de la historia del derecho y las características generales del constitucionalismo y la codificación. Muy buenas noches y bienvenida profesora Sánchez González.

Hola, buenas noches. Nos va a hablar a continuación del sistema jurídico constitucional y más concretamente de constitucionalismo y codificación, pero antes creo que sería conveniente hacernos una breve introducción a esta última etapa histórica a la que se refiere en concreto este tema. Bien, coincidiendo con la edad contemporánea, el sistema jurídico que ahora iniciamos supone la formación de una nueva sociedad que está basada en las profundas transformaciones que se ocasionan a raíz de la difusión de las ideas de la revolución francesa de 1789.

Como factores determinantes de la nueva situación en la península, hay que mencionar, de un lado, la renuncia al trono por parte de Fernando VII en Napoleón, que este a su vez en José Bonaparte, y la invasión napoleónica de 1808 y la consecuente guerra de independencia. Ambos hechos, junto con la difusión de la ideología francesa, supusieron una reacción entre la población en general, reacción de rechazo, de ahí que las reformas tiendan a presentarse como una restauración de las libertades medievales. Y además supusieron una incisión entre los ideólogos de esa sociedad, encontrándonos con dos bandos, por así decirlo.

De un lado, los llamados afrancesados, que veían al nuevo gobierno como el portador de las reformas necesarias de acometer en una España bastante obsoleta, para adaptarla a las nuevas corrientes de pensamiento y a la nueva ideología. Y de otro, pues un movimiento de resistencia, que es el que se encarga de combatir a las tropas francesas, aunque estas personas, en el fondo, simpatizasen con los principios liberales. Visto ya el contexto histórico, ¿qué modificaciones sufre el derecho en esta época, profesora Sánchez? El derecho que surge es fruto de la difusión de las ideas del racionalismo y, por lo tanto, es un derecho de aspiración liberal, por lo que la idea básica será reformar la legislación con la finalidad última de conseguir una unificación del derecho, no como se había venido intentando hasta el siglo XIX, a base de extender el derecho castellano al resto de los territorios, sino creando un derecho nuevo.

No obstante, la unificación no fue absoluta al respetar la realidad foral existente en nuestro país. Hay que tener en cuenta que el racionalismo, aplicado al derecho, ocasiona el llamado positivismo jurídico, es decir, transformar los principios en preceptos de derecho positivo, en normas. Surge así la codificación como sistema de actuación para realizar unas leyes que presenten una cierta homogeneidad entre sí en función de la materia que regulen.

El primer código civil que se realiza en Europa fue el de Francia de 1804 y se extendió su influencia a Prusia, Austria y Alemania. No obstante, en Alemania se levantaron voces rechazando la técnica con la que los códigos se realizaban. Para la creación de este nuevo derecho que acaba de mencionar, ¿se tuvo en cuenta algún modelo existente en otros países? En España básicamente se siguió, como en muchos otros países, el derecho francés, pero es preciso destacar, de un lado, la fuerte influencia del derecho italiano en la configuración del

derecho penal, del derecho inglés para ciertos aspectos del derecho constitucional y del derecho alemán para muchas materias de derecho privado, como por ejemplo la legislación hipotecaria.

Antes han mencionado la existencia de un movimiento de rechazo en Alemania. ¿Podría darnos más datos sobre este respecto? Sí, sin llegar a ser un movimiento de rechazo a la codificación en sí, sí surgió la polémica acerca de la forma en que dicha codificación se debía acometer. Polémica encabezada por dos figuras muy importantes para el derecho alemán, Thibaut y Savigny.

Thibaut, perteneciente a la escuela racionalista, era partidario de la realización de una codificación en Alemania idéntica a la realizada en Francia, abstrayendo los conceptos jurídicos sin más y concretándolos en normas. Savigny recomendó actuar con prudencia, partiendo de la premisa de que la codificación fosilizaría el derecho si antes no se creaba una buena ciencia jurídica alemana que se encargase de conocer a fondo la historia del derecho alemán. De esta forma, la codificación podría hacerse conociendo la realidad social y el verdadero derecho alemán, sin que ello supusiese un mero trasplante de ideas de un país con una tradición jurídica distinta.

Sus postulados fueron un éxito, hasta el punto de retrasar la realización del Código Civil en Alemania, conocido por las siglas BGB, hasta 1896, código que no entró además en vigor hasta 1900. Junto a ello, Savigny fue el creador de la ciencia jurídica en Alemania y de la Escuela Histórica del Derecho, que difundió sus postulados por toda Europa. Nos acaba de mencionar la Escuela Histórica del Derecho.

¿Nos podría contar qué es y qué proyección se la tuvo aquí en nuestra península? La Escuela Histórica del Derecho es el exponente de una corriente ideológica conocida como historicismo, un movimiento de reacción frente al racionalismo y cuyo fundamento último encontramos una cierta idea de carácter nacionalista. Aunque el fundador del historicismo se considera que es Gustavo Hugo, son sus seguidores, fundamentalmente Savigny y el lingüista Jacobo Grimm, que ha pasado a ser conocido mundialmente por los cuentos que publicó junto con su hermano. Estas dos personas, Savigny y Jacobo Grimm, son los fundadores materiales de la misma.

De hecho, fue Grimm quien habló de la existencia del Volksgeist, del espíritu del pueblo, espíritu que la Escuela consideraba que debía ser el fundamento último y el motor del derecho. El derecho no debía ser fruto de la razón, como pensaban los racionalistas, sino de la conciencia popular. En la península, la difusión de las ideas de la Escuela Histórica fue muy amplia, sobre todo entre los juristas forales y especialmente los catalanes, que se hicieron eco de dichos postulados por considerar que la codificación del derecho civil les perjudicaría.

De hecho, la urbanización entre la necesidad de un Código Civil único para todos los españoles y la realidad foral aparece presente tanto en los proyectos como en los debates para la realización del Código Civil, cuya publicación se vio retrasada al máximo. Recordemos que fue

el último de los códigos publicados y que no vio la luz hasta 1889. ¿Qué características presenta la codificación del derecho en España? El proceso codificador es muy lento.

Dura todo el siglo XIX y además tiene un carácter progresivo, pues con el paso del tiempo es como empieza a adquirir una cierta consistencia y madurez. Además, va a estar muy condicionado por los frecuentes cambios políticos y las revoluciones, por llamarlas de alguna forma, del siglo XIX español, de forma que asistimos a un continuo tejer y destejer, es decir, que las reformas legislativas realizadas por uno de los grupos políticos de la época serán derogadas por el grupo político de signo contrario cuando éste accede al poder. Esta especie de ley del péndulo, muchos códigos, hace que tengan una vida muy efímera, pues van a ser sustituidos en poco tiempo por otros.

Pero sí podemos establecer unas especie de características generales a todo el proceso. En primer lugar, asistimos a un cambio esencial en la configuración del derecho penal, que gracias a la nueva concepción del delito, al establecimiento de una relación entre el grado de responsabilidad y las penas, se vuelve mucho más humanitario y más acorde a la recepción de los derechos del hombre y del ciudadano. En segundo lugar, al producirse un cambio sustancial en el derecho público, podemos decir que codificación y constitucionalismo discurren paralelos.

En tercer lugar, el derecho privado es el que va a verse menos alterado, por cuanto el Código Civil de 1889 recoge el derecho tradicional castellano, que además se considera subsidiario en los regímenes forales. Las reformas en el derecho privado se van a concretar sobre todo en la introducción de los principios liberales en el tráfico jurídico de los bienes y en garantizar una mayor protección a los derechos del individuo. En cuarto lugar, no todo el derecho va a someterse a codificación.

No todo va a estar en códigos. Determinadas normas son recogidas en leyes especiales, si bien realizadas con técnicas codificadoras, como puede ser el caso, por ejemplo, de la ley de juicio civil. Y por último, hay determinados aspectos del derecho que cambian frecuentemente y que, por lo tanto, no se pueden codificar, pues por la inminencia, por la rapidez con la que se producen los cambios.

Por ejemplo, el derecho administrativo y el derecho fiscal. Por eso, estas materias no son codificadas. Hemos estado hablando fundamentalmente de codificación, pero ¿qué diferencias podríamos establecer entre la codificación y la recopilación del derecho? La esencial diferencia entre ambos sistemas consiste en que la recopilación no crea derecho, sino que se limita a recoger el derecho que ya existe y está vigente, ordenándolo bajo un cierto plan o sistema.

Por lo tanto, las leyes que una recopilación recoge son leyes desde que son formuladas y promulgadas por un monarca, y su inclusión en la recopilación ni les añade ni les quita vigencia que ya poseen. Por el contrario, un código es un cuerpo de derecho que se formula como un texto nuevo, sin atender a la conservación o reproducción de fuentes anteriores, con un articulado unitario y orgánico. En definitiva, las leyes de un código son leyes porque están en el código y han sido promulgadas en él mismo.

Las leyes de una recopilación ya lo eran antes de su inclusión en la misma. No es más que una especie de acarreo o agrupación de materiales ya existentes. Hemos hablado de codificación y hace poco ha dicho que existe una vinculación estrecha con el constitucionalismo.

Me gustaría que diera unas ideas generales sobre el constitucionalismo, si le parece bien. El constitucionalismo es aquel sistema político en el que el Estado se ordena según el conjunto de normas que aparecen recogidas en una constitución escrita a la que se le atribuye carácter de ley fundamental. En ese sentido, va a ser la existencia de esa constitución escrita lo que determina el sistema, y es preciso ser muy puntilloso en este extremo.

Hay que distinguir entre una constitución política, en cuanto conjunto de instituciones que configuran la organización política del Estado y que ya existía en el antiguo régimen, y que además no es necesario que se fijen por escrito, de una constitución escrita en la que se fijan esas reglas por gobierno en un papel, que es lo que determina verdaderamente el constitucionalismo. Pero además hay una serie de factores que son determinantes. En primer lugar, se produce un cambio en la titularidad de la soberanía que pasa del monarca al pueblo.

El paso a la soberanía popular se produjo por la entrada en crisis del concepto político religioso del origen divino del poder real y su sustitución, por la idea de la cesión voluntaria del poder que reside en el pueblo, a una persona para que lo detente. En segundo lugar, un elemento decisivo es la consolidación de una burguesía que se reafirma frente al resto de los estamentos y que va a liderar los movimientos revolucionarios en muchos países. Aunque en nuestro país no se produjo una revolución que transformase las estructuras sociales y políticas, la consolidación de las nuevas ideas la realizó el racionalismo jurídico que ya estaba implantado en la mentalidad de los juristas de la época, que en definitiva son los que hacen las leyes y no los políticos.

En tercer lugar, la consolidación del principio de separación de poderes, de forma que no coincidan en una misma persona legislativo, ejecutivo y judicial. En cuarto lugar, la consolidación de la idea de la representatividad de la nación como forma de intervenir el pueblo en la vida pública y, por tanto, forma de manifestación de la voluntad popular. Y por último, no en orden, pues estos factores no los he enumerado en orden de importancia, la existencia de una serie de derechos del individuo que son irrenunciables y que deben ser protegidos en todo momento por la constitución y por los poderes públicos.

En general es recomendable que estos tres últimos aspectos, derechos del hombre, división de poderes y participación del pueblo, estén recogidos en esa constitución escrita.