

DR 02 62

Asignatura Derecho Romano Presentación del curso número 2 Autor Manuel Jesús García Garrido En el último día nos ocupamos de presentar el curso de Derecho Romano centrado en los dos textos básicos que forman el Derecho Privado Romano en sus dos partes, primero instituciones segundo casos y decisiones jurisprudenciales estábamos comentando los capítulos de introducción de este segundo volumen casos y decisiones jurisprudenciales y nos referíamos a las varias tendencias que configuran la tradición romanística que del corpus juris de Justiniano lleva hasta los códigos civiles hablábamos de la tendencia de los glosadores hablábamos de los posglosadores y comentaristas de la Escuela de Derecho Natural y terminábamos con una mención de la Escuela Histórica Alemana con su gran figura representativa Federico Carlos Savigny Savigny consideraba al derecho bajo dos puntos de vista diferentes como historia y como sistema como historia explicaba al derecho como producto natural y espontáneo del espíritu del pueblo que se nutría, sin embargo de profundos fundamentos romanos el sistema, en cambio, consistía en el núcleo de principios y normas sometidos a una racionalización o fundamentación científica De esta escuela histórica parte una distinción fundamental entre un derecho teórico o de profesores y un derecho práctico o de juristas como distinguía Kosáquer y que desde el punto de vista del derecho clásico romano no tendría sentido pues los jurisconsultos romanos todo el derecho, como decíamos lo elaboraban en tanto en cuanto servía para la práctica y para la vida Con esta corriente enlaza la doctrina del llamado Derecho de Pandectas o de los autores del denominado Usus Modernus Pandectarum del siglo XIX que elaboran ciencia y dogmática jurídica mediante el estudio de la compilación justiniana y de sucesivas aplicaciones a las necesidades de su época Realmente los tratados de pandectas en los que destacan los nombres de Planck, de Brin, de Derbur o de Winchait son tan importantes porque nada menos que prepararon todo el material científico necesario para la redacción de los códigos civiles Desde otro punto de vista sin embargo, debemos considerar que las doctrinas o el sistema elaborado por la pandectística ha influido de tal forma no solamente en el estudio de las instituciones de derecho civil sino incluso dándole un carácter excesivamente dogmático un carácter excesivamente sistemático incluso a las instituciones de derecho romano en las que debe destacarse más su carácter de creación su carácter de continua adaptación del derecho que de un verdadero y propio sistema en el que los jurisconsultos romanos como decíamos, eran legos porque ellos no elaboraban más sistemas que los que servían para la práctica jurídica ellos seguían la sistemática del edicto del pretor o la sistemática de los grandes tratados de digestos o de comentarios pero sin estas preocupaciones sistemáticas o dogmáticas que tenían los pandectistas y que han prevalecido hasta la época moderna una vez publicado los códigos civiles el derecho romano se refugia en una tendencia que se ha calificado como histórica o crítica o una tradición historiográfica que consiste en la reconstrucción histórica del derecho de Roma enlazando con aquel humanismo de los franceses con el *mos gallicus* que como veíamos entraba en contradicción con el *mos italicus* o tendencia a adaptar el derecho de Roma a los problemas y necesidades de cada época en este tercer capítulo dedicamos un amplio apartado a comparar la jurisprudencia romana

con los sistemas jurídicos actuales y decimos que mientras la jurisprudencia romana era una actividad libre y consultiva que actuaba con independencia de jueces y tribunales si bien los jurisconsultos eran los principales asesores de los pretores o magistrados jurisdiccionales y después de los jueces que decidían en el proceso de la cognición extraordinaria y también en las apelaciones ante el emperador sin embargo debemos distinguir esta jurisprudencia romana como actividad libre y consultiva de la jurisprudencia actual que es una función pública como sabemos desempeñada por jueces dotados de especial preparación jurídica que deciden en los pleitos y los litigios es precisamente lo que hoy se llama jurisprudencia estas fallos estas sentencias estas decisiones de estos jueces y tribunales y especialmente los fallos definitivos del tribunal supremo que juzga en apelación de las sentencias de jueces y tribunales inferiores por tanto la diferencia fundamental está en que las decisiones y respuestas que hoy se tienen en cuenta a diferencia de lo que ocurrió en Roma que la que se tenían en cuenta era la de los jurisconsultos hoy son las de los jueces y tribunales sobre todo las del tribunal de última instancia o tribunal supremo distinguimos después en los sistemas jurídicos actuales los que se denominan sistemas abiertos y los que se llaman sistemas cerrados según consistan en un derecho vivo y jurisprudencial creado a través de las decisiones casuísticas de los jueces o de un derecho escrito y compilado en un cuerpo o sistema de normas exponemos como el modelo del primer tipo o derecho o sistema abierto abierto es el método del caso del derecho inglés y americano el segundo o cerrado viene representado por la idea de la codificación civil aunque los procedimientos muchas veces coinciden sin embargo en uno o en otro tienen una cierta matiz de diferenciación por eso nos ha parecido oportuno distinguir de una parte los sistemas llamados cerrados de los códigos civiles de los sistemas abiertos que se encuadran en este derecho inglés y americano en primer lugar en cuanto al sistema de los códigos civiles en el derecho europeo continental las tendencias del derecho natural y de los pandectistas como veíamos llevan a los códigos civiles mientras que en Francia el movimiento codificador triunfa muy pronto con el código civil de Napoleón de 1804 en Alemania se retrasó algo más hasta 1900 precisamente por esta resistencia de la escuela histórica defendida o patrocinada por Savigny es verdad que el código civil francés influyó en numerosas codificaciones europeas y americanas entre ellas en el proyecto español de 1851 de García Goyena y que ha tenido un gran influjo en toda la configuración civil posterior en toda la legislación civil posterior es verdad que por encima de las distintas tendencias o teorías sean judicialistas o positivistas sean de un sentido u otro en la actual redacción del artículo primero apartado sexto del código civil español destaca la función de la jurisprudencia al decirse que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho creemos que al reconocer la jurisprudencia no sólo el valor de interpretar y aplicar la ley, sino también la costumbre y los principios generales del derecho se le atribuye implícitamente la función de declarar previamente cuales sean estos principios y con ellos se reconoce a la jurisprudencia como innovadora y creadora del derecho en contraposición con estos sistemas de las codificaciones civiles el sistema abierto del derecho inglés y americano es aquel en que los jueces deciden sobre casos concretos con la aplicación de la técnica o de la teoría del precedente es evidente que existieron muchas y muy profundas influencias romanas en la

evolución del derecho inglés en las sucesivas etapas de la evolución del derecho inglés, pero ambos sistemas jurisprudenciales deben diferenciarse en que el inglés es un sistema judicial es decir, está elaborado y creado por los jueces en sus sentencias mientras que como decíamos el sistema romano se basa en las respuestas de los jurisconsultos no obstante esta diferencia fundamental entre estos dos sistemas existen importantes semejanzas estas semejanzas pueden centrarse primero en la orientación procesal de las decisiones que están siempre dirigidas a determinar las posibilidades de una acción, después en segundo lugar en las derivaciones de principios y reglas de las decisiones casuísticas, sobre todo de los llamados casos guías *leading case*, así como la técnica de la analogía y de las conexiones entre los casos y por último en la importante función que desempeña la intuición y el fundamento de las decisiones en la justicia y en la equidad sin atenerse como siempre quiere procurar el juez continental en criterios lógicos y sistemáticos y en unas normas que están fijadas desde el principio por ello concluimos este apartado diciendo que la jurisprudencia romana y su técnica casuística es el punto de partida y la base para el estudio y conocimiento tanto de los derechos en el sistema cerrado de los códigos civiles europeos como en el sistema abierto de los jueces angloamericanos y que constituye el estudio de esta jurisprudencia romana el punto de referencia imprescindible para el proceso de creación y adaptación del derecho a las necesidades de todas las épocas y concretamente de nuestra época el último apartado de este tercer capítulo que cierra la introducción del segundo volumen del derecho romano privado lo dedicamos al estudio de la jurisprudencia romana y de la enseñanza del derecho el derecho romano es evidente que sigue proporcionando una base firme e imprescindible para la auténtica formación del jurista creemos que frente a las tendencias didácticas a dotar al alumno de una más abundante o más completa información que hoy es imposible de conseguir dada la enorme extensión y complejidad de las disciplinas jurídicas debe predominar en nuestras facultades de derecho la tendencia hacia la formación consistente en dotar al estudiante de un verdadero y profundo sentido jurídico esta formación no se consigue ni con mayor abundancia de datos legislativos ni con una perspectiva histórica más completa sino con el aprendizaje de la auténtica técnica y del pensamiento problemático del jurisprudente por eso creemos que son múltiples las razones que justifican hoy el estudio del derecho romano y que esta disciplina se enseña y se cultive en la mayor parte de las naciones civilizadas del mundo como hemos dicho esta jurisprudencia proporciona el modelo y el ejemplo de un sistema abierto y progresivo para resolver los problemas jurídicos mediante este proceder perfecto de las acciones y de los medios procesales