

DR 02 31

Esta es la voz de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Emitimos a través del tercer programa de Radio Nacional de España, de 20 a 22.30 horas, de lunes a sábado inclusive. De 22 a 22.30 horas escucharán la emisión destinada a los alumnos del curso de acceso directo a la universidad para mayores de 25 años.

Y seguidamente, y hasta las 22 horas, les ofrecemos el programa dedicado a los alumnos de la facultad de Derecho correspondiente a los cursos primero y segundo de carrera. En primer lugar, escuchen Derecho Romano. El profesor García Garrido nos explica la segunda parte de la jurisprudencia romana y la jurisprudencia actual.

Decíamos que la jurisprudencia romana es el factor más importante y trascendente en toda la evolución histórica del Derecho Romano. El jurista romano, este oráculo de toda la ciudad al que nos referíamos, tiene una influencia en el magistrado mediante la sugerencia de nuevas acciones al pretor, en el príncipe en la construcción del *justi nobun* de las constituciones imperiales y en general en todas las decisiones jurídicas tanto en la esfera pública como en la privada. El jurista interviene decisivamente en la redacción de la fórmula en la primera fase del proceso, en la época, en la etapa del procedimiento formulario.

Su labor, como decimos, es determinante en el asesoramiento del pretor al sugerirle nuevas medios procesales y en la formación también del *justi nobun* del príncipe. Es conveniente destacar por ello que no sólo en el *justi civile* formado por el desarrollo de las normas formalistas y primitivas de las *mores majorum* hasta rebasar al *justi gentium*, sino también en el derecho pretorio y en el derecho nuevo, la función del jurista es esencial. La actuación de la jurisprudencia es ciencia y es técnica a la vez, *epicteme* y *tecne* no son términos antitéticos, el arte o la técnica es un modo de aplicación y desarrollo del derecho.

En la famosa definición de Ulpiano, jurisprudencia es *divinarum asque humanarum rerum notitia, justi asque injusti* es ciencia, es decir, el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto. Conforme a las más recientes investigaciones romanísticas, la primera parte de esta definición, conocimiento de las ciencias divinas y humanas, que no sólo se ha aplicado a la jurisprudencia sino también a la filosofía, tiene un cierto carácter instrumental, es decir, que la jurisprudencia en esta concepción de Ulpiano en sus reglas sería sobre todo la ciencia de lo justo y de lo injusto, a través, tomando como presupuesto el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas. Efectivamente, esta *divinarum asque humanarum rerum notitia* tendría un carácter instrumental porque, en definitiva, lo que hace el jurista es tomar como presupuesto aquellos datos que la vida le ofrece para elaborar una verdadera ciencia de lo justo y de lo injusto.

Esto también se configura aceptando la definición de Celso, derecho es el arte, la técnica de lo bueno y de lo equitativo, de lo bueno y de lo justo. Por ello, en estas definiciones nos encontramos ante una forma de concebir la jurisprudencia como una especie de arte y técnica

en un modo de aplicación y desarrollo del derecho. Por ello, las elaboraciones doctrinales se configuran siempre con vistas a la práctica y el derecho tiene siempre un sentido de continua movilidad, por lo que los juristas van a evitar cuidadosamente aquellos dogmas que más que ayudar encadenan al desarrollo práctico.

Por ello, la jurisprudencia tiene una función dinámica y unificadora del derecho. En la visión del jurista romano Pomponio, esta visión es efectivamente dinámica y unificadora. El magistrado da efectividad al *ius* a través de la actividad jurisprudencial, del propio *jurisconsulto* depende la existencia misma del derecho.

Es sabido también que la jurisprudencia romana es *traslaticia*, es decir, que aceptaba la doctrina de los predecesores, que los juristas examinaban aquellas aportaciones doctrinales de los que inmediatamente le precedían y llegando a un grado ulterior de elaboración. Por ello, para los juristas romanos el derecho no es nunca oportunidad ni elegancia, sino siempre justicia y equidad. Es importante que nos fijemos también en la misión de la jurisprudencia como auténtica escuela de libertad.

El jurista no es sólo aquel que interpreta una determinada norma, una determinada ley o constitución en el sentido querido por el que manda, por el magistrado o por el emperador. El jurista sigue unos criterios siempre adecuados con las necesidades de los particulares y con el progreso del derecho atendiendo a las necesidades de la vida. A los juristas romanos, a la jurisprudencia romana, principalmente a la llamada jurisprudencia clásica, jurisprudencia modelo, se debe la armonización del *just honorarium* y del *just civile*, es decir, del derecho elaborado por el pretor en su protección a los particulares, y por este *just civile* antiguo procedente de las costumbres de los mayores y que llega a un proceso de flexibilización a través del *just gentium*, y se debe también la reducción a unidad de estos dos sistemas.

Ahora bien, es necesario también mencionar cómo los juristas romanos en esta continuidad siempre consideran lo más importante las necesidades de la vida a la que van a atender. Como se expresa claramente en un texto del jurista Pablo, no es de la regla de la que nace el *just*, sino del derecho es de lo que nace la regla. Es decir, que siempre las necesidades de la vida van a imponer la dinámica, van a imponer la evolución posterior del derecho.

Y la regla deriva de las soluciones del caso concreto, es decir, a los juristas se les plantea una serie de casos concretos, una serie de realidades jurídicas que se daban en los litigios entre los ciudadanos, y los juristas van a decidir estos casos concretos a través del remedio de la concesión de la acción. Y van después a aconsejar a estos particulares a acudir al pretor en demanda de esta acción. Es evidente que los métodos de los juristas influye grandemente la intuición, el valor concedido al sentimiento jurídico.

De aquí la tendencia que la jurisprudencia tiene a motivar las decisiones, las respuestas, los *responsa*, con razones de tipo material. En nuestro libro *Casuismo y Jurisprudencia*, examinamos los distintos grados de elaboración técnica de la jurisprudencia. En primer lugar, se parte del caso, de la cuestión que le someten los particulares.

Después se pasa a un caso más general, a un caso más amplio, que puede abarcar varios de estos casos concretos, y que denominamos casos guías, y ello valiéndose de las conexiones, de los parecidos o semejanzas entre estos casos y en aplicación del remedio técnico que es la analogía. De estos casos guías se parte también para la creación de reglas y axiomas jurídicos, que siempre se han de aplicar en consideración al caso para el que nace. Y por último, de la configuración de estas reglas y axiomas jurídicos, se llega a la construcción de las figuras y de las instituciones jurídicas.

En esta construcción de las instituciones jurídicas, así como en la elaboración de reglas, los principios rectores son siempre los de la buena fe, bona fides, lo de la equidad, equitas, lo de la utilidad y los del servicio a los demás, los de entregarse a los demás, que era la misión del jurisconsulto en esta elaboración de normas, en que consiste el officium. En la elaboración de reglas por los juristas, interviene la analogía que calificamos también en ese libro como un recurso técnico jurídico de creación o de extensión de un principio jurídico basado en una razón de semejante. Hemos dicho que la jurisprudencia romana no es un sistema judicialista, y con esto creo que existen fundados motivos para diferenciar la jurisprudencia romana de otros sistemas abiertos, como puede ser el sistema del Common Law.

Sistema del Common Law que sí es un sistema propiamente judicial. Recientemente una autora italiana, la doctora Bacca, ha tratado de establecer las semejanzas que existen entre el sistema abierto de la jurisprudencia romana y el sistema del Common Law. Pero contra esta tesis hay que afirmar que existen profundas diferencias entre ambos sistemas, tanto en los métodos como en la evolución histórica.

Porque en la historia del sistema judicial inglés, que parte del periodo primitivo de los yearbooks hasta la configuración doctrinal de Blackstone, se configura la teoría del precedente, pero siempre dentro de un sistema propiamente judicial. Así, los precedentes judiciales se consideran como la base y el impulso evolutivo y creador del derecho. También se llega a una mitificación del sistema del Common Law, ya que Blackstone configura a este derecho inglés como un derecho perfecto y natural cuya razón se basa en la antigua tradición jurídica.

Si, por último, del sistema abierto propio de la jurisprudencia romana nos fijamos en los sistemas cerrados de las codificaciones europeas, también en ellos podremos contemplar cómo el derecho romano ocupa una posición central en aquel legado cultural al que nos referíamos el primer día. Efectivamente, las codificaciones representan la última fase de un proceso de sedimentación del legado jurídico romano que pasa por distintos periodos históricos dominados por dos tendencias. De una parte, el clasicismo o la tendencia a la imitación de la jurisprudencia romana.

De otra parte, el vulgarismo o la tendencia a la simplificación y a la corrupción del modelo clásico. A lo largo de esta evolución histórica se van a producir una serie de tendencias prácticas del derecho romano que tienden a hacerlo concebir como un derecho que sirve para la práctica y para la vida y que se conoce con el nombre de *Mos Italicus*, junto a otras

tendencias cultas conocidas con el nombre de *Mos Gallicus*, que tienden a una investigación histórica del derecho efectivamente aplicado en Roma. Al lado de estas tendencias, las doctrinas filosóficas del siglo XVIII contribuyen decisivamente a la mitificación de la jurisprudencia romana considerándola como *ratio scripta*.

La última fase es la de la recepción que se produce en el *usus modernum pandectarum* que se considera, al considerar el derecho romano como la base para la formación de un derecho nacional. El cultivo de la dogmática pandectística va a hondar las diferencias entre el llamado en terminología de Kosáquer derecho de profesores y derecho de juristas. Vemos por tanto como el derecho romano no solamente tiene una influencia decisiva en esta configuración de la jurisprudencia clásica como jurisprudencia creadora y renovadora del derecho sino que también incluso desde un punto de vista puramente positivista o legalista el derecho romano constituye la sabiduría, constituye el fundamento y la raíz de las llamadas codificaciones europeas.