

DR 29 460

Hola, buenas noches y bienvenido a Revista de Derecho, con esta sintonía daremos comienzo cada viernes a 85 minutos de un tiempo dedicado a desarrollar distintas materias relacionadas con el amplio mundo del derecho. Revista de Derecho es un espacio de educación reglada donde los profesores de la UNED explican a través de los micrófonos aquellos temas que consideren más importantes, que resulten de actualidad, que necesiten mayor aclaración o que sean más novedosos, además de orientaciones y consejos para los exámenes y estudio de las diferentes disciplinas. La revista es un programa pensado para ti, alumno de esta universidad, y por supuesto para todo oyente interesado por los temas jurídicos.

La realizamos en colaboración los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED a distancia y Beatriz Santamaría, en el control de sonido, y Charo López de Haro, quien nos habla. Cada viernes la Revista de Derecho se ocupa de un curso de la licenciatura, por lo tanto, a las seis semanas se vuelve a repetir el curso. Este año, primero, contará con cinco programas.

Las fechas de emisión son las siguientes, 14 de diciembre, 1 de febrero, 5 de abril y 10 de mayo, además de este que estás escuchando. En el presente curso académico contamos con dos novedades. La primera, que si me estás escuchando ya conoces, pues se refiere al cambio de emisora y de horario, motivado por el ajuste de programación de Radio Nacional de España, y la segunda relacionada con la Revista de Derecho.

Este año iniciamos unos programas especiales dedicados a debatir temas de actualidad jurídica, donde intervendrán profesores de la UNED e invitados expertos en las materias que se traten. Serán tres programas, el primero de ellos tendrá lugar el próximo día 23 y los dos restantes los días 15 de febrero y 17 de mayo. El Departamento de Medios Audiovisuales de la UNED edita todos los años una guía, donde se ofrece una amplia información relacionada con estos medios y de la programación radiofónica.

Esta guía de los medios audiovisuales, si no está en tu poder, la puedes solicitar en el centro asociado. Te tengo que advertir que no se refleja en ella los cambios habidos tanto en las frecuencias como en el horario, ya que estos nos fueron comunicados cuando la guía estaba editada y en la calle. Este año, por tanto, no lo olvides, estamos en Radio 4 y Radio 1 Frecuencia Modulada en Barcelona, Gerona, Valencia, La Coruña, Bilbao y Oviedo a partir de las ocho y media de la noche.

Antes de pasar al avance, una recomendación o sugerencia que podrá serte útil y de ayuda en tus estudios, y es que grabes cada viernes la Revista de Derecho para que de esta manera puedas repasar las directrices y charlas de los profesores de la sede central. Ahora sí te avanzamos los títulos de los contenidos que tendremos esta noche en Revista de Derecho, que está dirigida al alumno de primer año de licenciatura. En primer lugar, Derecho Romano, el catedrático de la UNED, don Manuel García Garrido, hará una introducción a la asignatura y don Juan Blanche Naugués, profesor de Derecho Romano de la Universidad Complutense de

Madrid, como profesor invitado del departamento, hablará de las fuentes jurídicas del Derecho Romano.

Seguirá la presentación del curso de Historia del Derecho Español a cargo del catedrático de la UNED, don Joaquín de Azcárraga. Y por último, en Derecho Político 1, intervendrán las profesoras Yolanda Gómez y Pilar Mellado para presentar sus respectivos programas. Además, la profesora Gómez hablará de los partidos políticos y la profesora Mellado del concepto y origen del Estado.

El departamento de Derecho Natural no tiene espacio en la Revista de Derecho porque no considera oportuno su emisión. Tras el avance iniciamos la Revista de Derecho con la intervención del catedrático de Derecho Romano de la UNED, don Manuel García Garrido, para hacer una introducción a su disciplina. Explicará los objetivos y metodología para el estudio del Derecho Romano, entre otras cosas.

Te dejamos con el profesor García Garrido. Iniciamos un nuevo curso de Derecho Romano y antes de iniciar propiamente e introducirnos en el contenido de la disciplina, conviene que observemos cuáles son los objetivos de este curso y cuáles son los métodos de estudio, así como las evaluaciones a realizar en la disciplina. El Derecho Privado Romano constituye una disciplina de raigambre histórico que en esta universidad tiene la principal finalidad, aparte de proporcionar el alfabeto jurídico para que nuestros estudiantes vayan introduciéndose en la terminología propia de los juristas, el objetivo básico, como se dice en el programa, es enseñar a razonar jurídicamente mediante la técnica casuística, es decir, de decidir en cada caso concreto cuál es la solución o respuesta más justa conforme a derecho.

Es decir, que más que la retención de fechas, nombres, que son por supuesto muy importantes culturalmente, nosotros tendemos a proporcionar al alumno los fundamentos del razonamiento jurídico que más que en cualquier otra disciplina entendemos pueden adquirirse con los sencillos casos que nos proporciona el inagotable caudal que nos da la jurisprudencia romana y los casos del digesto. Es una asignatura larga, es una asignatura compleja, que conviene estudiar desde el primer día. Recomendamos nuestro libro Derecho Privado Romano, casos e instituciones, donde se puede encontrar todo lo que es necesario para el aprendizaje de esta disciplina.

Hacemos mención de que, en cuanto al método de estudio, el estudio debe ser un estudio pormenorizado, serio, es conveniente que el alumno escriba aquellas ideas fundamentales que luego le pueden servir para repasar y, sobre todo, que piense en las soluciones prácticas, en las soluciones concretas de los casos que acompañan siempre y en todo momento al estudio de la disciplina. Tenemos que hacer observar que, en lo que se refiere a las pruebas de evaluación, aun cuando en los últimos cursos hemos dado una prevalencia a las llamadas pruebas objetivas, este año se impone un cierto cambio y daremos una mayor relevancia a las llamadas pruebas abiertas o de ensayo, es decir, que junto a la contestación a determinados textos donde el alumno debe elegir entre varias respuestas posibles la que es realmente verdadera y

frente a la solución y junto a la solución de los casos prácticos, este año indudablemente pondremos alguna prueba de ensayo para que el alumno se acostumbre a diferenciar conceptos, por ejemplo, diferencias entre usucapión y prescripción, diferencia entre la justa causa usucapiones y la justa causa tradiciones y la redacción de algún tema breve y concreto donde podamos apreciar también la posibilidad de que el alumno se exprese con su propio lenguaje. En el comienzo de la disciplina, nosotros recomendaríamos tener siempre a mano, tener siempre delante de los ojos el cuadro cronológico que está en las últimas páginas del libro.

Es muy importante que se encuadren las instituciones, que se encuadren las reglas y principios jurídicos en lo que va a formar el esqueleto de todo el ordenamiento jurídico romano. Por ello, después de una introducción histórica donde damos y destacamos la fundamental importancia que tiene la jurisprudencia romana, sigue después los conceptos fundamentales, subrayamos la importancia en esta primera parte, antes de pasar al estudio de posesión, propiedad y derechos reales de las acciones y el procedimiento civil romano. Es bien sabido, y lo hemos repetido muchas veces, que el derecho romano es un sistema de acciones, es decir, que al jurista romano lo que le interesaba por encima de todas las cosas era la acción concreta aplicar a cada caso concreto.

Por eso insistimos en la necesidad de que el alumno siga muy atentamente el procedimiento primero de las acciones de la ley y sobre todo el procedimiento clásico por excelencia, que es el procedimiento formulario, sin olvidar las modificaciones que se introducen en época posclásica con el llamado procedimiento de la cognitio extraordinaria o procedimiento cognitorio oficial. Es verdad que esta primera parte de la disciplina, que abarca hasta el tema 17 y comprende hasta posesión y propiedad, presenta menos casos prácticos que la segunda parte, que es mucho más densa, puesto que abarca obligaciones, familia y herencia. Pero no por ello el alumno debe darle una menor importancia, precisamente los fundamentos de la disciplina están ahora en la percepción de estos conceptos esenciales de lo que es la acción y la aplicación del juego de acciones y excepciones que va a dar toda la finura, toda la frescura, diría, y toda la vivacidad que tiene el derecho romano que nunca se aparta de la acción, que nunca se aparta del caso concreto.

Hoy que están en discusión tantas cosas, conviene que el alumno observe también la importancia que tiene el derecho romano en la tradición jurídica europea. Está de moda hablar ahora del derecho comunitario, está de moda hablar del derecho europeo, pero ni el derecho comunitario ni el derecho europeo ni la formación jurídica de nuestros días puede concebirse sin un profundo conocimiento de las instituciones jurídicas romanas y de las bases romanas que proporcionan, como decía ayer, el alfabeto del derecho. Insistimos, pues, en que un estudio provechoso de esta disciplina, un estudio razonable, un estudio serio, dará la base suficiente para que después nuestros alumnos no tengan dificultad alguna cuando estudien otras materias más complejas, como puede ser el derecho patrimonial civil, el derecho mercantil o incluso las relaciones internacionales.

Con eso animamos a nuestros estudiantes a que desde el primer momento no desaprovechen este esfuerzo que van a contar, en el que van a contar con toda nuestra ayuda, pero que es fundamentalmente un esfuerzo y una prueba personal. Y por eso deseamos a todos que en este inicio del curso esta asignatura sea para todos muy grata y nosotros nos ofrecemos para cuanto podamos ayudarle en el estudio y en el aprovechamiento de esta materia. Muchas gracias.

Hecha ya la introducción al derecho romano junto con las recomendaciones y orientaciones oportunas dadas por el profesor García Garrido, es ahora el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, don Juan Blas Nougues, quien interviene a continuación para explicar las fuentes jurídicas del derecho romano. La expresión fuente de derecho es hoy muy utilizada en el ámbito jurídico y quizás por ello también resulta equívoca, aún más si se aplica al ámbito del derecho romano. En el ámbito del derecho romano podemos distinguir, en primer lugar, fuentes inmediatas de nuestro conocimiento, es decir, los textos mediante los cuales el romanista toma contacto con el derecho romano, que se caracterizan por su escasez y por su desigualdad, y en segundo lugar, fuentes en el sentido de producción-conocimiento, es decir, aquellos factores que determinan la producción del derecho y que permiten su conocimiento.

Yo me voy a referir a la brillante aportación de uno de los más importantes romanistas de nuestro tiempo, el profesor Alemán Cásed, que ha distinguido estos dos aspectos a lo largo de su producción científica. En cuanto a las fuentes inmediatas de nuestro conocimiento, bueno, tiene unas enormes dificultades en el derecho romano. Hemos dicho la escasez, por ejemplo, no todos los aspectos del derecho romano están igualmente iluminados.

Y la desigualdad, hay fuentes jurídicas, fuentes literarias, no tienen una idéntica valoración ambas. Con el título de *Mentorno a la metodología de las fuentes jurídicas romanas*, parece el autor poder presentarnos, en principio, un nuevo método de investigación. Su autor lo bautiza como método de la diferenciación, mediante el cual pretende depurar los excesos a que ha conducido la crítica interpolacionística de texto, la crítica de las interpolaciones, contraponiendo a ésta, en primer lugar, la rica variedad de soluciones casuísticas, que han aportado las controversias de los juristas clásicos.

En segundo lugar, la personalidad infungible de éstos y de su estilo, el estilo de los juristas los considera como literario más que legislativo. Y en tercer lugar, la actitud, que él llama actitud clasicista de Justiniano. Todo ello le permite concluir con la sustancial credibilidad de las fuentes jurídicas romanas.

Para comprender el trabajo de Kasser, se debe partir de la situación de los estudios romanísticos durante la primera mitad de nuestro siglo, entregados a una denodada búsqueda de interpolaciones, es decir, alteraciones en los textos clásicos por los compiladores justinianeos. Son las interpolaciones en sentido estricto, a las cuales se pueden añadir las modificaciones textuales de épocas precedentes, los *emas*. La situación a que condujo esta actividad elogiosa y útil, no sólo útil sino necesaria, fue en algunos casos, en sus

manifestaciones más radicales, o tuvo en sus manifestaciones más radicales, un efecto devastador, según Kasser, en las fuentes.

Consciente de este peligro, este autor ha creído que se debe fortalecer tanto la investigación como la docencia, y propone el método que hemos descrito antes brevemente, aunque quizás en nuestra opinión más que un método, se trata de una diferente actitud, que apunta más bien a la técnica utilizada, técnica que debe partir de una individualización de cada texto, no valen esquematizaciones, no valen estereotipos aplicados a las fuentes, y una consideración, en segundo lugar, de probabilidad de las alteraciones más que de posibilidad, una alteración puede ser posible, verdaderamente, todo es posible, nos dice Kasser, pero hace falta que además sea probable esa alteración textual. Esta actitud de Kasser se apoya en lo que él llama reglas de experiencia del investigador, así Kasser rechaza que aun detectada la presencia de alteraciones en la forma, es decir, en la redacción de un texto, deban éstas necesariamente modificar el contenido jurídico de ese texto, que es lo que Kasser propuna desde lo que él llama *saagforschung*, es decir, investigación de contenidos jurídicos, frente a otra corriente, que es la corriente que dirige o que lidera el profesor Wiecker, que es la *textforschung*, que es decir, la investigación del transcurso vital de los escritos de los juristas clásicos. Muchas veces, dice Kasser, algo que nos parece que no encaja en un texto perfectamente constituye, o puede constituir, un valioso indicio de la redacción originaria del mismo.

Esto último se entiende, si se tiene en cuenta, como dice Kasser, la caracterización del derecho clásico romano como de *ius controversum*, es decir, que consiste en una multiplicidad de soluciones jurisprudenciales, es decir, de soluciones de los juristas, en torno a casos jurídicos, que, continúa Kasser, por su exacerbada proliferación, podían incluso llegar a poner en riesgo la seguridad del propio ordenamiento jurídico romano. Ya los extensos comentarios de Paulo y de Ulpiano irían, según el autor, dirigidos a evitar esta consecuencia, pero incluso la misma actividad compiladora de Justiniano, clasicista no sólo en la forma, sino también en el fondo, se podría entender desde esta perspectiva. Así, Kasser reduce prácticamente las llamadas alteraciones sustanciales, es decir, aquellas que implican una modificación en el contenido de los textos a la época justiniana, si bien, incluso aquí, en esta época, detrás de cada interpolación, incluso las más drásticas, cree Kasser poder identificar, en la decisión imperial, la elección, por parte del emperador, de una de las diversas soluciones ofrecidas ya por los juristas clásicos a un problema dado.

Por otro lado, la inmensa mayoría de alteraciones, según él, son formales, no rozan tan siquiera el contenido del texto, se quedan en la forma, y frecuentemente consisten, además, éstas, en una supresión de texto clásico más que en una adición. No podemos detenernos aquí a enjuiciar en detalle la tesis del autor, pero sí diré que, con ser muy sugestiva, simplifica quizás excesivamente la problemática que, desde hace siglos, plantean las fuentes jurídicas romanas. Me refiero, en concreto, a esa visión casi dramática en cuanto a la seguridad jurídica del derecho clásico, o a ese afán por reducir, a la época justiniana, la producción de alteraciones sustanciales.

Tampoco explica por qué una alteración formal no afecta al contenido. Pues, como advierte Wiecker, y hemos aludido un poco a la polémica o a la diferente posición, la *text-forsum*, la *sac-forsum*, es decir, la investigación de textos, la investigación de contenidos jurídicos separa a estos dos autores, que, curiosamente, aunque han mantenido durante décadas posiciones diferentes, sin embargo, resultan asombrosamente coincidentes en muchos aspectos. De la crítica que realiza este autor, Wiecker, tan sólo destacaría un punto, un punto que me resulta de todo punto importante, es el siguiente, es que las obras de los juristas no son simples relatos de acontecimientos, es decir, relatos de hechos que el autor, que el romanista debe verificar su veracidad, sino creaciones auténticas del espíritu, en las que resulta difícil la desconexión entre el pensamiento y el lenguaje.

Es decir, esa distinción entre alteraciones formales que no afectan al contenido jurídico, piensa Wiecker, que es discutible. En segundo lugar, hemos hablado de fuentes inmediatas de nuestro conocimiento, como ven, los textos y el problema de las alteraciones textuales, etcétera. Pero ahora nos vamos a referir a un segundo tema, hemos dicho fuentes de producción, fuentes de conocimiento, que a los juristas nos resulta más familiar que el primero.

En este segundo aspecto, Kasser comienza manifestando el rechazo más enérgico a esquemas conceptuales pandectísticos, en concreto a la aplicación del concepto de sistema tan familiar en los juristas a las fuentes jurídicas romanas, y defiende a su vez la caracterización del derecho romano como derecho casuístico. Bueno, ¿esto qué quiere decir? El derecho romano no se compone de normas jurídicas necesariamente vinculantes, no manejan los romanos un concepto técnico de fuente del derecho, ni existe una neta separación entre lo que hoy denominamos derecho objetivo o derecho subjetivo. También piensa Kasser que los planteamientos pandectísticos en torno al tratamiento de las fuentes literarias han separado en exceso éstas de las fuentes propiamente jurídicas.

En definitiva, una nueva revisión del tema. A fondo, para Kasser el derecho clásico romano es fundamentalmente derecho de juristas. Es decir, el derecho basado en la actividad jurisprudencial, que a su vez se caracteriza por ser casuístico.

En estrecha relación con él, con un realce especial, el derecho consuetudinario, diríamos que así precediendo al derecho de juristas cronológicamente, aunque cohabitando con él en época clásica. Luego discutiremos sobre este punto. Y finalmente, aunque ya en un plano muy inferior, un plano puntual, simplemente tiene una incidencia puntual en los dos anteriores, el derecho correspondiente a la ley.

Este panorama de las fuentes que nos ofrece Kasser, debemos precisar que no se corresponde exactamente con las enumeraciones de fuentes que ofrecen por un lado juristas y por otro retóricos. Por ejemplo, los juristas no hacen mención a la costumbre, no hacen mención a ese derecho consuetudinario. Y en segundo lugar, los retóricos hacen mención a otros factores que ni los propios juristas los tienen como factores o elementos productores de derecho.

Por ejemplo, la referencia a la *natura* o a la *equitas* no aparece en los juristas. Bien,

sorprendentemente la ley o el derecho correspondiente a la ley ocupa un puesto preeminente en las enumeraciones de fuentes de los juristas y de los retóricos. Un puesto preeminente y, además, un puesto ineludible.

A la ley parecen amoldarse, además, una multiplicidad de manifestaciones jurídicas. Plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, respuestas, responsa de los juristas, salvo quizás los edicta magistratum, de los que se dice que obtienen fuerza de ley o hacen las veces de ley. Podríamos traducir mejor, quizás, que obtienen una validez jurídica general.

En realidad, esta visión legalista de dematizarse, pues, en primer lugar, según Cáser, es más propia de la mentalidad romana de fines de la república. Y, en segundo lugar, ese carácter vinculante de la Lex no depende en Roma de su estatalidad. Es decir, no es lo más importante ese carácter vinculante de la Lex, sino que es fundamental, por el contrario, la continua labor de adaptación y de creación, a partir de las leyes, de la jurisprudencia.

Como ven, sale destacada la actividad jurisprudencial. Decíamos que el derecho de juristas es el derecho fundamental. En época antigua, asimilada a la ley, no podemos entrar aquí a una valoración de la sentencia judicial.

Parece que también tiene un carácter de fuente jurídica y, también, en época antigua, el acto jurídico privado. Bien, en segundo lugar, el derecho consuetudinario. Hay que aclarar que no se pone en tela de juicio que el derecho romano hunda sus raíces en la costumbre, entendida esta como Mores.

Aquí habría que distinguir entre Mores y consuetudo. No podemos entrar tampoco aquí en esta cuestión, que parece confundir Cácer, sino que la costumbre, o más concretamente los Mores, sean considerados por el derecho clásico como una fuente jurídica viva e independiente de las demás. Cácer se inclina claramente por la opinión o por la respuesta afirmativa.

Entre otros argumentos, dice que el *ius scriptum*, *ius non scriptum*, esa distinción se debe más ya a los círculos filosóficos retóricos de fines de la república que a la doctrina escolástica posclásica. Basándose en este argumento, defiende la clasicidad del célebre fragmento de Juliano, en el cual se alude a la derogación de las leyes mediante el *tacitus consensus omnium*, es decir, mediante la costumbre, diríamos. Otro argumento que esgrime Cácer es la presencia en la interpretación jurisprudencial del par conceptual *leges moresque*, leyes y costumbres, que parece que también los juristas lo empleaban comúnmente.

En tercer lugar, el derecho de juristas. Yo adelantaría que quizás el derecho de costumbre, como fuente jurídica válida, es quizás el aspecto más frágil de la tesis de Cácer. Y finalmente, el derecho de juristas.

Destaca el autor que la mayor parte del derecho privado y procesal civil romano es, hasta el final de la época clásica, primordialmente derecho de juristas. Imagina que el autor que el producto de esa actividad lo constituye un denso tejido, sin espacios vacíos, que ofrece solución

a cualquier problema que se plantee. Esto, en principio, es un poco idealista y, además, conduce un poco de nuevo al concepto rechazado, al concepto de sistema.

Por más que lo hagan los juristas desde abajo, von Unten, como dicen, los juristas son para él pragmáticos, eminentemente pragmáticos, y sus soluciones se apoyan firmemente en la experiencia. Tampoco podemos entrar aquí en la valoración detallada de este derecho de juristas, porque, además, nos conduce a un tema que no es el nuestro, no es el que hemos pretendido tratar aquí, que es el tema del método de los juristas. Por tanto, me voy a detener aquí, simplemente haciendo alusión que, de las tres fuentes jurídicas, quizás la más discutible sea esa fuente jurídica que él llama Gewonheitsrecht, es decir, derecho con su etudinario en época clásica como fuente jurídica válida.

Digo discutible por los argumentos que dan, no porque lo sea, sino que los argumentos parecen un tanto endebles. Y, por lo demás, nada más decir que agradezco la invitación generosa de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Muchas gracias.