

## DR 02 30

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. En nuestro espacio de hoy escucharán, hasta las 22 horas, el programa dedicado a los alumnos de primero y segundo año de la Facultad de Derecho.

Y de 22 a 22.30 horas oirán el programa para los alumnos del curso de acceso directo a la Universidad de mayores de 25 años. Escuchen en primer lugar Derecho Romano. El profesor García Garrido desarrolla el tema La Jurisprudencia Romana y la Jurisprudencia Actual.

En la presentación de nuestro curso de Derecho Romano hacíamos referencia al valor de la jurisprudencia para la formación del jurista por dotar al jurista moderno de un caudal muy importante de casos prácticos, verdadero laboratorio jurídico, que nos sirve para dilucidar a través de la historia aquellas soluciones que se han venido dando a un complejo de cuestiones en la que consiste la vida del derecho. Vamos a fijarnos ahora en la importancia que el estudio, que el cultivo de la jurisprudencia romana tiene para el jurista actual y para la jurisprudencia actual. En primer lugar, veamos la función actual, la misión de la jurisprudencia en nuestros días.

En las naciones del continente europeo y también en otros muchos países del mundo, fundamentalmente los mundos, los países de nuestra influencia cultural hispanoamericana, se está planteando de nuevo la problemática en torno a la función de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. Un mayor intercambio entre los llamados sistemas abiertos o sistemas judicialistas y los sistemas cerrados de las codificaciones, y una más notable influencia de los sistemas judicialistas sobre este sistema de las codificaciones europeas, está ocasionando en nuestros días una revisión de las concepciones estrictas que consideraban al juez como mero intérprete o aplicador de la ley. En la cuestión que nos planteamos, y esto es muy importante para nuestro horizonte jurídico actual, se trata de decidir entre una jurisprudencia integradora o una jurisprudencia creadora o renovadora del ordenamiento jurídico.

Las teorías extremas que se han venido siguiendo son las del normativismo jurídico, que consideraba la perfección formal del ordenamiento jurídico, y la misión del juez consistente en llenar únicamente las posibles imperfecciones o lagunas de este ordenamiento, y de otro lado, la del judicialismo que defiende el sentido creador del derecho por parte de la jurisprudencia. Es evidente que se trata de una superada ya y aburrida discusión metodológica sobre la que tanto se ha escrito y en la que debe indudablemente pasarse la página. El proceso de creación del derecho se da en todos los sistemas de manera incesante y pervive con más o menos intensidad en los ordenamientos.

El problema, como sabemos, tiene también una gran importancia para nuestro ordenamiento vigente en España, porque hace pocos años, en 1974 precisamente, se modificó el título preliminar del Código Civil Español y se le dio una nueva redacción al artículo primero,

apartado sexto, que hace referencia expresa a la función de la jurisprudencia. Dice así este apartado. 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.

En apariencia, este precepto atribuye a la jurisprudencia la función de complementar el ordenamiento jurídico, y con ello parece situarse en la posición intermedia de la Escuela de Libre Jurisprudencia, que reconoce la existencia de lagunas o vacíos en el ordenamiento jurídico y atribuye al juez la función de llenar estas lagunas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de la costumbre y de los principios generales del derecho para que puedan ser invocados como fundamento de apelación contra las sentencias de los tribunales inferiores es también obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con ello aparece claramente cómo la misión de la jurisprudencia se muestra con el carácter de innovadora o incluso podríamos decir creadora del ordenamiento jurídico.

Al menos esto es lo que podemos afirmar por lo que se refiere a la costumbre y a los principios generales del derecho. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye la única interpretación auténtica de la ley. Parecidas argumentaciones podíamos hacer respecto a otros códigos hispanoamericanos, como por ejemplo los códigos mexicano y argentino.

En sentido histórico, la misión de la jurisprudencia se sitúa tradicionalmente entre los que hemos denominado sistemas cerrados y aquí los autores incluyen las codificaciones europeas y americanas y los sistemas abiertos entre los que se consideran clásicos o modélicos la jurisprudencia romana y el common law que consiste en un complejo de soluciones a problemas jurídicos. Seguimos las concepciones expuestas por dos autores fundamentalmente, Schull y Esser. En el primero de estos sistemas, es decir, en los llamados sistemas cerrados se seguiría preferentemente el método axiomático que parte de la deducción de un sistema de normas o axiomas que no necesitan ulterior fundamentación.

En cambio, en los llamados sistemas abiertos se aplica el método de la tópica o complejo de soluciones a problemas prácticos o también denominado por FIBE, método del pensar problemático. Se consideran así los conocimientos del derecho privado como una serie de respuestas históricas a determinadas preguntas permanentes que predominan en los problemas jurídicos. En este sentido, es especialmente significativa la frase de Holmes la vida del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia.

Debemos fijarnos, de todas formas, que cualquiera que sea el sistema que se patrocine es evidente que todo juez o jurisconsulto como afirma el civilista español Díez Picazo al mismo tiempo que interpreta las normas se convierte en portavoz o oráculo de un conjunto de formulaciones de valor vigentes en la comunidad en que vive. Nosotros, en esta lección, tenemos que afirmar los siguientes postulados. Primero, destacar la labor creadora o innovadora de la jurisprudencia y ello no sólo en los llamados sistemas abiertos sino también

en los sistemas cerrados de las codificaciones.

Segundo, en la evolución histórica que del derecho romano lleva a las codificaciones existe una continua mitificación, un continuo hacer mito de los principios jurisprudenciales que han sido sometidos a una previa labor de dogmatización y que cristalizan en su fase final en la normativa de los códigos civiles. Tercero, la profunda influencia que en la sistemática pandectística de las obligaciones aceptada en los códigos civiles han ejercido las obras didácticas y ello frente a la opinión de algún autor que niega la influencia de estas obras didácticas como por ejemplo FIBE. Han sido especialmente canalizadoras y han influido especialmente las instituciones de Gallo y de Justiniano y las elaboraciones dogmáticas que partiendo de estas instituciones se han elaborado por los pandectistas.

Tenemos de otro lado que reivindicar una jurisprudencia que esté libre de esquemas y conceptos dogmáticos deformadores y ello siguiendo el modelo de los juristas romanos. Creemos que se impone actualmente el abandono de tanta sistemática inútil y de tantas teorías superadas de los pandectistas y que sólo así los romanistas podremos liberarnos tanto en la investigación como en la enseñanza de una pesada y superada carga que puede llevarnos al peligro de ser eliminados de una sociedad moderna que requiere continuamente soluciones más vivas y soluciones más aptas. Vamos a entrar en el examen de los sistemas abiertos y entre ellos el sistema de la jurisprudencia romana.

Está universalmente admitida la gran originalidad de la jurisprudencia romana. Como es sabido, el jurista romano es la figura central de todo el ordenamiento. Pero no debemos, aplicando nuestras concesiones actuales confundir al jurista romano con un abogado actual ni mucho menos con un profesor de derecho o con un juez.

Precisamente el sistema abierto del derecho romano se distingue del sistema anglosajón del common law en que no es un sistema propiamente judicialista. El jurista romano es una figura central, clave pero originalísima de toda la jurisprudencia y de toda la historia del derecho privado romano. Puede decirse que él es el oráculo de toda la ciudad y que representa la creación innovadora del derecho.

Como veremos con más detenimiento, vamos a avanzar ahora que el jurisconsulto tiene una función preeminente que muchas veces no se destaca en todo su valor. En las distinciones de las fuentes entre *ius civile* y *ius honorarium* en que el primero estaría dominado por la autoridad de los jurisconsultos y el segundo estaría dominado por la potestad, por el *imperium* del pretor al decidir los litigios entre los particulares esta dicotomía, digo, se suele mantener como si se tratara de una oposición antagónica cuando es bien sabido que tanto en el *ius civile* mediante las elaboraciones casuísticas de los libros de cuestiones y respuestas como mediante las sugerencias al pretor de las nuevas acciones y la redacción del edicto perpetuo la función preeminente compete al jurista romano. El jurista romano, pues, es el núcleo central, la base y también la cúspide de la pirámide de todo el ordenamiento privado romano.

Igual ocurre con la influencia que se ejercita en el *ius novum* o derecho imperial.

