

INTRODUCCIÓN A LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

TEMA 1: El Derecho romano en el oriente

1.1 Roma y el mundo bizantino

El Imperio Bizantino es una continuación del Bajo Imperio romano; ese nuevo Imperio fue fundado como consecuencia de la partición del Imperio romano en dos partes: la oriental y la occidental (*pars orientis* y *pars occidentis*).

Las instituciones políticas del Imperio Bizantino proceden del Imperio romano y el Derecho privado romano fue estudiado en las escuelas orientales de Berito y Constantinopla y además las constituciones de los emperadores romanos fueron el fundamento del Derecho público en el Imperio oriental; así el mundo Bizantino tenía una obsesión por la tradición romana y por lo tanto se salvaguardaron las instituciones romanas aunque teñidas de orientalismo; además en el ámbito político se salvaguardó la idea romana del Imperio.

1.2 Justiniano: su pensamiento político y su actitud como legislador

Justiniano también recoge la tradición romana que se formó en el Bajo Imperio, es decir, recogió la idea de que el emperador es prácticamente un delegado de la divinidad, por tanto el emperador está revestido del máximo poder sobre la Tierra; así por tanto, Justiniano se consideraba delegado de la divinidad con poderes legislativos.

En primer lugar heredaba una gran reverencia hacia la tradición romano y en segundo lugar, heredaba la idea de Imperio universal, forjado con elementos cristianos y romanos; este respeto hacia la tradición romana hizo que Justiniano reverenciase el pensamiento de los juristas clásicos y así concibió la idea de reconstruir el Imperio romano, para ello utiliza las fuerzas militares y tubo la ayuda de dos grandes generales: Belisario y Narsés; y así intentó reconstruir el Imperio de occidente, y además rescató de los vándalos, el norte de África y llegó a la península itálica recuperando gran parte del territorio italiano e incluso llegó hasta España donde se estableció en la costa mediterránea, luchado contra los visigodos.

En Italia el Imperio tuvo una cierta duración pero no logró lo mismo en oriente y sufrió múltiples derrotas frente a los persas; así se ha considerado este intento de reconstrucción del Imperio, una gran osadía, porque en realidad las fuerzas militares no eran suficientes y por lo tanto podemos decir que a la larga este intento fracasó.

A la vez que intentaba restaurar el Imperio, Justiniano hizo una compilación de todo el pensamiento jurídico romano, y esto forma parte de su gran intento de restaurar el Imperio; esta compilación de Derecho es lo que ha hecho famoso a Justiniano en la historia, ya que se propuso recopilar todo el Derecho llamado *ius* (que eran las opiniones de los juristas) y todas las leyes de los emperadores (*leges* o *constitutiones*).

1.3 La compilación

La compilación de Justiniano tiene cuatro grandes partes: ***Instituta***; ***Digestum***; ***Codex*** y ***Novellae***; el ***Corpus Iuris Civilis***.

Las instituciones eran un manual de enseñanza; el *Digestum* es una recopilación de todas las opiniones de los juristas; el *Codex* es una colección de leyes de los emperadores; y las *Novellae* eran las leyes nuevas que promulgaba Justiniano entre la recopilación del *Codex* y la promulgación del *Corpus Iuris Civilis*.

Con esta compilación se pretendió reunir en un solo cuerpo todas las reglas jurídicas que derivaban de las leyes de los emperadores y de la ciencia de los estudiosos del Derecho.

En primer lugar Justiniano ordenó confeccionar el *Codex* en el año 528; este *Codex* no se conserva, sino que únicamente existe un fragmento del mismo y se llamó *Codex vetus* (Código viejo). Posteriormente Justiniano decide compilar el *ius* en el año 530 y para ello nombró una comisión que se constituía por dos profesores de la escuela de Berito, dos de la escuela de Constantinopla y once abogados. Esta comisión se encargó rápidamente de esta tarea y en 3 años estaba confeccionado el *Digesto*, de modo que en el 533 se publicó como obra ya compilada.

Realización de la compilación del Digesto

Así en 3 años se recopiló toda la jurisprudencia romana pero como ésta era muy voluminosa han surgido varias teorías para explicar el hecho de que en tan poco tiempo se haya realizado esta compilación.

El título de esta obra proviene de que tradicionalmente las obras romanas de la jurisprudencia se llamaban *digesta*.

En el siglo XIX apareció una teoría de un romanista alemán llamado **Bluhme** (*Blume* en alemán es flor) que en 1820 elaboró una teoría muy seguida acerca del problema de la confección del *Digesto*; este romanista observó que en cada título del *Digesto* y en cada libro aparecieron las obras de los mismos autores que se podían reducir a un orden concreto, así descubrió que en cada uno de los títulos había un grupo de fragmentos de comentarios al jurista Sabino (*ad Sabinum*); y a eso le llamó la masa sabiniana; además aparecen también otro grupo de fragmentos que eran comentarios al edicto y que llamó *masa edictalis*; otro gran grupo de fragmentos eran comentarios en torno a la obra de Papiniano, que llamó masa papiniana; por último hay un conjunto de obras dispersas que constituyen lo que se llama el apéndice.

Así Bluhme consideró que los integrantes de la comisión se habrían dividido el trabajo en cuatro comisiones que tendrían por misión sacar del *ius*, por un lado los comentarios a Sabino, por otro los comentarios al edicto, por otro los comentarios a Papiniano y, finalmente, las diversas obras que hubiera de un tema inconcreto; estas comisiones luego se habrían reunido y habrían puesto en común en cada título lo que había extractado.

Esta teoría de Bluhme tuvo un gran éxito en la doctrina y se ha considerado un verdadero descubrimiento en torno a la formación del *Digesto*.

Los romanistas, cuando se refieren a una parte del *Corpus Iuris Civilis*, se refieren mediante anotaciones como estas:

I. 5, 3, 2 (*Instituta*, libro 5, título 3, capítulo 2; no se especifica número de párrafo lo

que quiere decir que sólo hay uno).

D. 10, 14, 3, pr. (*Digesto*, libro 10, título 14, capítulo 3, principio).

Apareció luego otra teoría, la de **Hoggmann**; otro romanista alemán que criticó la teoría de Bluhme porque consideraba que la comisión no había podido elaborar la compilación en tan poco tiempo y de una sola vez; sino que consideró que debía de haber habido una labor previa, es decir, que habría habido una compilación precedente que habría elaborado una especie de recopilación del Derecho.

Otro jurista alemán, **Ehrenzweig**, sostiene que el *Digesto* no sólo tuvo precedentes sino que prácticamente la obra ya estaba terminada con anterioridad, y que se encontraba en una compilación privada.

Otro alemán, **Petars**, fue más allá, y dijo que la compilación ya existía en el siglo V y que había sido elaborada en las escuelas de Derecho en forma de *pre-Digesto*.

Posteriormente ha habido otras explicaciones acerca de la rápida confección de la compilación. Una de las últimas es del italiano **Arangio-Ruiz**, que dice que el *Digesto* ya estaba confeccionado al menos en una cuarta parte porque en las escuelas de oriente se estudiaban libros de Derecho que comprendían grandes partes del *Digesto*.

Finalmente, otro italiano llamado **Albertario**, considera que el *Digesto* habría sido una reproducción de una compilación anterior pero más amplia que lo considerado por los autores anteriores; y que se habría basado en el edicto del pretor.

En definitiva, todas estas explicaciones, lo que indican es que el *Digesto* estaba ya confeccionado y luego los compiladores estudiaron los juristas más importantes como Ulpiano y Paulo, sin embargo, hoy en día el problema no se ha resuelto de modo convincente.

Otro problema que plantea el *Digesto* es el de las interpolaciones

La comisión que redactó el *Corpus Iuris* introdujo ciertas alteraciones en el momento de reproducir lo que decían los juristas clásicos y esto sucedió con permiso de Justiniano, que en la constitución que promulgaba el *Corpus Iuris* y que se llamó **Constitución Tanta**; en ella permitió que se introdujeran alteraciones en favor de la utilidad social; en latín decía: *multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*.

Posteriormente los humanistas del siglo XVI descubrieron en las fuentes justinianeas estas interpolaciones y pusieron de manifiesto las alteraciones que aparecían por mano de los compiladores en los textos del *Corpus Iuris*.

En esta labor destacaron especialmente Cuyacio y Antonio Fabro. Las primeras interpolaciones que se descubrieron se llamaron **emblemate Triboniani**.

Posteriormente se continuó estudiando la compilación de Justiniano con sentido crítico y, a partir del año 1900, comenzó un tipo de estudio del Derecho romano que se llamó crítica de las interpolaciones; desde entonces los textos romanos se estudiaban analizando si tendrían o no interpolaciones, y esta forma de investigar sirvió para defender o atacar alguna tesis en relación con alguna institución jurídica; para ello también se requería la ayuda de los estudiosos de filología clásica, además la labor se dificultó porque también se descubrieron alteraciones pre-justinianeas que se llamaron **glosemas**.

Las interpolaciones se fueron descubriendo, por ejemplo, comparando el texto que aparecía en la compilación de Justiniano con un texto más antiguo del autor que se citaba; también se descubrían comparando las constituciones que aparecen en la compilación justinianeas con las anteriores que se conservaban en otros textos más auténticos.

Hay otros muchos criterios para encontrar las interpolaciones, por ejemplo, cuando aparecen expresiones incompatibles, es decir, que no habrían utilizado los juristas clásicos; o incongruencias lógicas de pensamiento o redundancias innecesarias; en consecuencia la crítica de las interpolaciones se convirtió en un arma que los estudiosos del Derecho romano utilizaron como medio para atacar o defender una tesis.

El *Corpus Iuris* de Justiniano también contiene las **Instituciones**.

Justiniano encomendó a una comisión la confección de un manual de enseñanza que se realizó muy pronto y estuvo terminado unas semanas antes que el *Digesto*.

Se trata de un libro dedicado a la enseñanza y donde no se menciona la procedencia del material jurídico.

En las *Institutiones* el Emperador habla en primera persona, y está dividido en cuatro libros. Este tipo de libros de enseñanza existen en Roma desde las más antiguas épocas del Derecho.

En un principio se toman como base las instituciones de Gayo y la sistemática es igual que en éstas. Todo el Derecho privado aparece aquí resumido, y lo más importante de esta *Institución* es que hasta el siglo XIX se utilizó como libro de enseñanza en España.

Las *Institutiones* fueron promulgadas mediante la **Constitución Imperatoria maiestate** y entraron en vigor junto con el *Digesto*, pero contienen menos materia que éste al ser un libro de enseñanza.

Otra parte de la compilación de Justiniano es el **Codex repetitae praelectionis**, que viene a ser una repetición del anterior del año 528; en este código, Justiniano recoge las leyes de Diocleciano por lo tanto comienza con las leyes anteriores a él mismo (a Justiniano) hasta el año de su promulgación.

Este *Codex* contiene 12 libros y el orden de los materiales es igual al del edicto del pretor.

Las constituciones del *Codex* se refieren al Derecho público, también a cuestiones eclesiásticas y en menor medida a cuestiones de Derecho privado.

Después de la publicación del *Codex* en el año 534 mediante una constitución que se llamó **Constitución Cordi**; se siguieron dictando constituciones, pero no se realizó una compilación oficial de las mismas y éstas en un principio se recogieron en una colección privada que se llamó **Epitome Iuliani**, que contiene 122 Novelas, estas constituciones posteriores, como no habían sido recogidas en ninguna compilación anterior se llamaron *Novellae* (Novelas).

Hubo luego otra colección de estas constituciones que se llamó **Authenticum** y que en un principio se creyó que era falsa pero luego se consideró la más fiable y contiene 134 Novelas. Estas estaban escritas en griego y en latín, normalmente se hacían en griego y también en latín.

Son muy importantes porque nos dan a conocer el pensamiento de Justiniano de modo puro y directo porque emanan directamente del Emperador sin intervención de los compiladores, y así nos muestran su pensamiento político y su actitud como legislador absoluto; legislando como representante de Dios sobre la Tierra y para todos sus súbditos.

Y así se formó el **Corpus Iuris Civilis**, que se llamó así posteriormente, en la Edad Media, porque la Iglesia había comenzado ya a cultivar su Derecho y había recopilado todo el Derecho eclesiástico en el *Corpus Iuris Canonici*, y así frente a este último código, el de Justiniano se llamó *Corpus Iuris Civilis*.

Así el **orden del Corpus Iuris** es el siguiente: en primer lugar están las *Institutiones*, luego el *Digesto* con 50 libros, luego el *Codex* con 12 y por último las *Novellae*; al denominación procede, como hemos dicho, de época medieval porque en esa época existía una mentalidad de hacer grandes cuerpos o enciclopedias del saber reverenciando a la antigüedad.

Además Justiniano envió la compilación al accidente, mediante la **Pragmática sanctio**, ello había sido a petición del Papa Vigilius y de esta forma Italia se convirtió en la nueva patria del Derecho romano frente a los demás países europeos que seguían un Derecho romano vulgar y más alejado de la tradición romanista.

El primer manuscrito que apareció de la compilación fue de época posterior a Justiniano, del siglo VI o VII y se llamó **Littera Florentina** y se conserva en Florencia desde año 1406.

Posteriormente, a partir del siglo XI comenzaron a circular una serie de manuscritos del *Digesto* que se llamaron **Códices Bononienses** o *Littera Vulgata*; esta última denominación se debe a que fue una edición muy utilizada en los siglos XI y XII.

Sobre estos manuscritos del *Digesto* comenzó la labor de hacer glosas y comentarios a los textos por los juristas medievales. La primera edición (ya eran editados, no escritos a mano) fue la de **Gothofredus**, del año 1583; Gothofredus dividió el *Digesto* en tres partes que fueron estas: *Digestum vetus*, que abarca hasta el libro 24.2; *Digestum infortiatum*, desde el 24.3 al 38; *Digestum novum*, desde el 39 al 50.

Pero esta división no se ha considerado muy acertada y se ha considerado un error de los glosadores el llamar a la última parte *Digestum novum*; porque el libro 39 empieza con una disposición de carácter procesal que se refiere a la denuncia de obra nueva y esta última palabra es lo que habría impulsado a establecer una división a partir de este libro en adelante, y llamarla *Digesto* nuevo.

Modernamente hay otras ediciones del *Digesto* sin esta división, una de las más importantes es la de los alemanes: **Mommsen, Krüger y Schell.**

Luego aparecieron otras ediciones críticas del *Digesto* realizadas por los autores italianos **Bonfante, Fadda, Riccobono y Scialoja.**

Se llamaban ediciones críticas porque daban una visión de estudiosos investigadores del Derecho romano.

1.4 El derecho romano y las Escuelas de oriente

Existieron escuelas de Derecho en la época romana y éstas continuaron sin interrupción sus actividades en el oriente, y además se crearon otras a imitación suya en Constantinopla.

La **primera universidad** para la enseñanza pública se creó en **Constantinopla** tomando como base una universidad creada por Constantino **en el año 330.**

Luego Teodosio II reorganizó y amplió los estudios de la universidad de Constantinopla creándose en el año 425 dos cátedras de Derecho.

Los candidatos a profesorado tenían que pasar un examen ante el Senado, tendrían un sueldo anual y después de 20 años de servicio serían nombrados Condes de primer orden.

La universidad de Constantinopla fue cronológicamente la última de las universidades de oriente, pero fue muy importante por la formación del profesorado, y por lo selecto de sus enseñanzas, y por tanto fue eclipsando a los demás.

Había otras **universidades en Alejandría** donde se estudiaba Derecho y medicina, y en la universidad de Atenas se seguía el sistema de la época de Marco Aurelio sin variaciones hasta el siglo V.

También está la famosa **universidad de Berito**, en la que se encontraba su célebre escuela de Derecho, de la que ya se hablaba en el siglo III, fue una universidad muy próspera en el siglo V y sus profesores fueron famosos por su ciencia jurídica.

1.5 El derecho bizantino posterior

Entendemos por Derecho bizantino el Derecho que se produjo en el oriente después de la muerte de Justiniano, y en ese periodo se presenta el problema de los comentarios a la obra de Justiniano.

Justiniano había ordenado que no se comentasen sus obras y sólo permitió que se hicieran traducciones literales, llamadas **kata podas**; o también que se hicieran comparaciones o confrontaciones literales de sus pasajes, que se llamaron **paratitla**; también permitió que se hicieran resúmenes o índices.

Pero una vez que murió Justiniano la labor de los juristas fue mucho más allá y surgieron las glosas al *Corpus Iuris*; primero al *Digesto*, luego al *Codex* y luego a las Instituciones. De estas últimas se ha hecho una gran glosa llamada **Paráfrasis de Teófilo**.

Por otra parte, del *Digesto* se hicieron muchos índices, algunos de autores conocidos y otros anónimos llamados los **Basilicos**.

En definitiva, la obra de Justiniano en oriente sirvió para muy poco, porque surgieron índices, abreviaciones, resúmenes y además fue poco consultado porque era muy voluminosa y además estaba en latín y en el oriente se hablaba griego.

Donde si tuvo una gran fortuna fue en el occidente, constituyéndose en la base de todo el Derecho privado europeo.

TEMA 2: El derecho romano en occidente

2.1 El derecho vulgar de Occidente

La expresión, derecho romano vulgar se introdujo por un germanista llamado **Bruner**; este germanista intenta encontrar una explicación al contenido de unos documentos medievales que aparecían enraizados en el mundo antiguo romano. Para Bruner el derecho romano vulgar era un derecho que nace de la práctica postclásica en las provincias.

Otra teoría la dio un jurista alemán llamado **Mitteis**, que consideró que el derecho vulgar era un derecho práctico, con una técnica distinta a la de los juristas clásicos. Para este jurista el derecho vulgar era un derecho que nacía en las provincias y en los ambientes rurales de Italia, por una parte nacía de interpretaciones dudosas y de influencias de las prácticas jurídicas provinciales. Para él el derecho romano vulgar era un derecho romano degenerado.

Por otra parte está la opinión de la **doctrina italiana**, esta doctrina la daba una interpretación peculiar de la idea de derecho romano vulgar; para los juristas italianos el derecho vulgar era el producto de un derecho que existía en Italia con anterioridad a la conquista romana, y que había sido destruido por esta (por la conquista), y por lo tanto ahora resurgía de nuevo.

Pero la teoría que más relevancia ha adquirido en los últimos tiempos es la del alemán **Levy**. Para este jurista el derecho vulgar se ha construido desde la práctica y constituye un desvío del derecho romano clásico, porque se aplica al ciudadano común y a todos los problemas que puedan surgir en el uso y práctica del derecho. Se trata para Levy, de un derecho de la práctica que nace en las provincias donde las formas no eran tan rígidas como en las ciudades.

Levy elaboró un manual en dos tomos de Instituciones de derecho privado romano, que recogen todo el derecho vulgar.

Sin embargo, esta explicación de Levy tampoco se ha considerado suficiente porque no ha sido posible reconstruir el derecho romano vulgar en su conjunto y como un compendio porque hay muy pocos documentos que se refieren a ello; lo único que se puede admitir es que realmente existió, y sus caracteres se deducen de la vida práctica.

Pero el problema es que en la doctrina se tiende a hacer una generalización de las categorías, por eso se ha considerado que el enfoque más adecuado lo ha dado **Wieacker**, que considera que el derecho vulgar hay que verlo como un fenómeno cultural. Considera que la vulgarización del derecho es igual a la vulgarización de cualquier ámbito de la cultura, como puede ser el arte o la lengua.

En consecuencia el vulgarismo lo que es, es una categoría o estilo cultural; así el vulgarismo lo que hace es hacer prevalecer los elementos populares o más asequibles a la hora de estudiar el derecho frente a los elementos clásicos que son mucho más técnicos y realizados por personas especializadas, por lo tanto, sólo asequibles a los juristas.

Pero el vulgarismo no es que lo cree el pueblo espontáneamente, sino que es una manifestación cultural que implica una relajación en las formas y un mayor acercamiento del derecho al pueblo.

Así dice Wieacker que la característica del vulgarismo al provenir de la práctica jurídica puede aparecer en otras etapas del derecho romano, y no es exclusiva de la época del Bajo Imperio. En definitiva, el vulgarismo lo que significa, es una falta de categorías y de estructura dogmática del derecho.

Es muy difícil concretar que se entiende por derecho vulgar de occidente, ya que hay muy pocos documentos que se refieran al mismo.

En definitiva el vulgarismo sirve para calificar una etapa que supone la transición desde el Bajo Imperio a la Edad Media, y por lo tanto está influido por muchos factores como es la aportación de los pueblos germánicos o, por ejemplo, la necesidad de enlazar la Edad Antigua con toda la historia del derecho europeo. Por tanto, el derecho romano vulgar supondría un enlace entre el pensamiento romano y la vida jurídica posterior de Época Medieval.

2.2 El derecho justiniano en Italia

En toda Europa occidental se da el fenómeno de la vulgarización del Derecho, pero en **Italia** es donde no se pierde por entero el contacto con el derecho romano y por lo tanto, con el *Corpus Iuris* de Justiniano.

En cambio, en **Francia**, en el siglo VII, el nivel cultural había ido decayendo y el saber intelectual quedó reducido a los monasterios.

Así, en **Italia** se mantuvieron las tradiciones jurídicas durante siglos debido a que se mantuvieron los estudios filosóficos, los jurídicos y los religiosos; y además porque se había recibido el derecho romano; así, toda la actividad jurídica se mantenía en torno a las Instituciones y a algunos fragmentos del *Corpus Iuris*, es decir, seguía la actividad jurídica igual que en Vizancio (ósea en el oriente).

Pero en Italia hubo una invasión de los **longobardos**, y ellos trajeron consigo cierto conocimiento jurídico y crearon una escuela de derecho que florece en los siglos X y XI. El código de esta escuela se llamó ***Liber papiensis***, y este libro junto con las elaboraciones que, sobre el mismo se hicieron, formaron el ***Corpus Iuris Longobardici***, es decir, los longobardos iban añadiendo también glosas al libro inicial y fórmulas procesales.

Hacia el año 1070, aparece un comentario completo del código de Papiniano y de sus glosas, que se llamó ***Expositio at librum Papiensem***. Fue una obra muy relevante en el ámbito del derecho germánico.

A finales del siglo XI apareció también un **código Lombardo**, que durante el siglo XII es la base de toda la ciencia jurídica lombarda.

Finalmente parecía que el derecho germánico iba a triunfar sobre el romano, tanto en la ciencia como en la práctica, pero este triunfo de la ciencia lombarda, lo único que hizo fue reforzar el derecho romano y

permitirle su expansión en oposición al derecho que se le iba a imponer.

2.3 Renacimiento jurídico medieval: glosadores y comentaristas

En el **derecho romano de occidente** hay dos grandes manifestaciones: el **derecho común** y la **recepción del derecho romano**.

El **derecho común** es el resultado de la interpretación del derecho romano por los glosadores y comentaristas, que fue un fenómeno que se dio entre los siglos XI al XV. Y el **Renacimiento jurídico** es un fenómeno que se produce en los siglos XI y siguientes y que es el precedente en el ámbito del derecho del Renacimiento que se produce en otros ámbitos culturales durante los siglos XIV y XV.

El Renacimiento jurídico se produce en la **Universidad de Bolonia**, la Universidad de Bolonia se hizo famosa por sus enseñanzas del Digesto, y el primer maestro del mismo fue **Irnerio**. Así Bolonia en el siglo XI es la sede europea de los estudios jurídicos, y estos estudios se hacían en latín.

Frente a ella está la **Universidad de París** que se hizo famosa por los estudios de filosofía y teología.

Tradicionalmente se ha considerado que el Renacimiento se produjo casualmente, por descubrirse en Italia un manuscrito del Digesto; pero hoy se sabe que se debió a otra serie de factores y que todos ellos forman un conjunto con influencia de elementos políticos, sociales y culturales de la Edad Media.

El conocimiento de los **glosadores** era un conocimiento dogmático, porque tomaban los textos del Digesto como una verdad absoluta, verdad revelada y por lo tanto estudiaban el Digesto como los teólogos la Biblia; como una verdad inmutable que no se podía cambiar.

Y así la labor de los teólogos y los juristas era la misma, es decir, se limitaban a aceptar lo que se les presentaba sin cuestionarlo, y sólo añadiendo glosas o aclaraciones, o interpretaciones. A eso se le llama **Saber Dogmático del Derecho**.

Por lo tanto el Derecho representaba el **Derecho por excelencia**, por eso la primera manifestación del estudio del Derecho vino a través de los glosadores, quienes sólo añadían breves aclaraciones a los textos, sólo se trataba de interpretar no de añadir nada nuevo.

La segunda etapa del estudio jurídico la representan los **postglosadores** o comentaristas, éstos ya se adentran más en los textos y ya no toman el Cuerpo del Derecho romano como un saber absoluto, sino que lo interpretan y lo adicionan (le añaden algunas cosas).

Estos comentaristas datan de los siglos XIV y XV, y se distinguen de los anteriores por estar menos vinculados al texto y por hacer nueva creación del Derecho.

Entre los **glosadores** destacan **Irnerio**, **Odofredo** y **Búlgaro**; y también los siguientes aunque son menos conocidos: **Hugo**, **Rogelio**, **Piacentino**, **Bassano**, **Vacario**, **Azón**, **Ugolino**, **Lanfranco** y **Acursio** que reunió la glosa más numerosa que se llamó la **Magna Glossa**, que es una compilación de todas las glosas y escritos, tanto de sus predecesores como de sus contemporáneos; y le dio fama en toda Europa, sirviendo de base para las decisiones judiciales.

Desde el siglo XIII esta glosa fue tan venerada que se respetó como el propio texto jurídico.

Entre los **postglosadores** o comentaristas están: **Bártolo**, **Cino de Pistoya**, **Baldo de Ubaldi** y **Juan de Ímola**.

2.4 La idea imperial y el Derecho romano: el Derecho común

El Renacimiento jurídico empieza en Bolonia en el siglo XI, y por tanto se vuelve a retomar el Derecho romano, y con él la idea de **universalidad del Derecho**.

En consecuencia se empieza a estudiar un Derecho de ámbito universal como es el Derecho romano; es universal porque se basa en la idea de *Imperium*.

Los dos pilares en los que se fundamenta son la idea de *ius proprium* y *ius commune*.

El *ius commune* es el Derecho del Imperio Romano. Es el derecho de todos los pueblos, común a todos los pueblos.

Pero también existe el *ius proprium*, que es el Derecho particular de determinadas localidades, por ejemplo, el que existía en determinadas ciudades de Italia; cada una con sus estatutos propios.

Así se contrapuso el *ius proprium* particular de cada comunidad con el *ius commune*, el común a todos los pueblos; y ésta contraposición existirá hasta que, en la Edad Media, en cada nación se forma un **código propio nacional**.

Mientras tanto en la Edad Media se consideraba el *ius commune* al Derecho romano como Derecho aplicable a todo el Imperio romano. Además el estudio del Derecho se realizaba en latín y los estudiosos que se habían formado en las Universidades de Italia difundieron el Derecho romano como Derecho común por toda Europa.

Estos juristas interpretaban el *Corpus Iuris* y este *Corpus Iuris* podía admitir todo tipo de interpretaciones y de teorías; así por ejemplo, se podía afirmar el poder absoluto de un emperador basado en el concepto de Imperium romano pero también basándose en el Derecho romano se podría defender la idea de un Derecho propio nacional.

2.5 Humanismo jurídico

El **Humanismo jurídico** es la corriente de pensamiento y la forma que adquirió el estudio del Derecho después de los comentadores.

Se creó una **escuela humanista**, que es producto del Renacimiento europeo de los siglos XIV y XV, esta escuela apareció en el momento en que los juristas dejaron de tomar el Derecho como una verdad absoluta y comenzaron con la labor crítica de los textos.

Destacó sobretodo la **escuela humanista francesa**, que empezó a ver alteraciones en los textos romanos y, por tanto, empezó a decaer el estudio dogmático del Derecho.

El verdadero iniciador o fundador de la escuela de los humanistas fue **Andrés Alciato**.

Y con la forma de estudio del Derecho que él creó se entiende que se produce el paso de la Edad Media a la Edad Moderna.

Pero este jurista no fue seguido en Italia y sí en Francia donde creó una gran escuela y entre sus discípulos franceses los más importantes son: **Cuyacio, Donello, Duareno y Balduino**.

2.6 El derecho romano en España.

Partimos de la **Época romana** en España, que se produjo a partir del año 206 D.C.; fue por tanto provincia

romana en época tardía y, en consecuencia, el Derecho romano que prevaleció en la provincia romana fue el Derecho romano vulgar; es decir, ya no se recogieron los juristas clásicos ni los justinianeos, sino que prevaleció en vulgarismo jurídico.

Luego pasamos a la **Época visigoda** y, en esta época el jurista más destacado fue **San Isidoro de Sevilla** que vivió del 527 al 596.

San Isidoro de Sevilla exaltó toda la influencia romana; tiene una obra muy amplia sobre temas muy variados pero la obra más importante se llama **Las etimologías**, en latín el nombre completo es *Originum siue etymologiarum libri XX*

En esta obra San Isidoro intenta aclarar muchas instituciones del Derecho romano con su época.

En Época visigoda hubo grandes códigos, que impusieron los visigodos, pero que tienen grandes huellas romanas.

El primero de ellos es el **código de Eurico** que tiene varios libros de clara influencia romana; aunque tiene otros también de procedencia canónica y germánica.

En muchos libros de este código se citan literalmente algunas instituciones romanas y la sistemática de la materia es romana.

Hay otro código que se llamó el **Codex revisus de Leovigildo** que fue una especie de revisión del anterior. No tenemos hoy en día ningún original de este código, también es de clara influencia romana.

Y otro código más es el **Liber Iudiciorum** (libro de los juicios) **de Recesvinto**; un libro que explica el procedimiento judicial, es romano en su forma y en su contenido y se aplicaba tanto a los godos como a los hispano-romanos. Tiene muchas analogías con el Derecho romano; así la división de las materias, muchas Instituciones y las Constituciones de algunos monarcas. Por ejemplo, Instituciones como las servidumbres o la manumisión y ciertos aspectos del procedimiento.

Además del *Liber Iudiciorum*, rigió también el **Breviario de Alarico** y no se sabe hasta cuando. Este último regía la práctica del pueblo.

Por otra parte en esa época aparecen los fueros que se considera un ámbito de influencia germánica, es decir, son costumbres godas que renacieron en algunos municipios.

Pero tras numerosas investigaciones se ha considerado que los fueros por un lado contienen Instituciones germánicas pero, por otro, contienen un Derecho romano degenerado, es decir, antiguas costumbres romanas; pero todo ello interpretado teniendo en cuenta las nuevas situaciones sociales.

En la Época de **Alfonso X el Sabio**, en la **Baja Edad Media**, se produce la recepción del Derecho romano a través del Derecho común.

En España se produjo esta recepción a través de los estudiantes españoles que fueron a Bolonia y que luego trajeron sus enseñanzas; estos fueron un grupo muy numeroso en la Universidad de Bolonia.

Además en esa época se crearon las **primeras universidades**; así la de Palencia en el siglo XII, y también Salamanca y Valladolid.

En estas universidades se retomó el estudio del Derecho romano y, por tanto, se produjo la recepción.

Pero el momento más relevante para la romanización fue la promulgación por el Rey Sabio de las **Partidas** que tenía un carácter teórico que prevalecía sobre lo práctico; y además estaban muy influenciadas por el Derecho común.

Las Partidas es el primer gran documento jurídico de la recepción del Derecho romano y están divididas en siete partes. Contienen mezclado Derecho romano y Derecho canónico.

La división de las materias es romana y algunas Instituciones son claramente procedentes del Derecho romano como las que se refieren al Derecho de obligaciones.

Otra obra de Alfonso X fue el **Fuero Real** del año **1255**, que acoge en muchos puntos el Derecho romano aunque en algunos puntos también recogía las particularidades de los municipios.

El siguiente texto jurídico es el **Ordenamiento de Alcalá** del año **1348**, y no fue un verdadero ordenamiento, sino una colección de preguntas emitidas a las Cortes y de respuestas del Monarca; y están menos romanizadas que las Partidas.

Con posterioridad hay otros textos legales que son el **Ordenamiento de Montalvo** del siglo XV, las **Leyes de Toro** y la **Nueva Recopilación**, estas dos últimas del siglo XVI.

En opinión de los historiadores del Derecho, no tienen demasiada influencia romana; el verdadero cultivo del Derecho romano se produjo en las universidades y en los ambientes cultos, sobretudo a partir de las Partidas.

Posteriormente en los siglos XVI y XVII no hubo gran relevancia ni gran brillantez en el Derecho Español, porque en aquellos tiempos la necesidad más imperiosa era la conquista de América, por lo tanto, se cultivó más el Derecho Público, es decir, el Derecho Internacional.

Por ejemplo, en Salamanca impartió lecciones **Francisco de Victoria**, quien estudió el Derecho de la Guerra, y fue por tanto el **padre del Derecho Internacional Público**.

Pero el Derecho romano seguía preponderando en los estudios universitarios, aunque ya se comenzaba a reivindicar el Derecho nacional; especialmente durante el siglo XVIII.

En el siglo XIX se continuó estudiando en las universidades el Derecho romano y concretamente las Instituciones de Justiniano, por lo tanto, perduró como modelo de enseñanza del Derecho.

Se puede decir que se mantuvo hasta que se publicó en España nuestro **Código Civil** en el año **1889** y que se convirtió por tanto en la Ley que regía las relaciones jurídico-privadas hasta hoy en día; aunque ha sufrido numerosas modificaciones.

TEMA 3: La recepción del Derecho romano en Alemania y el *Usus Modernus Pandectarum* (Uso moderno del Digesto) I

3.1 Carácter peculiar del derecho alemán medieval

En el ámbito germánico no hubo una romanización muy profunda, sino sólo superficial. En un principio la romanización sólo se limitaba a la parte occidental, la verdadera romanización fue más tardía, cuando se produjo la dominación franca (de los Francos) y se predicó el cristianismo; por eso las Instituciones romanas en un principio se mantuvieron sólidamente y se produjo un desarrollo de la cultura germánica más tardía que la de los restantes pueblos de Europa.

La consecuencia de todo esto fue que las Instituciones del Derecho privado continuaban sometidas a los

órganos de justicia locales y tradicionales. Esta situación favoreció la aparición de un Derecho local y particular e impidió la creación de un Derecho común nacional alemán.

Hubo algunas colecciones del Derecho alemán local y, a través de ellas se pudieron perpetuar con más o menos éxito el uso de algunas Instituciones germánicas; pero esto todo no fue suficiente para provocar la aparición de un Derecho local alemán, para ello sería necesario un poder central fuerte y unos órganos jurisdiccionales centralizados, para que en ellos se formaran una clase especial de juristas entendidos y técnico fundamentados en las tradiciones.

Pero en ese momento, en el ámbito germánico, los juristas eran prácticos y nunca alcanzaron tanto nivel. No estaban revestidos de especial autoridad por su falta de formación y, sus resoluciones, más bien eran deducciones lógicas, no técnicas.

Pero la cultura jurídica de los glosadores y de los comentaristas, se expandió por toda Europa, incluido el ámbito germánico; y entonces se impuso un tipo de jurista técnico y esto fue un golpe decisivo para los prácticos del Derecho en el ámbito germánico. La consecuencia fue la imposibilidad de crear un Derecho común alemán y fue el Derecho romano el que ocupó el lugar de este fracaso.

3.2 La formación de los estados, factor de expansión del derecho romano en Alemania

En Alemania el poder imperial central estaba muy debilitado, sobre todo tras la caída de la dinastía que reinaba; que eran los **Hohenstaufen**. Todo esto facilitó la entrada del derecho romano y su expansión, además de la aparición de los juristas cultos. Con anterioridad había habido un debilitamiento del poder por las largas y ruinosas luchas de las investiduras que terminaron con el **Concordato de Worms** en el año 1122. Fueron luchas a propósito del poder que luego se reanudaron con **Federico I** (Barba roja) y **Federico II**. Así, los príncipes alemanes consolidaron su poder y confirmaron sus privilegios.

Otro dato más, es que a la autonomía de los príncipes se le añadió el sistema social medieval basado en el feudalismo. Todo esto convirtió a Alemania en un sistema de señoríos territoriales.

Otra razón del debilitamiento de la monarquía fue el hecho de que ésta no fuera hereditaria, sino electiva. Sobre todo porque se nombró un grupo de príncipes que elegían al rey y éstos se convirtieron en personajes poderosos y de gran poder político.

Otro dato más es el gran poder que adquirieron las ciudades puesto que tuvieron gran importancia económica y adquirieron también una organización administrativa y judicial, por tanto, un fuerte grado de autonomía.

Además hay otros factores como la evolución económica y sociológica de la sociedad ya que la **sociedad medieval** se fundamentaba en **tres pilares**, que fueron: **la nobleza, el clero y la burguesía**. La decadencia del imperio implicó la de la nobleza y el clero.

En relación a **la nobleza**, esta fue perdiendo poder porque hubo una nueva estructura militar en la que prevalecía la infantería sobre la caballería, y perdieron gran parte de sus rentas rurales. Sobre todo después de una gran peste que apareció en Europa en el 1347.

El clero decayó porque mantenía luchas por el poder, y éstas se daban entre la iglesia y el reino de Francia, especialmente durante el pontificado de **Bonifacio VIII** y con la presencia de los **Papas de Avignon** que produjo el cisma de occidente.

Finalmente **la burguesía** fue la que salió reforzada. La ciudad constituía el centro de vida y atraía a los príncipes que establecían en ella su sede de gobierno. Además el espíritu de la burguesía creó y difundió un nuevo concepto de Estado que se fundamentaba en una administración centralizada y en una técnica racional.

La base de todo esto fue la labor de los juristas que se habían formado en las universidades y cuya doctrina se basaba en las exigencias culturales de la burguesía. Estos juristas, lentamente, fueron entrando en las administraciones públicas, adquiriendo puestos de funcionarios, y entraron a formar parte de los tribunales; en éstos utilizaron el derecho en el que se habían formado, que era el derecho romano.

3.3 La transformación del proceso y la institución de Reichskammergericht

Los juristas de formación romanística fueron los primeros jueces profesionales de la historia jurídica alemana.

Su presencia implicó que se introdujera un nuevo derecho de fondo o sustantivo (derecho que se aplica) y que se introdujera un nuevo derecho de procedimiento.

Las razones de estos cambios fueron, que los juristas tenían una formación propia. Éstos eran profesionales, técnicos que gestionaban imparcialmente un servicio público. Mientras en Alemania existía un procedimiento de tipo germánico que provenía de la tradición alemana y que era muy útil para dar resoluciones técnicas. Sobre todo se fundamentaba en normas de Derecho canónico y en algunos estatutos de las ciudades italianas que estaban más avanzados.

Pero este procedimiento presenta muchas diferencias con el procedimiento del Derecho común o romano.

En este último, el procedimiento se celebra ante un único órgano público y se basa fundamentalmente en actos escritos. De ahí el principio conocido: *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en el acta no está en el mundo).

Así se cambió el sistema probatorio en el proceso y se pasó a un sistema moderno, en el que se fundamentaba el principio de la carga de la prueba. El demandante debe probar los hechos en los que se fundamenta su demanda, mientras que el demandado debe probar los hechos que extinguen la demanda. Además las pruebas se fundamentan en elementos racionales.

Así fue como el procedimiento que se celebraba ante los tribunales alemanes se aplicaban las pruebas del derecho común. La recepción del derecho romano en Alemania se produjo en el año 1545 cuando mediante una ordenanza se creó el **tribunal cameral imperial Reichskammergericht**.

En la misma ordenanza de su constitución se confirmaba la orientación de los jueces hacia el profesionalismo. Además la preponderancia sobre el derecho y del nuevo procedimiento.

El tribunal era autónomo porque no estaba sometido al poder del Emperador. Pero incluso ya con anterioridad aplicaban el derecho romano en los órganos judiciales centrales que precedieron al derecho romano.

En la reforma del año 1495 se impuso que la mitad de los jueces del tribunal cameral (más o menos 15 de sus miembros) fueran expertos en el derecho romano y aplicasen el derecho común (romano más canónico). Además estos jueces sólo aplicaban el derecho local si las partes autorizaban su aplicación. Así se produjo la entrada de la cultura romanista en Alemania. Que fue definitiva cuando los juristas cultos ocuparon los puestos que habían dejado vacantes los nobles en todos los ámbitos.

3.4 Rasgos característicos y diversas apreciaciones sobre la recepción

La recepción del derecho romano en Alemania resolvió dos problemas:

- Permitió que se adaptara el derecho común en un país cuyo fraccionamiento hacía posible que se formara un derecho nacional propio.
- Se consiguió una racionalización del derecho y de la práctica en un país donde los jueces no eran

técnicos ni eran capaces de crear una técnica.

Por otra parte, la recepción del derecho romano no se vio como la importación de un derecho extranjero. Tuvo grandes adversarios pero las críticas no provenían por ser un derecho extranjero impuesto. Es decir, no se criticaba el derecho romano sino más bien la clase de los juristas que eran los que recibían las críticas porque al tener una técnica superaban a los existentes.

La recepción del derecho romano en Alemania fue aceptada por los propios juristas alemanes. Éstos se habían formado en las universidades de Bolonia, Padua y Perugia; y en las francesas Montpellier y Orleáns. A finales del siglo XIII los estudiantes alemanes en la universidad de Bolonia fueron el grupo más numeroso y desde el siglo XIV se fundaron universidades en Alemania dotadas con facultades de Derecho.

Además durante todo el siglo III los juristas alemanes habían ido entrando en todas las administraciones públicas pero no tanto por conocer el derecho romano sino por haber sido formados para dar solución a los problemas y técnicas racionales. Así, el derecho de estos juristas se vio en Alemania como en producto de su conocimiento y no como una imposición o una importación.

Hubo otros factores de difusión del derecho romano en la vida jurídica alemana en los siglos XIII y XIV que fueron los que se llamaron recepción temprana, se acentuó cada vez más la presencia del derecho romano y de la cultura romanística. Había dos factores importantes en los que ya se plasmaba la aplicación del derecho romano:

- La actividad de los tribunales eclesiásticos que aplicaban el derecho canónico que había sido influenciado por el derecho romano. Estos mismos tribunales en asuntos civiles aplicaban el *Ius Civile* del que eran expertos.
- Práctica notarial en Alemania tanto en documentos públicos como en privados era de inspiración eclesiástica y por tanto muy romanizada.

Había otros factores de tipo sociológico que contribuyeron a la recepción de la ideología del derecho romano. Así, por ejemplo, la idea de los glosadores que consideraban al derecho romano *unum ius del unum imperium* eso contribuyó a que se considerara la idea del *imperium* como aplicable al ámbito germánico. Esta idea de imperio fue recogida por ejemplo, en los actos oficiales y así Maximiliano I en la ordenanza de 1495 habla de Constantino y Justiniano como sus predecesores. Así, derecho imperial se equiparó a derecho romano.

- Objeto de la recepción

El objeto de la recepción no fue el derecho justiniano como tal, sino la ciencia de los comentaristas. Se aceptó el método de los comentaristas como método general incluso en los lugares donde había un derecho local.

En consecuencia, se elaboró un derecho alemán con los métodos de las universidades alemanas y francesas, pero para que el derecho romano se adoptara como derecho común se tenía que adoptar primero el derecho sustantivo.

Así el *Corpus Iuris* de Justiniano fue recibido en primer lugar bajo la forma que le habían dado los glosadores y comentaristas. Y en segundo lugar siguiendo el valor que le habían dado los juristas italianos más avanzados en ese aspecto. Así las obras de los comentaristas constituyeron la parte más importante del derecho romano recibido en Alemania. Se consideró que la opinión de éstos era indiscutible, así la jurisprudencia alemana elaboró un sistema en el que se consideraba el derecho alemán como un derecho especial que debía interpretarse restrictivamente. Este mecanismo se resume en seis reglas:

- En ciertas materias el derecho romano era principal mientras que el derecho alemán se aplicaba como complemento o modificación. Sin embargo, en otras materias el derecho alemán y el romano complementaba. En cada caso de que materia se trataba.
- En Alemania sólo tienen fuerza de ley los pasajes de la compilación de Justiniano que aparecen acompañadas de glosas y estos en las instituciones del Digesto (menos en algunos pasajes). El Código y algunas novelas, entre esas novelas sólo hay 96 que tienen glosas. Sólo se aplicarán las 96 novelas que tienen glosas en el *Authenticum*.
- Sólo tiene fuerza de ley los pasajes glosados del *Corpus Iuris* que contengan normas jurídicas y entre ellas las más recientes. Todo el resto es material histórico que no tiene eficacia legislativa aunque si es importante para interpretar las normas siguientes y su contenido. Se establece una prioridad cronológica entre las diferentes normas según los diferentes principios entre las novelas, las más recientes sobre las más antiguas. Todas ellas prevalecen sobre las normas de las instituciones del Digesto y del Código en relación a las constituciones del Código. Habrá que tener en cuenta su fecha prevaleciendo la más reciente sobre la más antigua.
- Hay normas que se refieren únicamente a la organización constitucional del Estado y a las costumbres de Roma; y esas no son de aplicación en Alemania porque no tienen ningún equivalente, incluso aunque estén acompañadas de glosas. Por lo tanto en Alemania no se aplican normas de Derecho romano que se fundamentan en principios inexistentes en Alemania.
- A la inversa el Derecho romano no puede ser aplicado a instituciones que no se conocían en la antigua Roma; por ejemplo: materias nuevas que surgen, como el Derecho mercantil.
- El Derecho romano se recibe como un conjunto, como una totalidad, y no como disposiciones independientes. Así, si una de las partes en juicio invocaba el Derecho romano tenía a su favor la presunción de que esa norma era vigente y válida, salvo que se demostrara según las reglas anteriores que no era de aplicación, o que había sido derogada por otra posterior.

Todo este esquema es el producto de una larga maduración, y se puede decir que es el hilo conductor por el que se resolvían las cuestiones de aplicación del Derecho desde finales del siglo XV hasta el siglo XVIII, porque existía una situación caótica de normas que variaban según el lugar, el tiempo y la época; y subsistían diversas normas sobre las mismas materias, algunas más recientes y otras más antiguas.

TEMA 4: La recepción del Derecho romano en Alemania y el *Usus Modernus Pandectarum* II

4.1 El derecho alemán después de la recepción del derecho romano

La recepción del Derecho romano en Alemania hizo que apareciera la técnica jurídica y ello significó: primero, que se introdujo en Alemania un sistema dogmático junto a la práctica; el segundo significado es que se renovó la práctica porque se instauró un procedimiento más racional.

Estas tendencias ya aparecieron antes del año 1495 (cuando se creó el tribunal cameral imperial) y, a partir de ahí se centralizó toda la jurisdicción y, por tanto, aumentó el poder de los juristas.

Además, como consecuencia se produjo el mismo efecto en los tribunales inferiores y, por lo tanto, se reorganizaron todas las jurisdicciones; porque con anterioridad, las resoluciones que se daban en cada uno de los territorios, no se podían apelar ante tribunales superiores.

Otra consecuencia, fue que entraron en los órganos judiciales los juristas cultos, aunque todavía existía la excepción de algunos tribunales en las ciudades libres.

Además a partir del siglo XV, las leyes del Imperio no renovaron el Derecho sustantivo, sino que lo trataron ocasional e incidentalmente. La consecuencia fue que no cambió la estructura del Derecho sustantivo; así la legislación más bien reguló aspectos particulares y especiales, que planteaban problemas concretos como, por ejemplo, la regulación de los préstamos usurarios.

Además, los juristas lo que hacían era aplicar el Derecho escrito, ya que se habían formado en los textos romanos, glosados y comentados; así los juristas tomaban como base para cualquier calificación (que quiere decir una acción para el derecho, tipificar un suceso en la institución jurídica que le corresponda) jurídica los textos normativos escritos.

Por otro lado, el Derecho germánico, para sobrevivir y superar el Derecho romano, debería haberse plasmado por escrito; pero en Alemania no hubo un proceso codificador de las costumbres por parte del poder central, como lo hubo en Francia en los siglos XV y XVI; en consecuencia muchas instituciones muy antiguas que no fueron objeto de redacción cayeron en desuso; si se puede decir sin embargo, que hubo un cierto florecimiento de los Derechos locales que consiguieron frenar algo al Derecho romano como Derecho dominante.

4.2 La literatura jurídica de los siglos XV y XVI

Durante los siglos XV y XVI, que fueron los primeros siglos de la recepción, no pudo existir una literatura jurídica de gran nivel; la recepción del Derecho romano produjo la inserción de una nueva técnica en el mundo germánico, pero para ello tuvieron que cumplirse una serie de exigencias; la primera, es que se hizo necesaria una vulgarización de la técnica jurídica para la comprensión de la misma por juristas con menos formación; y la segunda, es que las administraciones públicas exigían personas especializadas, es decir, juristas formados y cultos.

Y junto a estas exigencias aparecen otros problemas conexos. El primero es que el coste de la formación de un jurista es muy elevado, y por lo tanto, estaba al alcance de un reducido número de personas; además el gasto de la Administración Pública, para contratarlos era muy gravoso.

La consecuencia es que se necesitaron nuevos instrumentos de formación y de información; pero la necesidad más importante era la redacción de unos **textos normativos** que sirviesen como información y también como vulgarización de la técnica.

Su finalidad era la siguiente: llevar al conocimiento de las personas que no habían recibido una formación jurídica, los elementos fundamentales de la técnica jurídica del Derecho común. Generalmente se destinaba a personas que no habían tenido formación en Derecho, ni siquiera entendían el latín.

Así fueron apareciendo unas **Guías para el proceso**, que eran generalmente exposiciones simplificadas del Derecho romano. Tenían precedentes en unos **formularios de actos procesales** que, en un principio, se habían difundido de forma manuscrita; aunque posteriormente, tras la recepción del Derecho romano y el descubrimiento de la imprenta, se harían en forma de ediciones.

La Guía del procedimiento más conocida fue la de **Tengler**; dirigida a los prácticos del Derecho; por lo tanto a los jueces, a los abogados y a las partes en un procedimiento, que no habían recibido formación jurídica.

La primera edición fue del año 1509.

Por otra parte, está la **literatura científica**, que eran obras escritas por juristas para juristas, que en esa época tenían un nivel mediocre, igual que el resto de la literatura jurídica de los siglos XV y XVI.

La figura más importante de jurista fue **Zasio**, que fue el más grande jurista de su época. Tenía una gran cultura humanista, unida a un gran conocimiento del Derecho alemán.

Fue el precursor del *usus modernus pandectarum*, porque lo que hizo fue elegir el método inteligentemente, es decir, adoptó el método de los comentaristas; pero no tomándolos como la verdad absoluta, sino ejerciendo sobre ellos una crítica.

4.3 El *usus modernus pandectarum*

Durante los siglos XV y XVI, se realizaron trabajos preliminares que implicaban la recepción del Derecho romano, y a partir de esas fechas, la jurisprudencia alemana encontró su configuración original y alcanzó un alto nivel.

Muchos elementos concurrieron a la formación del ***usus modernus***; éste es una mezcla de unas actitudes científicas precedentes, que desembocaron en una forma propia del Derecho. Por un lado, era una forma autónoma de la tradición, aunque proveniente de ella y con un nuevo estilo.

En el *usus modernus pandectarum* se armonizaron corrientes filosóficas, históricas y sociológicas, junto con el elemento de la práctica del Derecho alemán. Los juristas lo que querían era coordinar el Derecho común con el Derecho local.

Así el *usus modernus* aporta un nuevo método y una nueva dogmática, ya no se buscaban soluciones concretas para casos específicos, ni tampoco se estudia el Derecho como los glosadores y los comentaristas; sino que se construyó un instrumento que era válido para la práctica del derecho, por tanto, un Derecho compuesto con elementos romanos y alemanes formando un conjunto de nuevas instituciones.

Este método se llamó en el siglo XVII, el ***usus modernus pandectarum*** y pretende la adaptación el Digesto, cuyo nombre griego es *Pandectas*, a las condiciones socioculturales del área germánica.

4.4 Las consecuencias de la guerra de los Treinta Años

Esta **guerra de los 30 años** produjo en Alemania una gran catástrofe; los años fueron del **1618** al **1648**.

Esta guerra produjo los efectos de disminuir la población, también una crisis económica, sobretodo, que los príncipes y los nobles aprovecharon para aliarse frente a la burguesía, comprometiéndose con el absolutismo.

Este absolutismo implicaba un poder absoluto de un Señor local, en consecuencia los nobles adquirieron todos los puestos de mando, civiles y militares.

Todo ello tuvo como consecuencia el fraccionamiento de Alemania en muchos territorios, de modo que en el siglo XVIII había más de 2.000 territorios.

Por otra parte, las ciudades libres fueron perdiendo importancia; además quedaron derrotadas económicamente y perdieron la independencia.

Y el resultado de todo esto es que se dependió de la formación de dos grandes potencias que fueron: en Austria, la **cada de los Habsburgo**; y en Prusia con **Federico II**.

En cuando a las clases sociales, los campesinos entraron en su fase más pobre y la burguesía fue imponiéndose, ya que tenían una formación intelectual; de ahí nació la filosofía de las luces.

Los soberanos en el área germánica fueron favorables a esta teoría o doctrina, frente al otro extremo representado por Francia donde no se acogió esta doctrina que fue rechazada por los poderosos e hizo falta una revolución para derrocarla.

En consecuencia, la filosofía de las luces, fue paralela a la doctrina del *usus modernus pandectarum* en el ámbito jurídico; y la combinación de ambas fue lo que hizo evolucionar el Derecho alemán hasta su codificación (hasta el BGB).

TEMA 5: Hacia la unificación del Derecho privado en Francia. La redacción de las costumbres

5.1 Distinción entre países de costumbres y países de derecho escrito

Francia sufrió una romanización muy acentuada por la **ocupación romana** durante más de cinco siglos, o sea del siglo **I A.C.** hasta el siglo **V D.C.**

En esa época, el Derecho romano suplantó a las costumbres **celtas**, incluso la población que sobrevivió la posterior invasión de los **bárbaros** se llamó galorromana.

La ocupación romana produjo la romanización de todo el territorio hasta el punto de que las tradiciones romanas tampoco cambiaron con las invasiones posteriores que hubo.

Así, en el primer lugar los **visigodos**, que llegaron a las Galias en el año **412** y fundaron un reino en **Aquitania** en el año 418, asumieron como propias las costumbres romanas.

Y en segundo lugar, tampoco los **Bubundios** suprimieron las costumbres romanas aunque llegaron incluso a establecer un reino propio, que fue efímero al Este de las Galias.

Más bien, estos pueblos incluso conservaron las costumbres romanas y, ello se plasmó en la **Lex Romana Wisigothorum** del 506 y en la **Lex Romana Burgundionum** de finales del siglo VI.

Por otra parte, el pueblo de los **Francos**, intentó hacer de las Galias un territorio franco, pero su cultura, sobretodo la jurídica, tampoco se logró imponer a las normas romanas.

Para ello hay dos importantes razones: la primera es que las invasiones germánicas no cambiaron el sistema económico, que seguía girando alrededor del Mediterráneo; ni tampoco cambiaron la concepción de poder. La segunda razón era el prestigio que había alcanzado Roma a los ojos de los bárbaros, porque éstos sólo tenían costumbres rudimentarias y orales, y éstas resultaron pronto insuficientes; y frente a ellas estaba el Derecho romano, como un sistema de normas completo y cerrado.

Por otra parte, el factor que más contribuyó positivamente a la difusión del Derecho romano en las Galias, fue el Derecho eclesiástico, que se fundamentaba básicamente en el Derecho romano.

En el siglo X se instauró en Francia el sistema feudal, como en el resto de Europa. Quedaban así jerarquizadas las relaciones de propiedad entre el hombre y la tierra; y esto produjo el mismo impacto que en el área germánica, se produjo un fraccionamiento del poder y, por tanto, se debilitó el poder central constituyéndose en pequeños territorios en los que mandaban los Señores de la localidad.

La consecuencia de este feudalismo sobre el Derecho privado fue el particularismo jurídico, es decir, la prevalecía del Derecho de cada uno de los territorios individuales y, por tanto, así nacieron las costumbres locales.

A partir del siglo XIII declinó el feudalismo y la sociedad fue desembocando en un sistema de privilegios, hasta que la revolución derrocó todo este sistema.

Pero el Derecho privado seguía siendo particularista, ya que las costumbres locales continuaron desarrollándose, y entró en declive el Derecho feudal y el canónico. Y entonces, de nuevo, reapareció una legislación central con la aparición en las ciudades de comerciantes y de profesiones especiales que requerían órganos judiciales especializados.

Pero el Derecho romano sólo se impuso como derecho común en algunos territorios o países del ámbito

francés, y de ahí viene la distinción entre países de **Derecho escrito** o países de costumbres, también llamados de **Derecho consuetudinario**.

En los países de Derecho escrito rigió el ***Ius scriptum***, que era el Derecho romano de Justiniano; y éstos países englobaban todo el Sur de Francia con excepción de algunos territorios como el de la Alta Borgoña.

Sin embargo, en el Norte de Francia prevalecieron las costumbres locales.

La consecuencia de todo esto fue que hubo una diferente elaboración del Derecho según el ámbito territorial; así, en el Norte de Francia se procedió a la redacción de las costumbres mientras que en el sur, el Derecho romano encontró un amplio campo de expansión.

Esto se debió a que en el Sur se había sufrido en menor medida el impacto del feudalismo que en el Norte; y por eso persistió la tradición romanística.

Pero esta distinción de países de Derecho escrito y países de Derecho consuetudinario se delimitó como mayor precisión en el siglo XVI.

Así en el Norte se rechazó de pleno el Derecho romano, sobretodo debido a una prohibición emitida por el **Papa Honorio III**, en el año 1219; que era una prohibición de enseñar Derecho romano en la Universidad de París a petición del rey.

Esto fue debido a que la realeza temía que la adopción del Derecho romano implicase una sumisión al emperador germánico, porque el Derecho romano era el **Derecho del sacro imperio romano-germánico**.

Sin embargo, en el Sur se acogió el Derecho romano, porque la población fue más favorable a la adopción de las costumbres romanas.

Finalmente también hay una distinción en cuanto a las **fuentes del Derecho** entre ambos territorios.

Así, en los países de Derecho escrito, se consideran las costumbres, frente al Derecho romano, como Derechos especiales, que había que aplicar prioritariamente; pero que había que interpretar restrictivamente porque no se podían extender por analogía.

En esos países de Derecho escrito se acudía al Derecho romano como fuente del Derecho sólo subsidiariamente después de haber agotado todos los medios que ofrecía el Derecho consuetudinario.

5.2 La superación del particularismo jurídico

La monarquía francesa concentró en sus manos todo el poder público tras **la guerra de los 100 años**, que fue del **1337** en adelante, y en consecuencia se terminó con el fraccionamiento de los territorios que había sido propio del feudalismo; y así se constituyó un poder central fuerte.

En definitiva, el fin del particularismo político produjo el fin del particularismo jurídico.

La **unificación del Derecho en Francia** tuvo los siguientes rasgos:

En primer lugar, en los países de Derecho escrito, el Derecho romano adquirió cada vez más autoridad; y ello provocó un retroceso del Derecho consuetudinario, concretamente los países donde regían las costumbres adoptaron el Derecho romano de obligaciones.

El **segundo rasgo** es que, en época de Felipe V, se constituyó una jurisdicción que dependía del rey; y además se organizó un tribunal supremo que se llamó el **Parlamento de París**, y este mismo efecto se produjo en los tribunales inferiores, ya que se fueron creando tribunales en cada una de las provincias que podían decidir los litigios en última instancia.

Pero el Parlamento de París no perdió nunca su superioridad frente a los demás.

El **tercer rasgo** es que, a partir del siglo XIII, se intensifica la actividad legislativa pero, sobre todo, en el ámbito del Derecho público; mientras que en el ámbito del Derecho privado se fijaban las normas de tradición romanista. Si en las disposiciones legislativas que se llamaron ordenanzas, había un alejamiento del Derecho romano, en la práctica y en los tribunales, no se aplicaban; y en consecuencia quedaban sin efecto.

Hubo **tres ordenanzas** que fueron especialmente importantes para la posterior codificación francesa: la primera se refería a la reforma de la justicia, y lo que hacía era unificar y a modificar las normas relativas al proceso civil; esta fue del año **1669**.

La segunda se refirió al comercio y se llamó **Código Mercante**, del año **1673**.

La tercera se refirió al Derecho marítimo, se llamó **Ordenanza de la Marina** del año 1681, y que se mantuvo hasta que fue derogada por el Código de Comercio de **1807**.

El **cuarto rasgo** característico fue la redacción de las costumbres, que se hizo en Francia, que fue el elemento que más contribuyó al proceso de unificación del Derecho francés.

5.3 La redacción de las costumbres

La redacción de las costumbres significó en Francia, primero que se fijaran oficialmente las costumbres en los países de Derecho escrito; y segundo, fueron el origen de un auténtico Derecho común consuetudinario que en esos países logró frenar al Derecho romano, que quería imponerse como Derecho común.

La primera disposición en este sentido fue una ordenanza de **Carlos VII** del año **1454**, en la que se establecía que fueran únicos los usos, costumbres y estilos de todos los países de su reino; y que se redactasen y se pusiesen por escrito, y que se guardasen y observasen tanto dentro como fuera de los juicios.

Pero este proyecto de 1454, preveía que las costumbres fueran redactadas por escrito y que fueran sancionadas y aprobadas por el rey; y esto se hizo imposible de poner en práctica.

Posteriormente, a partir del año **1494**, se cambió a un procedimiento descentralizado, así los comisarios del rey se trasladarían al lugar de origen de las costumbres para participar allí en su redacción; y sólo se sometería a decisión del rey las cuestiones controvertidas.

Este método permitió entonces la redacción de las costumbres destrito por distrito; incluso se recogían las costumbres que dentro de una general existían como costumbres especiales.

Así había varios **organismos** que participaban en la **redacción de las costumbres**. El primero de ellos era una **asamblea de tres estados**: la nobleza, el clero y el estado llano; que se consideraban depositarios de las costumbres.

El segundo organismo eran determinados **agentes de justicia** que pertenecían al estado llano, pero defendían los intereses de la nobleza y del clero. Su función era especialmente importante porque eran expertos en Derecho y conocían las costumbres.

El tercer órgano eran los **comisarios del rey**, elegidos más por los parlamentarios cuya misión era dirigir los trabajos en nombre del rey y arbitrar los debates. La asamblea así constituida redactó un texto de las costumbres que aparecía dividido en artículos; y además se acompañaban de las actas de las sesiones donde se señalaban las personas que intervenían y el orden del día.

La redacción se concluyó en el **siglo XVI**, pero ya desde **1555** aparecieron reformas y nuevas redacciones. Y así, se puede decir, que en un principio estas costumbres permanecieron sin variación hasta su derogación por el **Código Civil de 1804**.

5.4 El derecho común consuetudinario

La redacción de las costumbres no impidió la formación de un **Derecho común consuetudinario**. Sobre todo porque el método de redacción de las costumbres que se fundamentaba en la discusión de las mismas con los diferentes estamentos y el rey era un método conciliador.

La consecuencia de este método es que se consiguió una mejor unificación del Derecho y se convirtieron las costumbres como método de solución de conflictos cuando los casos eran análogos.

Así tras la redacción de las costumbres los juristas las confrontaron y las perfeccionaron para crear un derecho común que unificó el derecho consuetudinario y el Derecho romano.

TEMA 6: El derecho de la razón y las codificaciones del Derecho natural

6.1 El derecho de la razón y la cultura de los siglos XVII y XVIII

El **Derecho de la razón** es la forma que adoptó el Derecho natural en los siglos XVII y XVIII. Esta corriente defiende la existencia de un Derecho compuesto por una ética social que es conforme a la naturaleza humana y este es el Derecho natural.

Esta doctrina en realidad procede de la **filosofía griega del siglo VI a.C.**, es decir, el Derecho natural se corresponde con la historia de la filosofía.

El origen de esta doctrina es la nueva actitud que adoptaban los científicos en todos los ámbitos de las ciencias naturales, como **Galileo Galilei**, **Kepler** o **Newton**. Este método habría pasado de las ciencias de la naturaleza a las ciencias humanas y entre ellas al Derecho.

Los primeros defensores del derecho de la razón fueron **Hobbes** y **Montesquieu**, ellos fueron los juristas que influyeron en la evolución de esta doctrina.

El fundamento del nuevo método se hallaba en una necesidad de cambio frente a la Edad Media. En el ámbito del Derecho implicó que se rechazaba el *Corpus Iuris* y todo su aparato de glosas y comentarios; pero únicamente en su aspecto de conjunto de normas inmutable, es decir que la doctrina del Derecho de la razón.

Las fuentes romanas eran una realidad histórica, eran un dato más a tener en cuenta y se encontraban en el mismo plano que las demás instituciones de la antigüedad. Así se pretendieron estudiar las reglas naturales de la convivencia humana, y todo ello a través de un método lógico, pretendiendo deducir de la convivencia humana unos principios generales que se llamaron y se llaman **axiomas**.

Para ello había que separarse de los prejuicios teológicos y morales de la Edad Media. En definitiva, el método se limitaba a dos grandes líneas: una era encontrar un sistema y la otra la búsqueda de principios rectores.

Esta teoría del Derecho de la razón, condujo a la **superación del mundo medieval**. Esta doctrina apareció en el centro de Europa y fue una superación ética de la Edad Media. Pero antes había sido precedida por el movimiento del humanismo durante los siglos XV y XVI que supuso la superación literaria y científica de la Edad Media y que nació en el Sur de Europa.

A partir de ahí, aparecieron principios de gran relevancia histórica, como la lucha contra la tortura o la abolición de la pena de muerte y los principios de libertad y tolerancia. Pero estas ideas tuvieron una evolución diferente según el ámbito territorial. Así, por ejemplo, Europa Central, sobre todo Austria y Prusia, adoptaron la forma del **despotismo ilustrado**. Mientras que en Francia estas ideas sólo evolucionaron a través de una revolución.

6.2 Sistematización en Grocio y en los juristas alemanes del derecho natural

En **Alemania** en principio, se produjeron reformas en la enseñanza de Derecho que ya cogieron ciertas tendencias sistemáticas del derecho natural; pero se trataba de un **humanismo de inspiración luterana** cuyos máximos representantes fueron **Oldendorp** y **Althusius**.

Esto hizo que una contrarreforma también inspirada por teólogos y juristas y cuya figura más destacada fue **Grocio**, que fue el máximo representante del **Derecho natural** (en esa época).

Grocio fue el que representó una nueva tendencia porque por un lado estaba influido por las ideas del *Usus Modernus* y, por tanto, muy ligado a las fuentes romanas; por otra parte también estaba muy influido por la idea de libertad frente a los textos legales. Es decir, de no tomarlos como una verdad absoluta. Y por otra parte también recurría a los Derechos locales y además estaba influido por las novedades y los conocimientos históricos y literarios del humanismo.

En un principio, Grocio estaba en la línea del *Usus Modernus* pero luego sufre un gran cambio, sobre todo con la publicación de sus dos obras más importantes: ***De mare libero*** (1609) y ***De iure belli ac pacis*** (1623).

En virtud de la segunda obra se le ha llamado el **padre del Derecho internacional público**.

La razón de la importancia de las obras de Grocio, es que creó un sistema de reglas jurídicas en un campo en el cual no había normas con anterioridad; por ejemplo, no había normas que regulasen el tráfico internacional. Grocio extrajo esas normas de los conceptos y los principios del derecho existente.

Este derecho existente no sólo estaba formado por el Derecho romano sino también por los principios filosóficos del humanismo.

Se puede decir que Grocio fue el que estableció el método del Derecho de la razón y a él siguieron las siguientes generaciones que lo que hicieron fue mejorar esta sistemática. **Thomasius**, **Puffendorf** y **Wolff** fueron sus seguidores.

6.3 Revalorización de la actividad legislativa y desarrollo de las tendencias a la codificación

El Derecho de la razón fue la base de las tendencias codificadoras. Se basaba en la convicción de que existía un Derecho natural inherente al hombre y que estaba encaminado a procurarle la felicidad al hombre.

Los juristas tenían que encaminar sus esfuerzos a descubrir ese Derecho, a fijar su contenido, y a promulgarlo como Derecho vigente.

El efecto de la aplicación de este método fue que el Derecho natural quedó reducido a un conjunto de normas porque el método que se utilizaba era el lógico y el deductivo de comportamiento humano.

Así se rechazó que las fuentes romanas fueran intocables lo que si consideraban intocable eran los principios de la razón.

Esto produjo dos consecuencias:

- La **revalorización de la actividad legislativa**, y perdió significado la actividad de la doctrina y de los tribunales.
- Se ordenaron las **normas en códigos**, en consecuencia fueron las tendencias del Derecho natural las que dieron impulso a la codificación y sobre todo el método de los juristas. La codificación fue una exigencia que se fue imponiendo en toda Europa. Además había una serie de **problemas** que se ponían de manifiesto por los juristas del Derecho natural:

Había una **incertidumbre absoluta del Derecho vigente**, porque había una enorme mezcla de fuentes romanas, de normas consuetudinarias, y de escritos de la doctrina que se consideraban fuentes del derecho por los tribunales. Y esto daba lugar a grandes equívoco. Los grandes juristas aconsejaban que las normas se codificaran y así se resolverían mediante la legislación todos los problemas controvertidos.

6.4 El trabajo de sistematización de los juristas franceses del derecho natural, etapa decisiva con vistas a las codificaciones

Voltaire en el año 1764, en su Diccionario Filosófico, escribió que si querían los juristas tener buenas leyes, debían quemar las anteriores y hacer unas nuevas; y es muy importante que esto se haya sido dicho por una persona que no es jurista.

Por su parte los juristas se dieron cuenta de que al intentar enunciar los principios del Derecho natural, volvían a encontrarse con principios del Derecho romano.

La consecuencia fue que los juristas llegaron al Derecho privado romano en la fase final de la investigación, una vez aplicados los métodos del Derecho de la razón.

Así, en definitiva, el resultado de toda la investigación produjo un conjunto sistemático que resultó ser romanista, pero el defecto que los juristas del Derecho natural veían en el Derecho romano era que le faltaba el orden sistemático, y era los que le pretendían dar al Derecho romano, es decir, querían hacer un conjunto coordinado de todas las normas adaptadas al tiempo.

Así la actitud de los **juristas del Derecho natural** produjo dos grandes efectos:

El primero es el descubrimiento de que la más rica reserva del Derecho natural era el **Derecho romano**, y lo único que había que hacer era **sistematizarlo** para que se pudiera utilizar y aplicar.

El segundo efecto es que el método del Derecho de la razón fue adoptado también por los **juristas franceses** y, sobre todo, hubo dos muy importantes en los siglos **XVII** y **XVIII**, que se llamaron **Domat** y **Pothier**. Estos dos fueron lo que más influyeron en la codificación francesa, y a través de la francesa en las restantes codificaciones europeas.

Así Domat estuvo muy pendiente de las costumbres francesas, pero su inspiración, igual que la de Pothier, fue romanista; basándose sobretudo en la compilación de Justiniano.

Para Domat el **Derecho romano** no era sino el **Derecho natural inmutable y aplicable a todos**, y eso fue el hilo conductor de su obra. Así, Domat considera el Derecho natural como fruto de una deducción sino como producto de su investigación en el interior del Derecho romano, donde el Derecho natural residía ya.

6.5 Las codificaciones

6.5.1 Inglaterra

En **Inglaterra** regía el sistema del **Common Law**, y esta concepción del Derecho implicaba que la fuente del Derecho era la jurisprudencia, es decir, no son las normas legales las fuentes del Derecho, sino que son las resoluciones de los jueces las que crean el Derecho; por lo tanto, es un **Derecho ligado a la actividad de los tribunales**.

Esta estructura del *Common Law* impidió que se codificara el Derecho por el poder legislativo. En Inglaterra sólo existieron **codificaciones parciales de puntos concretos**; como el *Judicature Act*, que es una norma o ley del procedimiento civil, de 1873.

En Inglaterra la idea de codificación que estaba más ligada al Derecho natural fue definida por **Bentham** que publicó varias obras **promoviendo la codificación** en Inglaterra; e incluso llegó a proponer una codificación para los Estados Unidos, pero esta idea no tuvo éxito.

Ósea que en Inglaterra en resumidas cuentas, **no hubo codificación sino disposiciones parciales**.

6.5.2 Baviera

En **Baviera** la **codificación del Derecho civil** es del año **1756**, y antes hubo una codificación del **Derecho penal** y otra del **enjuiciamiento** (procedimiento) **civil**.

La codificación bávara no proviene de la tradición del Derecho natural sino que más bien sigue la línea del *Usus Modernus*, sin embargo si que ésta algo influenciada por las ideas del Derecho natural.

Así, por ejemplo, en la claridad del enunciado o en el intento de resolver viejas controversias, ó en la adopción de una cierta sistemática.

Sin embargo, se puede decir que es una **codificación de Derecho común** pero, con el añadido de que permite la aplicación subsidiaria de algunos estatutos de las ciudades alemanas; que en ese sentido todavía permanecían vigentes.

6.5.3 Prusia

En el **área germánica** hay dos grandes centros de poder tras la disolución del **Sacro Imperio Romano-Germánico** tras la **paz de Westfalia de 1648** y, estos dos grandes centros son: **Austria** y **Prusia**.

Las codificaciones austriaca y prusiana son las dos producto del Derecho de la razón.

En el área germánica el Derecho natural no se limitó a **introducir las concepciones políticas en las codificaciones**, sino que además se impuso que éstas tuvieran un **fuerte sentido paternalista**, es decir, se impulsaba al legislador para que consiguiera la **felicidad de su súbditos**.

Estas dos ideas culminaron en **Prusia**, donde el movimiento codificador comenzó con **Federico Guillermo I**, que ordenó dar una serie de soluciones a una serie de cuestiones controvertidas y que se preparasen en un conjunto.

En este conjunto se debían de tener en cuenta los Derechos locales, las exigencias de la razón y la situación del país.

Pero hasta el año **1780** no se retomó la actividad legislativa, de modo que hubo que nombrar una **comisión** en la que participaban juristas formados en el Derecho natural.

Éstos **realizaron una redacción de un conjunto de normas claras y precisas** que pusieron fin a todas las controversias doctrinales.

Si aún así subsistía alguna duda; sería la comisión legislativa la que la resolvería y no los jueces.

En este proyecto se contenía un resumen del *Corpus Iuris* sistematizado junto con un conjunto de reglas generales o máximas que estaban influidas por los Derechos locales y por los precedentes judiciales.

Hubo varios trámites en su concepción y hubo también que superar las tendencias reaccionarias en contra. Y, por fin, en el año **1792** se publica el código prusiano como ***Allgemeines Landrecht Für die prevesischen Staaten*** (Derecho común al territorio de los Estados prusianos); se le cita en siglas como **ALR**.

Este código prusiano estuvo en vigor en Alemania hasta la fecha de promulgación del **Código civil alemán**, el **BGB**, promulgado el **1 de Enero de 1900**.

Este código, el **ALR**, es una **compilación de todo el Derecho vigente**: civil, mercantil, constitucional, penal, administrativo y eclesiástico.

La **primera parte** trata del **Derecho de propiedad**, y de los modos de adquirirla; e incluye el **Derecho de obligaciones y sucesiones**.

Y la **segunda parte** contiene normas que se refieren a **las comunidades** como son la familia o el Estado, las corporaciones o las iglesias.

Además el **ALR** tiene unas normas paternalistas que llegan incluso a la indiscreción, y se ha considerado el **primer gran código de la época moderna**.

6.5.4 Francia

En **Francia** la monarquía francesa, especialmente Luis XIV, siguió una política contraria a la teoría de las luces y a la de la razón.

El sistema político se apoyaba en la nobleza y el clero que a cambio exigían privilegios.

Y la unificación del Derecho privado no prosperó porque se oponían a ellos los tribunales provinciales que defendían el particularismo jurídico.

En Francia la transformación del Antiguo Régimen sólo pudo realizarse mediante una **revolución** y así, los años **1789 a 1794** se caracterizaron por **profundas transformaciones** porque, primero hubo acontecimientos dramáticos y en segundo lugar hubo una serie de cambios políticos como la abolición del feudalismo, la instauración del directorio y, en consecuencia, la **toma del poder por la alta burguesía**.

Todo esto finalmente favoreció que se quisiera instaurar un Código civil, es decir, se quería conseguir una legislación unitaria, inspirada en el Derecho natural.

Así se dice en la declaración de los **Derechos del hombre y del ciudadano** del año **1789**, que dice que los representantes del pueblo han decidido exponer los **Derechos naturales inalienables** (no se pueden vender ni transferir) y **sagrados del hombre**.

Y estos Derechos son, en el Art.2, la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión.

La **Constitución francesa del año 1791** abolió las instituciones que lesionaban la **libertad y la igualdad de Derechos**. Y así, en Francia, no existe ya, ni en ninguna parte de la nación, ni para ningún individuo; ningún privilegio ni ninguna excepción que se desvíe del Derecho común de todos los franceses.

Finalmente en la Constitución se disponía que: se hará un Código de leyes civiles comunes para todo el reino.

El impulso decisivo para la codificación lo dio **Napoleón Bonaparte** que se dio cuenta de la **importancia del Código civil** para Francia.

Se preocupó de ella personalmente; y la llevó a cabo con la energía y el impulso que le caracterizaban. Así en definitiva se promulgó el **Código civil francés** en el año **1804**.

A continuación se promulgó un **Código de procedimiento** en el año **1806**, un **Código de comercio** en el **1807**, un **Código penal** en el **1810** y un **Código de enjuiciamiento criminal** de **1811**.

El Código francés está dividido en un título preliminar y tres libros; y tienen una sistemática propia de las instituciones de Justiniano, pero con la reformulación que les dieron **Domat** y **Pothier**.

Éstos fueron los autores que más influyeron en el Código civil francés, cuyas resoluciones a los problemas fueron preferidas frente a otras de ámbito revolucionario.

En cuanto a la técnica, este Código destaca por ser muy práctico y por su precisión y su claridad en la redacción y, aquí se abandona ya totalmente la pretensión de moralizar a las personas.

Así, este Código tuvo un gran éxito e influyó en muchos Códigos europeos posteriores, e incluso en muchos de los Códigos de Sudamérica.

6.5.5 Austria

La **codificación austriaca** evoluciona de forma paralela a la prusiana, pero con la diferencia de que se promulgó después de la promulgación del Código civil francés y, por lo tanto, está influida por este.

En el año 1709 se nombró una comisión y hubo varios intentos de proyectos y sucesivas comisiones que no tuvieron éxito, hasta que, en el año **1772**, la **Reina M^a Teresa** nombró una comisión con el encargo de redactar un proyecto claro y simple que recogiera los principios del Derecho natural para resolver las controversias que proviniesen de la tradición romanista.

Y a continuación siguieron varios proyectos, y varias comisiones hasta que en **1811** fue publicado el **Código austriaco** como *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch der deutschen Erblände* (libro de derecho civil general de los países alemanes) conocido como **ABGB**.

El ABGB **continúa en vigor** y es de fuerte inspiración romanista; además a sufrido fuertes modificaciones.

Es una codificación que se limita únicamente al **Derecho privado**, y permaneció este Código muy ligado al *Usus Modernus Pandectarum* y, por tanto, al Derecho romano.

6.6 La difusión del Código civil francés y las codificaciones italianas preunitarias

El **Código civil francés se difundió a través de las conquistas de Napoleón**, es decir, fue adoptado en algunos países en forma de traducción o incluso se adoptó como fundamento para Códigos autónomos de los

países.

Su **recepción** se produjo en países como **Bélgica, Holanda y Luxemburgo**; y parcialmente también en **Polonia, Rumania, España e Italia**; e indirectamente también en **Rusia y algunos Estados de América central**, incluido **Brasil**.

Se puede decir que su proyección llegó hasta **Estados Unidos y Canadá**.

Únicamente **quedaron fuera** del área de influencia del Código francés, los **Códigos del área germánica**, que fueron en **ALR** de Prusia, el **ABGB** de Austria-->[Author:A], el **BGB** alemán y el **Código Suizo**.

También Italia entró en la esfera del Código francés, pero el problema que presenta Italia es que la historia de su codificación durante los siglos XIX y XX, fue muy complicada por las vicisitudes políticas e históricas.

Incluso el Código francés fue adoptado en **Italia** mediante una traducción y se llamó el **Código civil del Reino de Italia**, publicado por **Napoleón** en el año **1806**; y se introdujo en el Reino de Italia. Así por ejemplo en Lombardía, Venecia o la Emilia romana.

Y ese mismo año se introdujo también el **Código de procedimiento francés**, y en el año **1808** el **Código de comercio francés**.

Luego vino la etapa de la **Restauración** y, tras esta etapa, sólo el **Ducado de Luca** conservó el Código civil francés que además fue modificado.

Pero esta Restauración no implicó que se volviera al sistema jurídico anterior a la invasión francesa. Lo que se hizo fue abolir el Código civil francés, que se sustituyó por otro que no era sino una copia del contenido del Código francés.

Respecto de todo esto hay una pequeña **excepción** en el territorio de **Lombardía y Venecia** donde el **Emperador Francisco I** introdujo el Código civil austriaco, el **ABGB**.

Así en el reino de **Nápoles** se mantuvieron en un principio los Códigos franceses pero en el año **1819** fueron sustituidos por un **único Código**. Pero éste lo único que hacía era reunir todos los Códigos franceses en uno sólo en forma unitaria.

Era en realidad una promulgación de los mismos textos franceses.

La situación, sin embargo, era distinta en **Parma, Plasencia y Guastela**, porque allí **reinaba la primogenita de Francisco I y esposa de Napoleón**. Allí sí que emprendió un trabajo serio de codificación; y en el año **1820**, se consiguió la **promulgación de un Código** que se basaba en el Código francés pero que tenía en cuenta tradiciones locales.

Este fue considerado el mejor Código de su época.

Por otra parte, en **Módena**, se adoptó más tarde una codificación de tipo francés; y en **Toscana** se procedió a una **restauración legislativa**, de modo que en el año **1814** se puso allí en vigor el Derecho romano, el Derecho canónico, y todas las leyes del ducado desde su fundación.

6.7 El código civil italiano

En **Italia** se instauró una etapa de unidad nacional, y en esa etapa, hay que distinguir dos grandes fases:

En la **primera etapa**, el Gobierno estuvo autorizado para promulgar en **1865** un **conjunto legislativo de Derecho privado**, que entró en vigor en el año **1866**, y comprendía un Código civil, un Código de procedimiento civil, un Código de comercio y un Código de la Marina mercante.

Este conjunto legislativo quedó muy marcado por la codificación francesa, tenía la misma sistemática, e incluso en algunas normas eran una traducción de las francesas.

Sin embargo, en cierto modo, si que hubo una pequeña actividad legislativa que consistía en tener en cuenta ciertos Derechos locales y tener en cuenta también la jurisprudencia de los tribunales.

Pero hubo un nuevo movimiento codificador que desembocó en un nuevo **Código civil** del año **1942**.

Hubo varios motivos para esta nueva codificación, uno de ellos es que no había confianza en la jurisprudencia por parte de los juristas italianos a la hora de reformar el Código; y la segunda razón es que hubo una cada vez mayor influencia de la jurisprudencia alemana, y de su doctrina en detrimento de la francesa.

Este **nuevo Código civil** se caracteriza primero porque se **abandona la sistemática del Derecho natural**; y segundo porque aunque parece innovar el Código promulgado en 1865, **sólo lo reforma**; la tercera característica es que, al igual que el Código francés, **no tiene una parte general**.

TEMA 7: La Escuela Histórica y la Escuela de Pandectas

7.1 La situación de la jurisprudencia alemana a comienzos del siglo XIX y la Escuela Histórica

A **comienzos del siglo XIX**, hay que ver las repercusiones que tuvo la escuela del Derecho natural; estas consecuencias fueron diferentes en Francia y en Alemania.

En **Francia** ya existía un Estado unitario que estaba en fase de expansión, y ya tenían un Código civil desde el año 1804; un Código muy famoso que tuvo repercusiones incluso en el extranjero.

Sin embargo, en **Alemania** estaban vigentes **dos Códigos**: el **prusiano** y el **austriaco**. Y no se aplicaban en todos los territorios, es decir, había Derechos locales junto con el Derecho común.

Así por un lado en **Francia**, la cultura del Derecho natural se monopolizaba por los filósofos; en segundo lugar, toda la cultura jurídica giraba alrededor de una jurisdicción centralizada; y en tercer lugar había una clase de juristas muy bien organizada, y en cuarto lugar, los juristas estaban muy unidos a la práctica del Derecho.

En la **época de la Revolución**, los juristas franceses quisieron hacer coincidir el Derecho vigente con el Derecho natural; pero se toparon con muchas dificultades, y fue imposible mantener una unidad del Derecho privado con esas modificaciones.

Por eso hicieron una **codificación magistral** y, después procedieron al perfeccionamiento de la codificación a través de la labor de la jurisprudencia, es decir, se complementó el Derecho codificado con la doctrina y resoluciones de los tribunales.

Y todo ello fue posible porque los juristas estaban muy ligados a la práctica.

Sin embargo, todo lo contrario ocurre en **Alemania**; en primer lugar, todos los avances del Derecho natural era obra de los profesores de Derecho, de las Universidades, y de los gobernantes. En segundo lugar, en Alemania, la teoría y la producción legislativa, estaban aisladas de la práctica. Y en tercer lugar, la consecuencia es que la ciencia del Derecho, y la legislación no resolvían los problemas de la práctica; y

estaban descortinadas con los tribunales de justicia.

Así, en Alemania, la ciencia del Derecho, a finales del siglo XVIII y a comienzos del XIX, había decaído mucho; existía una práctica del Derecho pero muy ligada al *Usus Modernus*, y desvinculada de la doctrina. Y por otro lado, estaba la **doctrina** que se **quedaba en el plano teórico, muy desvinculada de la práctica**.

Por otra parte, la legislación parecía querer volver al particularismo jurídico anterior a la recepción, y así tuvo que surgir la **Escuela Histórica** que fue lo que le dio a la ciencia jurídica alemana un gran nivel.

Por un lado, se puede afirmar en un principio, que existía una gran **analogía entre la Escuela del Derecho natural y la Escuela Histórica**, basada en los siguientes puntos:

- Las dos utilizan un método con un sistema de deducción.
- Las dos tienen conceptos básicos que les son comunes.
- Ambas pretenden el perfeccionamiento de ese método de investigar el Derecho y de esos conceptos básicos comunes.
- Ambas terminaron por darle al Derecho romano un lugar prioritario como fuente del Derecho.
- Ambas desembocaron en una codificación basada en el Derecho romano y que derogaba el Derecho justiniano.

Sin embargo, hubo por supuesto grandes **diferencias** entre ambas escuelas:

- La primera y más importante es, que la Escuela Histórica, se basa en el método de investigación que para la ciencia defendió Kant. Y así se puede decir que hubo una gran oposición entre la Escuela del Derecho natural y la Escuela Histórica.

El **fundador** de esta última (la **Escuela Histórica**) fue **Federico Carlos de Savigny**, y éste pensaba que la gran desgracia de Alemania es que no había un cuerpo de juristas alemanes.

Él desarrolló un programa que tenía que cumplir la Escuela Histórica, cuyos puntos principales eran:

- Sobre la base de las fuentes del Derecho; crear una verdadera ciencia jurídica alemana.
- Convertir a la Universidad en una escuela de esa ciencia del Derecho.
- Disponer de los juristas formados en la Universidad como un cuerpo de juristas alemanes, que desarrollaran la ciencia alemana del Derecho.

La Escuela Histórica fue la que dio a la ciencia jurídica alemana el más alto nivel, y una mayor técnica jurídica; que era perfecta para extraer de las fuentes romanas los conceptos del Derecho, y estos conceptos permitirían a los juristas extraer las soluciones válidas para cada nuevo problema que surgiera.

Pero, de nuevo, la ciencia del Derecho en Alemania sería el producto del estudio de profesores en las Universidades, es decir, basado en la teoría; y así los problemas tampoco quedaron resueltos.

Sin embargo, la Escuela Histórica tuvo una gran importancia en Alemania, y se puede incluso equiparar en importancia al redescubrimiento del Digesto en la Edad Media; aunque un poco más modesto.

7.2 El método de la Escuela Histórica. Escuela de Pandectas

El término de Escuela Histórica debe completarse con la palabra alemana; es decir, **Escuela Histórica Alemana**; porque es un movimiento que nació y creció en Alemania y sólo allí se explica ya que su método no se habría podido aplicar en ninguna otra parte.

Sobretudo, estaba influida por un elemento esencial, que era el elemento nacionalista. Así, la **finalidad** principal de la Escuela Histórica era la creación y desarrollo de un **Derecho nacional alemán**.

Según la doctrina de la Escuela Histórica del Derecho, no era consecuencia de la naturaleza del hombre, como propugnaba la doctrina del Derecho natural; sino que era producto más bien de cada pueblo, concretamente de las fuerzas vivas y latentes en cada pueblo que, además vienen determinadas por su historia.

Para designar esas fuerzas latentes, la Escuela Histórica, acuñó un término que se llamó el **espíritu del pueblo, Volksgeist**, que se convirtió en el término básico de su doctrina.

Consideraban que el pueblo y su espíritu se manifestaban a través de los juristas que, a su vez, provenían del propio pueblo. Y que además eran juristas cultos, profesores o jueces.

Así la misión de estos juristas era investigar el verdadero Derecho de la nación. Por eso debían, por un lado estudiar historia del Derecho, y por otro lado rejuvenecerlo y adoptarlo a la realidad social.

Savigny, que era el fundador; era romanista, pero se colocaba en el método de la escuela culta, que estaba más alejado del *Usus Modernus*.

Savigny consideraba que el Derecho romano se había corrompido por lo siguiente: primero por la doctrina de los prácticos medievales; segundo por la doctrina del *Usus Modernus*; y tercero por la doctrina de los maestros italianos, que eran los comentaristas.

El **método de Savigny** fue distinto en cuanto a que formó una nueva sistemática que, por un lado, reconocía el trabajo de los glosadores; pero por otro pretendía reconstruir el Derecho romano a través de la investigación histórica para así conocer el auténtico sentido del Derecho.

Pero ahí no acababa la tarea del jurista, ya que su labor era también crear Derecho positivo.

Así, la **obra de Savigny** alcanzó una gran importancia y creó una escuela, en el sentido de que tuvo muchos discípulos que le siguieron; su alumno más aventajado fue **Puchta**, ya que logró influir a su vez en Savigny.

La ciencia del Derecho que elaboraron se llamó **Ciencia de Pandectas**, derivado del nombre que se le daba a los manuales que utilizaban para la enseñanza.

El manual para la enseñanza se llamó *Lehrbuch des Pandektensechts* (manual del Derecho de Pandectas).

Los **manuales de enseñanza** fueron el producto más característico de la Ciencia de Pandectas.

Hubo muchos **representantes** de esta Escuela, entre los más destacados están: **Brinz, Vangerow, Arndts y Regelsberger**; siendo el más destacado **Windscheid**, que hizo un **manual del Derecho de Pandectas** que contenía una síntesis de todas las ideas de la Escuela Histórica; y este manual fue reeditado muchas veces en vida del autor y también después de su muerte.

La base de la teoría de la Escuela Histórica es el **positivismo jurídico**, es decir, se considera que el ordenamiento jurídico es un sistema jurídico completo y cerrado; y así este sistema nunca tiene lagunas, porque el propio sistema ante un caso no previsto expresamente explica el camino por el que se llega a la solución más idónea y adecuada; así el **propio sistema colma las lagunas existentes**.

Este método de la Escuela Histórica recibió muchas **críticas**, y también sus resultados (las obras que se escribieron); en especial se criticó el no utilizar el Derecho de Justiniano, y sobretudo mezclarlo con otros elementos que no eran contemporáneos y que se elaborara un sistema dogmático que tomaba el Derecho como

verdad absoluta.

Por eso se dijo que esta Escuela se dedicó a construir un Derecho romano que nunca había existido y compuesto por elementos cronológicamente dispares.

La crítica más fuerte la recibió por ser un **Derecho separado de la práctica**, y por lo tanto, condujo a un inmovilismo legislativo, es decir, no evolucionado a través de las leyes.

Los **principales críticos** fueron **Ihering** y **Gierke**, que crearon su propia corriente que se llamó jurisprudencia de intereses.

Según esta teoría, el Derecho sólo debía proteger determinados intereses y sólo a través de la protección de estos se constataba el Derecho.

7.3 La influencia de la Escuela de Pandectas fuera de Alemania

El pensamiento de la Escuela Histórica y, en especial, de su rama romanística que fue la Escuela de Pandectas; tuvo también mucha influencia fuera de Alemania y así logró ser muy importante en Europa.

En **Francia** no hubo una influencia directa de la Escuela Histórica, sino sólo indirecta; ésta vino a través de una obra sistemática que se escribió para los juristas alemanes que residían en territorios donde se aplicaba el Derecho francés, esta obra fue escrita por **Zacarías von Lingenthal**, y fue publicada en el año **1808**.

Luego los juristas franceses recogieron esta obra y la adaptaron al Derecho francés traduciéndola.

Y finalmente la refundieron en un manual que se llamó **Curso de Derecho Civil Francés según el Método Zacarías**; escrita por **Aubry** y **Rau**.

Este manual se convirtió en el instrumento fundamental para el estudio del Derecho civil francés.

Pero en Francia existía una gran tradición jurisprudencial que no se llegó a transformar por esta influencia alemana que lo único que hizo fue enriquecerla.

En **Italia** sucedió todo lo contrario; allí entró la doctrina alemana por medio de la doctrina pandectista, y esto produjo el efecto de sustraer a la doctrina italiana de la influencia francesa y someterla a la influencia de la doctrina alemana.

Los **juristas italianos** que adoptaron el **método pandectístico**, fueron: **Fadda**, **Segré** y **Serafini**.

En **Suiza**, la entrada del Derecho de Pandectas supuso una vuelta al Derecho romano. Hasta entonces los juristas se habían opuesto a su influencia (a la del Derecho romano), y habían desarrollado mucho sus **Derechos locales**, sobretudo porque su territorio estaba dividido en **cantones**.

El método y el sistema de la Escuela de Pandectas fue introducido en Suiza por uno de los alumnos más aventajados de Savigny.

Así se consiguió un gran perfeccionamiento de la técnica legislativa en Suiza, pero sin hacer de menos los Derechos cantónales y las tradiciones locales.

7.4 Savigny y la polémica a propósito de la codificación

El propio Savigny ya vio los **defectos de la Escuela Histórica**.

El defecto principal era que tenía una **sistemática abstracta** y en consecuencia que se separaba la teoría de la práctica.

Savigny quiso solucionar este problema acudiendo a los juristas cultos, es decir, quería que se formara una doctrina culta pero, para ello, se les debía indicar a los juristas el camino a seguir.

Por eso para Savigny era muy importante que se formaran juristas en escuelas buenas para llegar a ser buenos prácticos.

Savigny publicó un escrito especialmente importante en el año **1814**, donde se pronunciaba **en contra de la codificación**. Este escrito era una respuesta a un escrito anterior de **Thibaut** donde este se pronunciaba a favor de la codificación, es decir, a favor de que Alemania tuviera un código civil codificado.

Pero la respuesta de Savigny resultó demasiado rebuscada y demasiado técnica. Más bien constituía un programa que debía de servir de guía para la Escuela Histórica incluso contenía principios políticos.

En ese año, **1814**, **Alemania** estaba muy desunida políticamente; existía una Liga de Estados Alemanes que se formó a raíz del Congreso de Viena en los años 1814 y 1815; y esta liga estaba formada por 35 principados y 4 ciudades libres.

Por lo tanto, se trataba de una unión de Estados sin una verdadera y auténtica conexión.

Además se le añade otro problema: la **reaparición del particularismo jurídico** que parecía superado con la recepción del Derecho romano y del *Usus Modernus*; pero se trataba de otro particularismo jurídico consistente en que Prusia aplicaba su propio código (el ALR) y Austria aplicaba el suyo (el ABGB) y en ciertos territorios alemanes se aplicaba el Código francés.

En contra de la tesis de Savigny se había pronunciado **Thibaut**, que sostenía la necesidad para Alemania de un Código civil. Su idea era un reflejo de las ideas de la Revolución Francesa, que se basaba en la unidad nacional y en las libertades civiles.

Así Thibaut proponía lograr un sentimiento de unidad de los ciudadanos mediante una codificación común. Así quería favorecer el renacimiento del Derecho como una fuerza viva, eliminando toda la doctrina tradicional que lo que quería era no cambiar.

Thibaut proponía como modelos de codificación alemana, el código prusiano (ALR), el código austriaco (ABGB) y, sobre todo, el código civil francés.

La postura de **Savigny** requería una cierta interpretación. Él consideraba que **codificar** era una **forma inorgánica de desarrollar el Derecho** (falta de adaptación a la realidad; pensaba que se ponían reglas y ya no se podía evolucionar); porque así, lo que se hacía, era formar arbitrariamente el Derecho, de modo que esto resultaba perjudicial e inútil ya que el Derecho lo formaba el pueblo de forma espontánea.

Para Savigny el pueblo era una unidad cultural que se identifica con los juristas sabios que trabajan en la sociedad y han salido de ella.

Son por tanto los juristas, y no el legislador, los que deben desarrollar el Derecho, siempre teniendo en cuenta la tradición cultural.

Para fundamentar su postura, Savigny acude a Roma, donde los juristas sin apenas intervención legislativa desarrollaron el más perfecto Derecho que haya existido, que fue el Derecho romano.

Para Savigny, el Derecho natural producía como resultado las codificaciones y Savigny invocaba el ejemplo más cercano de la codificación prusiana, que él mismo rechazaba y criticaba, tanto en su forma como en su contenido.

Así, para Savigny el más inmediato de ver de los juristas romanos era **crear una ciencia jurídica alemana**; y por lo tanto, los juristas debían partir de la recepción del Derecho romano y continuar estudiándolo. Además el Derecho romano en su esencia tenía la **noción de Imperio** y, este Imperio tenía carácter universal y se podría aplicar en Alemania para **superar así el particularismo jurídico**.

Pero hay que reconocer que la postura de **Savigny** era exagerada, y bastante arriesgada; y para entenderla hay que calificarle como un patriota, que **deseaba la unidad de Alemania**.

Y en él además concurrían otros factores: el primero es que era un **adversario del Derecho natural** y, por lo tanto, de la filosofía de las Luces en Alemania.

El segundo factor es que era un aristócrata conservador, **enemigo irreducible de la Revolución francesa** y de sus frutos, y por tanto del Código civil francés.

Pero, de entrada, **las ideas de Savigny en Alemania tuvieron gran éxito**; y ello sorprende porque era la época en que nacía el movimiento liberal.

Las **razones** de este éxito eran que:

- En primer lugar, era imposible en una situación de tanta disparidad política y territorial, el lograr una codificación unitaria.
- La segunda razón es que la Escuela de Savigny tuvo mucha influencia, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el cultural.

Finalmente, la **codificación en Alemania** si tuvo lugar, pero a partir del año **1871**, cuando tuvo lugar la unificación política. Y fue una codificación pandectista.

7.5 Las codificaciones alemanas del siglo XIX

En **Alemania**, sin embargo, hubo un **movimiento codificador**, incluso en la época de mayor auge de la Escuela de Pandectas.

Se fueron realizando algunas codificaciones que se aplicaban en algunos de los estados alemanes, e incluso en varios a la vez. Pero estas codificaciones se encuadraban dentro de lo que se llamó en **positivismo legislativo**, es decir, las normas provenían de órganos estatales, y estas normas no parecían formadas por juristas cultos como pretendía la Escuela de Pandectas.

Hubo un **proyecto de Constitución alemana** del año **1848**, en el que se preveía la redacción de un Código civil, de un Código de comercio, de una Ley cambiaria (una ley que regula la letra de cambio), de un Código penal y de una Ley de enjuiciamiento criminal.

Todo ello para mantener la unidad de la legislación alemana, y así conseguir la unidad jurídica de todo el pueblo alemán.

La **legislación del comercio o mercantil**, si que se pudo regular de modo unitario porque era un ámbito jurídico nuevo, y por lo tanto, con escasas raíces en el Derecho romano, es decir, era un ámbito no tan ligado a la tradición romanista; y además se requería una regulación del comercio porque apareció el comercio entre los diferentes estados.

Por eso nació un **Código de comercio alemán**, que se promulgó en el año **1897**, llamado *Handelsgesetzbuch* (libro de la ley de comercio) **HGB**.

Este Código de comercio entró en vigor el **1 de Enero de 1900**, junto con el Código civil alemán, el BGB.

7.6 El BGB

En primer lugar se nombró una **precomisión en el año 1876**, que tuvo el encargo de redactar un Código.

Posteriormente se constituyó ya una **comisión oficial en el año 1881**, integrada por 11 miembros de los cuales 8 eran prácticos del Derecho y 3 eran profesores; entre estos últimos destaca **Windscheid**, quien le dio al Código civil un perfil romanista muy marcado por los métodos y la ciencia de Pandectas.

Este primer proyecto recibió muchas **críticas** por ser demasiado doctrinario y abstracto. El más crítico fue **Gierke**, que consideró que el proyecto era demasiado individualista y que, renunciaba a los principios tradicionales alemanes para aceptar como mejores los principios de la tradición romana.

Y así, se nombró otra **nueva comisión** a la que se encomendó la redacción de un nuevo proyecto, teniendo en cuenta las críticas que había recibido el primero.

El resultado fue también un proyecto muy doctrinario y también influenciado por la ciencia pandectista.

Sin embargo, algo había **mejorado**; y este segundo proyecto se enmendó muy poco en el Parlamento (hubo pocas objeciones), donde se incluyeron sin embargo, algunas modificaciones. La más importante de estas modificaciones era el reconocimiento de ciertos Derechos a los diferentes estados que constituían Alemania, que se llamaron *Länder*.

Finalmente, **el BGB fue aprobado en el año 1896**, y **entró en vigor el 1 de Enero de 1900**, junto con otras leyes, como es el HGB.

Este BGB se compone de **cinco libros**: una parte general, otra de Derecho de obligaciones, otra de Derechos reales, otra de Derechos de familia y una quinta de Derecho de sucesiones.

Hay muchos principios de la tradición jurídica alemana en el BGB, pero se puede decir, sin embargo, que es el **fruto típico de la Escuela de Pandectas**; y marca el fin de esta.

La promulgación del BGB marca el **fin de la vigencia de las fuentes romanas en Europa como Derecho positivo**; a partir de entonces, la ciencia del Derecho romano pasó a formar parte de la Historia del Derecho.

7.7 El código civil suizo y el código de obligaciones

En **Suiza**, también hubo un **impulso hacia la unificación legislativa** porque también estuvo influida por los movimientos filosóficos del siglo XIX.

En Suiza no se pretendía tanto aplicar el Derecho romano, sino superar el **particularismo jurídico** que existía por estar dividido en territorio en cantones.

Hubo unas **primeras codificaciones**, pero que estaban limitadas al ámbito cantonal, y que eran una imitación, algunas, del Código civil austriaco, otras del Código francés y otras de los dos a la vez.

A nivel federal, la primera **codificación unitaria** se produjo tras la constitución de 1874. El primer **Código federal de obligaciones** fue el año **1881**, y luego siguieron otras codificaciones parciales hasta llegar al

TEMA 8: La formación del *Common Law* y de la *Equity* en Inglaterra

8.1 Introducción

8.1.1 La invasión normanda

En un principio la dominación romana no dejó tantas huellas en Inglaterra como en Francia o en Alemania.

Las tropas romanas se retiraron de **Bretaña** para defender la frontera del río Rin; y entonces esta provincia quedó indefensa y sufrió las invasiones de los anglos, de los sajones y de los daneses.

Esta situación no se aclaró hasta mucho más tarde, cuando **Guillermo el Conquistador** derrotó al rey de los anglos, que se llamaba Harold II, en la **batalla de Hastings** en el año **1066**.

La superioridad de **Guillermo de Normandía** fue fortalecida por dos factores: primero porque no había un candidato oficial a la sucesión en el trono, y segundo porque había logrado reclutar un importante ejército en Francia.

A raíz de su conquista cambió el nombre y se convirtió de Guillermo el Bastardo en Guillermo el Conquistador.

Y es a partir de la fecha de la conquista normanda cuando se sitúa el **nacimiento del *Common Law***.

Guillermo y sus sucesores normandos impusieron un **sistema feudal** que no existía con anterioridad en Inglaterra, y esto fue una consecuencia lógica, porque la conquista se había conseguido por medio de 56.000 caballeros, y a éstos hubo que atribuirles pequeños trozos de tierra que se llamaban feudos y que eran hereditarios.

Pero estos trozos de tierra eran bastante pequeños para que así no pudieran ejercer su poder frente al Rey que poseía grandes extensiones de tierra.

Sin embargo, lo que sí existió fue una situación favorable para crear una **administración de justicia unitaria y centralizada**.

En primer lugar porque los duques normandos habían puesto de manifiesto una gran capacidad y cualidad para administrar; y en segundo lugar, la decisión de la conquista de Inglaterra había recibido el apoyo del Papa y la Iglesia tenía siempre una administración fuerte, porque estaba formada por personas muy cualificadas e instruidas.

Esta capacidad de administración de los normandos se puso de manifiesto en la organización de un **registro catastral** establecido por el Rey Guillermo en el año **1085**, y que en el año siguiente entró en funcionamiento.

Así quedaron registrados todos los habitantes y todas las riquezas del reino.

Este registro tenía finalidades fiscales, pero lo que fue asombroso fue la claridad, rapidez y precisión con que fue elaborado y puesto en marcha.

Por otra parte, los reyes ingleses estaban convencidos de que no tenían capacidad para legislar en materia de Derecho sustantivo, más bien, el **poder real se limitaba al ámbito del Derecho procesal**; y así sólo podían intervenir para clarificar alguna situación jurídica o intervenir cuando la justicia se burlaba o generaba abusos.

Así, los **reyes normandos** cumplieron las siguientes **funciones**:

- Confirmaron todos los Derechos adquiridos de los habitantes.
- Mantuvieron las instituciones sajonas destinadas a la administración de justicia.
- Intentaron reparar los fallos del sistema judicial.

Así, la **competencia del Rey** se extiende a los siguientes casos:

- Resolver las controversias que se suscitaban entre los vasallos a quienes se les había atribuido una porción de las tierras originariamente, es decir, entre los primeros propietarios de tierra, que se llamaron ***tenants in chief***.
- Su competencia se extendía a todos los casos en los que la paz del reino estaba en peligro.
- Tenían competencias ilimitadas para resolver en aquellos casos en los que la justicia ordinaria no funcionaba normalmente, o había fracasado. Pero esta competencia era excepcional.

Y esta última competencia es la que marca toda la historia del *Common Law*, ya que es a partir de estas, desde donde se va a desarrollar el *Common Law*.

En un momento histórico posterior, los órganos judiciales tradicionales cayeron en desuso, y quedó como única forma de resolver cuestiones jurídicas, el acudir a la justicia real; y así esta se convirtió en un modo normal de administrar justicia aunque había nacido como excepcional.

8.1.2 Los tribunales de Westminster

En un principio, impartían justicia los **tribunales del condado**, que estaban dirigidos por los terratenientes, y continuaron así durante cierto tiempo.

Posteriormente, **cuando se instauró el sistema feudal**, en virtud de la invasión normanda, aparecieron otro tipo de tribunales dirigidos por los señores feudales y que se llamaron ***manorial courts***; estos intentaron sustituir a los anteriores tribunales del condado; y en un principio sólo tenían competencia para resolver litigios relativos a la tierra otorgados por concesión feudal.

Pero acabaron extendiendo su jurisdicción a una serie de litigios cada vez más numerosos e importantes.

La conquista normanda en un principio no alteró en nada esta situación, pero lentamente fue concentrándose la jurisdicción en una serie de tribunales que dependían del Rey, que eran los tribunales reales y que se llamaron ***curia regis***.

Éstos, poco a poco, lograron atraer hacia sí todos los asuntos que antes eran competencia de los tribunales locales. Y así, estos tribunales reales fueron creando una estructura reuniéndose en sesión plenaria y en ocasiones especiales.

Esta estructura los dividía en **tres grandes ramas**:

- La primera era la que derivaba del **Ministerio de Hacienda**, y tenía competencias fiscales y financieras.
- La segunda rama era el **Tribunal de causas comunes**, que se llamó, ***Court of Common Pleas***, que estaba formado por cinco miembros nombrados por el Rey, y que tenían competencia en las causas ordinarias.

Este Tribunal además, en el año 1215, se instaló en Westminster y de ahí tomaron su nombre estos tribunales.

- La tercera rama era el Tribunal que resuelve de las cuestiones más importantes que estaba formado por cinco hombres sabios que formaban parte del **Tribunal Real**, y que disponían de poder discrecional.

Este Tribunal tuvo un procedimiento distinto y se denominó *Court of Common Pleas*.

8.1.3 La centralización de la justicia

Lentamente el poder jurisdiccional se fue centralizando en manos del Rey.

El primer paso fue la sustitución de la persona que desde antiguo administraba justicia, que se llamaba el **alderman**, por la figura del **sheriff**; que era un personaje sobre el cual los reyes desde la conquista normanda desviaron su influencia.

Así utilizaban al *sheriff* en su propio beneficio aunque le limitaban en su poder al tener éste sólo un año de mandato.

Así, el *sheriff* representaba al Rey y, en su nombre, ejecutaba la justicia en los diferentes distritos.

Por otra parte, existían también **jueces itinerantes** (no tenían una sede), que no eran órganos descentralizados, sino que formaban parte de los tribunales reales.

Estos jueces se mandaban por todo el país, ya en época de Guillermo el Conquistador, en su origen tenían competencia en causas civiles y penales limitadas.

Pero lentamente se fueron habilitando para conocer litigios que eran competencia de los tribunales locales.

Éstos tribunales itinerantes gozaron de gran prestigio e importancia durante los **siglos XIII y XIV**; pero tan pronto se quiso organizar la jurisdicción central perdieron sus competencias a favor del Tribunal de causas comunes (*Court of Common Pleas*) y del Tribunal del banco del Rey (*Court of Common Pleas*).

8.2 El sistema de los writs

Es un sistema que **permitió la implantación de la jurisdicción real** y todo ello en perjuicio de los tribunales locales.

El *writ* aparecía redactado en un pergamino en el que se economizaban las palabras, es decir, aparecían escritas de forma telegráfica y utilizando unas fórmulas preestablecidas.

Podían tener **dos grandes formas según el encabezamiento**: la primera forma, es un orden que el rey daba al *sheriff* local ordenándole que obligara a una persona a que ejecutara una determinada acción y si esta persona se negaba debía acudir a los tribunales de Westminster a explicar y justificar su omisión. La segunda modalidad, era que el rey se dirigía a un determinado señor local ordenándoles impartir justicia en un determinado caso.

El sistema de los *writs* se convirtió en un verdadero instrumento para iniciar la actuación de los tribunales porque, en definitiva, **se acabó simplificando el procedimiento fingiéndose directamente que el demandado no cumplía una orden del rey y por tanto debía acudir a los tribunales de justicia**.

Pero, no era el propio rey el que redactaba los *writs* sino que tenía una oficina a su cargo, la cancillería que los redactaba y cobraba por su emisión; y de ahí que se convirtieran en rutinarios y además era una forma de recaudar fondos.

El **demandante, para acudir a los tribunales debía procurarse primero un writ adecuado al caso** porque era el único modo de iniciar un litigio, es decir, en el *writ* se fingía el incumplimiento del demandado; y por medio de este *writ* se convertían los tribunales en competentes.

Además como para la obtención del *writ* se pagaba una cantidad se convirtió rápidamente en una forma de abastecimiento de la cancillería y por tanto se hizo habitual la compra del *writs*.

Para iniciar el procedimiento había que conocer cuales eran los *writs* disponibles y así fueron apareciendo registros de los mismos porque su conocimiento era imprescindible para las partes en el litigio y para los abogados.

Hubo también una **obra jurídica** que recogía todos los problemas que podían plantear esos *writs*; la primera y más importante fue de **Ranult Glanvill**.

En consecuencia, toda la problemática del derecho inglés está centrada alrededor del sistema de los *writs*.

A lo largo de la historia, fue aumentando el número de estos *writs* sobre todo porque el rey y la cancillería estaban interesados en ellos. En los años (1218–1258) el número de *writs* pasó de 50 a 500 pero este sistema generó el descontento de los señores locales que vieron que se les escapaba la administración de justicia, y además una fuente de ingresos.

La **consecuencia** de todo este sistema es que **los reyes ingleses durante los siglos XII y XIII fueron los únicos que legislaron en materia de derecho privado** porque conceder un *writ* era precisamente conceder derecho, deberes; y eso precisamente es lo que es legislar en materia de derecho privado por eso **se puede equiparar la concesión de writs con la actividad legislativa en materia de derecho privado**.

Pero esta legislación fue muy escasa y de pésima calidad y sobre todo sin estructuras y además aparecían numerosas lagunas que debían colmarse por los tribunales.

Por eso se puede decir que **el sistema del Common Law en un principio ya era un sistema de derecho positivo**, no como el derecho continental que fue el resultado de la nueva aplicación del derecho romano y por tanto ideal y académico. Pero en el año **1258** el rey **Enrique III** puso un **límite a la creación de los writs**, es decir, impuso una prohibición a la cancillería real para crear nuevos *writs*.

Sin embargo, en 1285 se volvió a ampliar ese poder porque aumentó el poder real, en consecuencia se permitía a la cancillería seguir expidiendo los *writs* ya existentes y además crear otros nuevos pero a condición de que fuesen para casos análogos a los que ya se habían producido antes de 1258. Siempre y cuando en este caso la solución fuese la misma.

Esto produjo como efecto que a partir de entonces el *Common Law* se desarrolló mediante los *writs* ya existentes hasta el año **1873** en que se promulgó una ley que se llamó de judicatura **Judicature Act**.

A partir de esa ley se fusionaron las jurisdicciones y no fue necesario ya el sistema de los *writs*.

Pero, mientras el sistema de los *writs* se fue cerrando y se fue creando un sistema muy técnico y muy formal, y en este punto se ve la diferencia de un jurista inglés frente a un jurista del continente; así quien quería actuar ante los tribunales de justicia ingleses sólo podían invocar una acción precisa y utilizan exactamente los términos de una fórmula preestablecida.

La consecuencia es que **ninguna de las dos partes en litigio acudía al tribunal personalmente**, sino que tenían que ser asistidos por consejeros porque el manejo de los sistemas jurídicos requería personas expertas en la técnica jurídica.

Por eso los juristas ingleses eran muy distintos a los juristas del continente, es decir, tenían más prestigio si conocían los secretos y el formalismo del procedimiento y no por saber derecho sustantivo.

Mediante los writs se consiguió, la expansión de los tribunales reales y por tanto la disminución de los tribunales locales.

La importancia de la persona del rey en la jurisdicción se fundamentaba en tres grandes bases:

- Como jefe feudal supremo podía resolver los litigios entre los **tenants in chiet**
- Como rey de Inglaterra, podía juzgar todas las **cuestiones relativas a la corona**. Por ejemplo: cuando la paz del reino se viera perturbada.
- Como cima del **poder feudal** estaba por encima de los tribunales inferiores y por lo tanto, el que no hubiese podido obtener una justicia adecuada a su caso concreto podía acudir al rey, es decir, si un señor local concreto no otorgaba justicia, la persona afectada podía apelar ante el rey. Los litigios empezaban en primera instancia ante el tribunal local y el rey para intervenir en los tribunales inferiores utilizaba los *writs* de modo que se dirigía al *sheriff* local ordenándoles que impartieran justicia en un caso concreto del cual habían solicitado ayuda del rey. Este *writ* en un principio era excepcional pero luego se convirtió en el modo normal de actuar en la justicia a cambio de una suma de dinero.

8.3 La Equity

El Common Law fue el derecho inglés que se formó y se desarrolló en Inglaterra en los tribunales de Wenstmister.

Pero además de este existió la Equity que era una parte del derecho inglés que se desarrollaba ante el tribunal de la cancillería y que se hizo cada vez más amplio, hasta llegar a oponerse al Common Law.

La *Equity* era tres siglos más tardía que el *Common Law*. Su origen era parecido al que más tarde se incorporó.

En un principio **los writs había determinados supuestos que no cubrían**, así una persona cuyos derechos no se vieron protegidos podía acudir al rey para que éste administrase justicia por su gracia y calidad, a ello se debe añadir que por medio de una ley se había acordado revisar los casos que no entraban en los *writs* ya existentes al Parlamento; y entonces el Parlamento decidía si la cuestión la resolvía por los medios que ya existían la jurisdicción normal o podía decidir el parlamento que se presentase ante la jurisdicción de la cancillería del rey que era una especie de consejo real.

El **canciller** que presidía esa cancillería era considerado el guardián de la cancillería del rey y era la persona más idónea para esta tarea, era un alto jefe eclesiástico que resolvía conforme le parecía equitativo, es decir, según la equidad; además como era el presidente de la cancillería y del consejo del rey era fácilmente asequible y tenía a su servicio una oficina, la cancillería, formada por clérigos expertos en el trabajo judicial.

En un principio, el Common Law y la Equity no tenían grandes diferencias; primero, porque la *Equity*, en muchos casos, complementaba lo que había dispuesto el *Common Law*; y en segundo lugar, las resoluciones de la *Equity* en muchos casos venían precedidas por otros principios del *Common Law*.

Pero, lentamente, **se fue produciendo una fractura** entre los tribunales del *Common Law* y la *Equity*, **hacia el siglo XV**; en ese momento se comenzó a definir la diferencia de la **Equity como tribunal de la conciencia**, ya que el canciller era el guardador de la conciencia del rey.

Así, por lo tanto, la *Equity* no pretendía sólo hacer justicia en un momento dado; sino también purificar la conciencia del demandado.

El juicio comenzaba ante la *Equity*, mediante un **bill**; que era muy diferente a los *writs* del *Common Law*.

Mediante un bill se iniciaba el juicio, y el canciller lo enviaba junto con una nota añadida al demandado con la citación para comparecer en un lugar y momento determinado; con la citación para comparecer en un lugar y momento determinado, y si no lo hace se le impondrá una determinada pena, una suma de dinero.

Este *bill* no tenía nada que ver con el *writs* del *Common Law*, sobretodo porque **no había que expresar en él ni el motivo ni el contenido de la demanda**.

Esto implica: primero, que el denunciante obtenía una ventaja, ya que su demanda no podía ser rechazada por su contenido, es decir, era más seguro para el demandante porque no estaba vinculado por el contenido del *bill*; y en segundo lugar, era más perjudicial para el demandado porque, al no conocer el contenido de la demanda no podía ejercitar correctamente su defensa.

Posteriormente, si la persona demandada se negaba a comparecer, el canciller podía ordenar su arresto o el embargo de sus bienes.

Así, mediante el *bill*, en la *Equity*, se **fueron aumentando las clases de acciones que se podían interponer ante la justicia**; porque en el sistema del *Common Law*, desde el siglo XIII se habían agrupado los tipos de acciones en dos grandes clases: la primera las que perseguían la restitución de unas tierras de las que el demandante había sido privado ilícitamente; y en segundo lugar, las que pretendían el resarcimiento de daños.

Así, por ejemplo, cuando se perseguía el cumplimiento de un acuerdo, lo que se pedía era el cumplimiento en especie; y esta acción no cabía ante el *Common Law*.

El **objetivo de la Equity** era **realizar la justicia en su sustancia**, es decir, pretendía eliminar todos los obstáculos que fueran provenientes de las formas.

En consecuencia, comenzó a haber un **conflicto** entre cuándo se acudía a un tribunal del *Common Law*, y cuándo a un tribunal de la *Equity*.

Y el conflicto más flagrante estalló en el siglo XVII, donde se enfrentaron: por un lado, las **fuerzas conservadoras y absolutistas de la monarquía**, que se apoyaban en los tribunales que le eran fieles y en cabeza de los cuales estaba el tribunal de la cancillería (*Court of Chancery*), que aplicaba la equidad y el Derecho romano; y por otro lado, estaban las fuerzas parlamentarias (el **Parlamento**), que se habían aliado con los tribunales del *Common Law*.

El conflicto, en principio, pareció zanjado, cuando en el año **1616** el **Rey Jacobo I** estableció la superioridad de la *Equity* en caso de conflicto.

Pero, la **Equity** por su parte, sufrió la misma **evolución**, y la misma cristalización que el sistema del *Common Law*; incluso se acentuaron aún más sus **defectos**:

- Primero, la *Equity* resolvía en un **único tribunal**, el *Court of Chancery*.
- Segundo, este tribunal casi **no tenía posibilidades de desarrollarse**, ya que la masa de trabajo a la que tenía que hacer frente era muy amplia, y siempre creciente.
- Y por último, la **doctrina del precedente** que es aplicaba en el *Common Law*, se acabó aplicando también en el tribunal de la *Equity*; y esto, por lo tanto, fue perdiendo su carácter de tribunal de conciencia.

8.4 El Judicature Act

EL conflicto entre el *Common Law* y la *Equity*, quedó finalmente zanjado en el año **1873** con la **Ley de judicatura o Judicature Act**; porque se fusionaron las dos jurisdicciones en una única.

Así dejó de haber dos jurisdicciones paralelas, y esta ley abolió todos los tribunales centrales y estableció un **único tribunal supremo de judicatura** (*Supreme Court of Judicature*); a su vez éste está **compuesto por un Tribunal superior de justicia** (*High Court of Justice*) y un **Tribunal de apelaciones** (*Court of Appeal*).

El **Tribunal superior de justicia**, en un principio tenía cinco divisiones; que más tarde en el año 1880, mediante una ley, se reunieron en **tres divisiones** que son:

- **Queen's Bench Division** (División del Banco de la Reina); que era heredada de los tribunales del *Common Law*, ahí confluían todos.
- **Chancery Division** (División de la cancillería); que aglutinaba los tribunales de la *Equity*.
- **Family Division** (División familiar); llevaba cuestiones relativas al Derecho de familia.

Otra consecuencia de la reforma, de esta ley de judicatura, fue que se suprimieron todos los diferentes *writs* que había, y se reunieron todos en **un único writ** mediante el cual se iniciaba el procedimiento, y que además tenía múltiples ventajas como, por ejemplo, no hacer depender el litigio de alguna cuestión formal.

8.5 Aspectos del *Common Law* en Inglaterra

8.5.1 Los abogados

El **sistema jurisdiccional** que se ponía en marcha por medio de los *writs*, resultaba **muy complejo**, de modo que las partes no podían acudir personalmente al litigio; sino que necesitaban a alguien que los representase.

En un principio, en el **siglo XIII**, se hizo corriente la figura del **attorney**, que era el representante de una de las partes en el proceso, pero no era un técnico del Derecho.

Luego también existió otra figura, que era el **narrator**; que también se hizo corriente en la misma época, y que se encargaba de narrar los hechos ante el tribunal para conseguir que el juez resolviese de forma más favorable a favor de la persona que representaba.

Así, a finales del siglo XIII, estas dos figuras se convirtieron en auténticas profesiones, de modo que **el problema que se planteaba era su formación** y su preparación.

A este respecto, hubo una ordenanza de un rey, en el año **1292** dirigida a los jueces, para que eligiesen entre los estudiantes a los más brillante y a quienes se consideraban los más aptos para ejercer la profesión ante los tribunales.

La ordenanza llamaba a estos estudiantes **aprendices**, de modo que así se ponía en evidencia que el modo de formarse para la profesión era trabajar junto a un profesional, es decir, aprender la práctica de un jurista ya experimentado; y todo ello bajo el control de un tribunal.

Así, se creó una **exclusividad en torno a la profesión** de abogado; todo ello tuvo como consecuencia:

- Primero, que la enseñanza del Derecho en las escuelas y universidades quedó desprestigiada.
- Segundo, que se cerraran las puertas de Derecho romano; porque era en las universidades donde se estudiaba.

Comenzaron a formarse unas **escuelas jurídicas** que se llamaron **Inns of Court**, que eran centros de reunión y de vida comunitaria; donde recibían instrucción completa quienes querían ejercer la profesión de abogado, igual que en la universidad.

Los *Inns of Court* estaban organizados de forma comunitaria, imitando las corporaciones medievales: en la

cúspide estaban las personas más sabios y experimentadas que formaban el cuerpo de los dirigentes, los **benchers**.

La enseñanza, propiamente dicha, recaía sobre los **readers**, que eran el siguiente escalón; e inmediatamente por debajo de ellos estaban los **barristers**, que eran los que podían tomar parte en los litigios, que se simulaban en estas escuelas para hacer prácticas, y con finalidad didáctica.

En el último escalón estaban los **estudiantes**.

La profesión jurídica continuó desarrollándose hasta que, en el **siglo XVII**, concluyó su proceso de transformación estableciéndose la existencia de dos grandes formas de ejercer la profesión; que eran las **barristers** y los **solicitors**.

Los **solicitors** se formaban en una escuela llamada **Law Society**. Para llegar a ser un *solicitor* se debe trabajar durante cinco años en el despacho de un *solicitor*, y se debe pasar una serie de exámenes en alguna de las escuelas admitidas por la *Law Society*.

La **función** de estos *solicitors* era **tener contactos con el cliente**, pero no ir a los tribunales.

Los **barristers** en cambio, tenían que ser admitidos en la orden de los *barristers* para ejercerla profesión. Su formación se hacía en los antiguos **Inns of Court**; y su nombre proviene del hecho de que estaban autorizados a traspasar una barra imaginaria que separaba al juez del acusado y del público.

Esos **ejercen toda su actividad dentro de los tribunales**, y no tienen contactos con los clientes, sino sólo por medio del *solicitor* de estos.

8.5.2 Los jueces

Los **jueces** en el sistema del *Common Law*.

Durante el siglo XIII los tribunales reales fueron cambiando, y la figura del juez fue transformándose para convertirse en creador del *Common Law*, en consecuencia se hizo muy importante la formación y la selección de estos jueces.

En un principio se elegía entre las personas que rodeaban al rey, pero lentamente se fueron admitiendo también una serie de jueces laicos. Era muy característico que los jueces tuvieran contacto en las partes que intervenían en el proceso. Y esto tenía como consecuencias:

1ª **Hacer que los jueces se fijaran más en sus disertaciones** ya que tenía que explicar en ellas a las partes sus razonamientos.

2º **Las partes en el proceso vigilaban de este modo que las resoluciones de los jueces fueran coherentes**, y que no tuvieran resoluciones arbitrarias.

Además **los jueces y los abogados convivían** desde el principio, ya desde su formación **en las escuelas Inns of Court**. Finalmente lo que surgió una casta reducida de jueces pero no por proceder de una determinada clase social, sino porque formaban un grupo selecto de técnicos que entendían del procedimiento. Además tenían una **especial formación cultural**, y esto hizo que pudieran hacer frente a cualquier intromisión del rey en los asuntos de administración de justicia.

8.5.3 La literatura jurídica

Las fuentes más antiguas de la literatura jurídica son una colección de **leyes procedentes de la época de Enrique I**; y que fueron importantes porque eran unas guías para orientarse en el procedimiento y también dentro del laberinto de leyes que existían hasta el momento.

Más adelante en el reinado de **Enrique II** surgirá un nuevo tipo de literatura jurídica que se centra más en el trabajo de los tribunales y en la práctica.

El más importante es el de **Glanvill**, porque se fijó en un método que luego siguió toda la literatura jurídica durante siglos. El método consistió en conectar los *writs* de la época y añadirles comentarios e introducciones.

A partir del **siglo XIII** fue muy corriente la redacción de unas **actas**, en las que se reflejaba el funcionamiento del tribunal. Pero luego se fueron anotando en la redacción y los comentarios que les daban los juristas que habían tomado parte en el proceso. Así al principio estas actas, que únicamente tenían valor administrativo, cambiaron su función y se convirtieron en objeto de estudio.

A **finales del siglo XIII** apareció una obra fundamental de **Henry Bracton** que tenía dos partes diferentes:

- La primera era una amplia introducción de carácter explicativo.
- La segunda, era una serie de pequeños tratados que eran una especie de prolongación de la obra de Glanvill. Cada uno de los tratados hacía referencia a un tipo de acción pero también contenían una novedad en el sentido de que exponían pormenorizados cada uno de los casos. Por esto se convirtió en el modo normal y corriente de exponer el Derecho en Inglaterra. Sin embargo, este sistema de Bracton no llegaba a ser *Case law* sino lo que hacía era recoger unos principios jurídicos y exponerlos a través de casos que él consideraba especialmente relevantes; generalmente por el prestigio del juez que los había formulado. Sin embargo, estos principios podían aparecer alterados más adelante si resultaban anticuados o se resolvía de forma contraria y se motivaba.

La obra de Bracton también fue muy importante por otros motivos, y el principal motivo es que intentó sobrepasar el tecnicismo de los casos individuales e **intentó hacer una exposición general de las normas jurídicas**, incluyendo ciertas normas del Derecho extranjero además del Derecho Romano.

Esta obra fue además muy influyente en la literatura jurídica y ello provocó la aparición de los **year book** (anuales). Estos eran anotaciones de diferentes casos hechos por prácticas y estudiantes, que lo que **pretendían era poner al día los anuales que usaban**, y estos anuarios, iban tomando diferente forma según el contenido.

Así por ejemplo, los más antiguos que exponían las normas de procedimiento, estaban ordenadas por temas; sin embargo, los más recientes estaban ordenados cronológicamente.

Estos anuarios son a su vez el origen de las **law reports**. Éstos son **colecciones de casos que recogen los precedentes y que resultan vinculantes a la hora de resolver cosas posteriores**, porque en Inglaterra rige el **principio** que se llamó **stare decisis** que quería decir, que la decisión anterior debía tenerse en cuenta por el juez posterior.

Así estos *law reports* fueron recopilaciones de distintos casos pero **ordenados sistemáticamente por materias**. Y la autoridad de cada uno de los casos dependía de quién era su autor. Aunque no todos resultaron auténticos.

Los más famosos, fueron los de **Coke** que recogió una serie de casos que habían sido llevados ante su propio tribunal, y su obra es una primera sistematización histórica a cerca de los principios del *Common law*.

Luego en los *report* posteriores se empezó obligatoriamente a distinguir las distintas fases de los casos

llevados a los tribunales, así tenía que quedar bien clara la exposición, argumentación y la decisión sobre los hechos.

También se comenzó a autenticar cada uno de los casos por los jueces ante los que se habría celebrado; y en **1865** se inauguró una **colección oficial de estos report**.

Pero la obra fundamental de la literatura jurídica inglesa fue la de **Blackstone** que escribió una serie de **comentarios a las leyes inglesas** *Commentaries on the law on England*.

A partir de ahí **comenzó una nueva fase de la literatura jurídica inglesa entre 1723 y 1780**.

Estos comentarios de Blackstone contenían bastantes **novedades**:

- La primera que fue la **primera obra de Derecho inglés escrita por un profesor**; porque Blackstone obtuvo la primera cátedra del derecho inglés en Oxford en 1753.
- La segunda novedad fue que, por primera vez, una obra jurídica no estaba dirigida a los juristas formados fuera de las universidades, sino que **estaba dirigida a las personas que querían prepararse y formarse en las universidades**.
- La tercera novedad, es que la obra **estaba escrita para los destinatarios del Derecho**, no para los agentes de la justicia que eran los que tomaban parte en la administración de Justicia; por eso contenía una exposición del Derecho sustantivo, prescindiendo del derecho procesal.

A partir de ahí hubo un cambio de perspectiva en la literatura jurídica del *Common Law*, ya que antes de Blackstone lo que había eran comentarios de los casos ordenados y aumentados y en ellos las decisiones se intentaban coordinar para ofrecer respuestas a los prácticos del Derecho.

Así Blackstone se situó en otra posición porque **pretendía**:

- Primero **encontrar un criterio para clasificar todos los hechos de la vida**, bajo la óptica jurídica.
- En segundo lugar, **mostrar que el Derecho inglés era una disciplina exacta y sensata**.
- En tercer lugar **pretendió sistematizar las reglas jurídicas vigentes**.
- Y por último; usó las reglas del Derecho natural, aunque no con mucho rigor, porque el Derecho natural reducía todos los hechos sociales a una serie de principios fundamentales.

Así nacieron en el *Common Law* las primeras clasificaciones y que persisten hasta hoy. Por ejemplo; el concepto de daño ilícito (*torts*), la noción de contrato (*contract*)

En consecuencia el *Common Law* consiguió rebasar el ámbito procesal y establecer así un conjunto, comprensible de Derechos y deberes.

Por ello fue decisiva la obra de Blackstone:

- Primero, porque puso de manifiesto que el Derecho inglés **se podía exponer en una serie de manuales o tratados organizados** y así se hizo a partir de entonces.

Aparecieron una serie de tratados didácticos en el siglo pasado que han sido constantemente revisados y actualizados.

- En segundo lugar, **la obra de Blackstone hizo de la ciencia jurídica inglesa una ciencia exportable**; por ejemplo a los EEUU, donde se importó el *Common Law* gracias a los comentarios de Blackstone. Su obra en los EEUU tuvo un éxito enorme.

La primera edición se hizo en 1771 y 1772, aunque ya antes se había importado una serie de copias desde Inglaterra. Y posteriormente se hicieron innumerables ediciones con comentarios y adaptaciones al Derecho de los distintos estados americanos; como por ejemplo Virginia y Pennsylvania.

8.5.4 El Derecho inglés y el Derecho romano

En un principio, el Derecho inglés aparece como un Derecho jurisprudencial autóctono inmunizado frente a influencias extranjeras y en especial frente al derecho romano; pero esto no es cierto, porque **no se puede negar que el Derecho inglés también tuvo influencias del Derecho romano.**

El primer contacto con el Derecho romano tuvo lugar con la predicación del cristianismo por medio de los mojes benedictinos, que habían entrado en Inglaterra siguiendo a Guillermo el conquistador.

Las primeras influencias del Derecho romano se debieron:

- En primer lugar, a través del glosador **Vauccarios**, que en el año 1139 obtuvo la cátedra de Derecho Romano en la universidad de Oxford. Aunque esta enseñanza fue posteriormente prohibida.
- En segundo lugar, fue la obra de **Glanvill** que tenía **terminología romanista** y también la otra de **Blackstone**. Después del éxito de estas obras la influencia del derecho romano sufrió una regresión hasta llegar al siglo XVI, donde volvió a retomar su auge.

Mientras, también en la Europa continental, sobre todo después de la recepción del Derecho romano en Alemania, pero en Inglaterra el Derecho romano fue usado por algunos reyes como los Tudor, explotando la autoridad usándola en su propio beneficio.

Pero se trató de un periodo difícil en el ámbito político y al final el *Common Law* salió victorioso, porque los juristas del *Common Law* se habían aliado en el Parlamento.

Hubo varias **razones por las que el derecho romano no se recibió en Inglaterra:**

1. Hubo una formación precoz como Estado minoritario.
2. Se constituyó una clase poderosa de juristas del *Common Law*.

Sin embargo, **aunque no hubo recepción, si hubo unas aportaciones e influencias del Derecho romano y del *ius commune* en el *Common Law*.**

- En el periodo de formación del *Common Law* **se acogieron las ideas políticas que provenían del continente.**
- La rama del *Common Law* que fue **la *Equity***, estaba **inspirada en los principios románicos canónicos.**
- El Derecho mercantil y el Derecho marítimo que había nacido del *Common Law*, en realidad lo que se produjo fue una **transfusión de unos principios que se habían formado en el derecho común europeo al Derecho inglés.**
- **La escuela del Derecho natural**, cuyo jefe fue **Grocio** transmitía concepciones romanistas y tuvo un gran éxito en Inglaterra.
- **Muchos jueces y prácticos del *Common Law* empezaron a recoger principios del continente para dar soluciones en el sistema del *Common Law*.**

Pero todas estas características no llegan a ser una recepción del Derecho romano, sino que en realidad lo que existía era una comunidad de vida en todo el occidente de modo que las ideas circulaban por igual también en Europa como en Inglaterra.

Sin embargo, en el ámbito jurídico se deben adaptar los principios a la situación social de cada país.

Así, **los juristas ingleses lo que hicieron fue recoger de las normas continentales aquello que les facilitaba la resolución de sus problemas.**

TEMA 9: Los dos grandes sistemas jurídicos

9.1 Dos tradiciones jurídicas

Las **dos grandes tradiciones jurídicas** que existen son el **sistema del ámbito anglosajón**, que es el **Common Law** y el **sistema de la Europa continental**, la **Civil Law**.

Ambos sistemas jurídicos, se expandieron más allá del ámbito geográfico en el que nacieron y por eso podemos hallar **familias jurídicas**, que serán por un lado del **Common Law** y por otro la **romanista**.

La del Common Law abarca todo el Derecho inglés, todo el Derecho de los Estados Unidos salvo Louisiana; y todo Canadá salvo Québec; y en toda Australia y Nueva Zelanda. Además aparece el **Common Law** como un sistema mixto en África del sur, Israel y La India.

Las diferencias entre ambas familias tienen su origen en una fractura histórica, porque en un momento dado el ámbito inglés se separa del Derecho romano y de toda la cultura jurídica del continente; sobre todo, porque Inglaterra rechazó la recepción del Derecho romano.

A partir de ahí se desarrollaron las **características propias de cada familia**:

- Es que **el Derecho inglés es casuístico**, es el primer **Derecho de la práctica** (*Case Law*), mientras que **el Derecho continental es una ciencia estudiada por profesores y científicos**.
- **El Derecho inglés se formaba por medio de la actividad de los jueces**, mientras que **el Derecho continental era una ciencia concreta y empírica**.
- **El Derecho continental estaba codificado mientras que el Common Law no**.

Estas diferencias han provocado que tradicionalmente se vieran estos sistemas muy diferentes; pero esta concepción hay que revisarla.

No se puede decir que el Derecho inglés sea exclusivamente un Derecho jurisprudencial y de la práctica, porque hay en Inglaterra y Estados Unidos, un número cada vez mayor de leyes que proceden del Congreso; y también del poder administrativo.

Por eso se puede decir, que **el legislador también es fuente importante del Derecho**, que además a su vez opera en conceptos y principios, que vienen del continente.

Por otra parte, el modelo del **Common Law** ha tenido un gran éxito en Francia también después de la codificación de 1804. A partir de ahí, la ciencia jurídica francesa también empezó a tener en cuenta y a formarse a través de las resoluciones de los tribunales; y esto no quiere decir que el Derecho francés haya dejado de ser romanista, pero el efecto que produce es acercar al jurista francés más a la posición de un jurista del **Common Law** que a la de un jurista romanista, y finalmente los códigos en los países del continente han dejado de ser obras que contienen todo el derecho existente; sino que cada vez aparecen más leyes particulares que regulan ámbitos del Derecho que no estaban regulados con anterioridad. Por ejemplo: normas que protegen a los consumidores, una ley de firma electrónica...

9.2 Case Law y dogmática

El sistema jurídico del Common Law consistió en que los juristas fueron ampliando y rejuveneciendo una serie de writs, que ya se habían creado durante los años 1200 a 1258, a partir de ahí siguieron aplicando esos mismos writs a la resolución de todo tipo de cuestiones procesales. Así el jurista inglés siempre aparece ligado al proceso ya que su formación es muy relevante en el ámbito judicial sobre todo para defender los intereses de las partes. Sin embargo en el continente los juristas que provienen de la tradición romanista también eran prácticos, pero se situaban frente a los casos de una manera imparcial porque lo que se quería realmente era hacer justicia y que prevaleciera esta por encima de los intereses de las partes y este método se llamó dogmático, sobre todo también porque era un método para crear normas y conceptos del derecho, por otra parte eran juristas sistemáticos porque creían que el derecho estaba dotado de una coherencia y estaba además interrelacionado en todos sus conceptos. Así estos juristas romanos y sus sucesores lograron atribuir una gran autoridad al Corpus Iuris Civilis, porque lo consideraban el auténtico derecho. De esta manera se logró crear un sistema jurídico unitario coherente e independiente. Finalmente la Escuela Histórica recogió este método de los juristas romanos y creó así un sistema de derecho válido para cualquier época, en consecuencia este método dogmático se convirtió en el método de todos los países donde el Derecho Romano había penetrado salvo Francia. En Francia, los juristas formaron un método sólido durante todo el siglo XIX porque aplicaron literalmente su código y así se consideraban que los tribunales eran intérpretes de este código y esta es la misma situación que en el método del Common Law porque el contenido del código civil francés resultaba interpretado por los órganos judiciales de una forma que acercaba este método más al Common Law que al sistema romanista y además aunque en Francia ha habido también muchos autores y estudiosos muy relevantes sin embargo nunca ha llegado al extremo del Método dogmático, incluso hay en Francia una norma que prohíbe a los jueces citar a juristas relevantes en las sentencias, en consecuencia se reduce la autoridad de los estudiosos del derecho, mientras que en Alemania se recurre a ellos para fundamentar las resoluciones judiciales.

Se puede decir que en Francia los jueces crean normas mientras que en Alemania y en el resto del continente las normas las crean los estudiosos del derecho y las autoridades públicas junto con ellos.

9.3 Familia romano germánica: fuentes del Derecho: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

9.3.1 La ley

La ley es la fuente principal y exclusiva en la rama romano-germánica. La ley de rango superior es la que emana del Parlamento, se trata por lo tanto de una rama fundamental del derecho escrito, los juristas lo que hacen es interpretar estas leyes para aplicarlas porque por lo tanto había de respetarse también la voluntad del legislador. Habrá que saber que cosas y que supuestos están incluidos en la norma. Sin embargo no existe soberanía absoluta de la ley sino que es la más importante de las fuentes del derecho pero no la única, esto significa que lo primero es encontrar soluciones en las disposiciones legales porque en un principio todos los casos aparecen en las leyes. Así se puede decir que desde el siglo XIX, las bases son de la rama romano-germánica con la constitución y los códigos. Sin embargo esta superioridad de la ley produce también un afianzamiento y un progreso del derecho, porque el derecho escrito presenta muchas ventajas. La primera es que se respeta el principio democrático porque se entiende que las leyes se forman en el Parlamento que representa la voluntad del pueblo, la segunda ventaja es que los órganos públicos estatales son en este caso los que organizan la vida social, la tercera ventaja del derecho escrito es que da claridad, precisión y seguridad al derecho, en concreto al ordenamiento jurídico español, en el código civil, también establece como primera fuente la ley en el artículo 1 párrafo 1 del código civil, se establece que las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Por otra parte, dentro de la ley podemos incluir la constitución como cúspide del ordenamiento jurídico. En los países romanistas todos tienen un rango superior que las demás reglas ordinarias. Esto se manifiesta en la posibilidad de que exista un control de constitucionalidad, es diferente según el sistema jurídico de que se trate, concretamente en España el control de la constitucionalidad lo tiene el Tribunal Constitucional, que se regula en el propio título 9 de la Constitución, artículos 159 al 163. De esta manera hay 3 vías posibles para controlar la constitucionalidad de una norma. Primero cabe el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con rango de ley. En

segundo lugar cabe la cuestión de inconstitucionalidad, para el caso de que un juez al aplicar una norma tenga la duda de que si esta es constitucional o no. En este caso planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, suspendiendo entre tanto el juicio hasta la resolución del Tribunal Constitucional. Finalmente, otra el recurso de amparo mediante el cual se reclaman ante el Tribunal Constitucional las violaciones de los derechos y libertades contenidas en la Constitución. Sin embargo este sistema no se sigue en el Common Law, ya que por ejemplo en los Estados Unidos cada juez puede determinar que se considera que una norma es constitucional o no, es decir si la considera o no aplicable. Este sistema significa control difuso de la constitucionalidad.

Otro tipo de normas que se pueden entender que están incluidas dentro de un concepto amplio de ley son los reglamentos. Los reglamentos normas de rango inferior a la ley que la desarrolla y la complementan, así la ley es una norma solemne y formal, que emana del Parlamento mientras que el reglamento es una norma que desarrolla esta ley y que además emana de las autoridades administrativas así no se sobrecarga el Parlamento con la elaboración de normas de detalle ya que el reglamento siempre tiene que desarrollarse dentro del ámbito que le fija la ley.

9.3.2 La costumbre

La costumbre también aparece en el artículo 1 párrafo 1 del código civil, que dice que son fuentes del derecho. La costumbre ocupa un segundo lugar después de la ley y tiene un papel preponderante o no según el concepto de derecho que se mantenga. En primer lugar puede tener un papel preponderante si el juez, el legislador o la doctrina la tienen en cuenta. Otra segunda posibilidad, según la escuela positivista se limita absolutamente al papel de la costumbre. Así para esta corriente solo es derecho el derecho codificado y además hay que respetar lo que dice la ley, por tanto según esta concepción no hay lugar para la costumbre aunque si pueden aparecer ciertas costumbres o usos jurídicos, y por esta escuela o corriente son muy difíciles de aceptar como derecho. En tercer lugar está la postura externa Escuela Filosófica, que da a la costumbre un valor muy amplio hasta exagerarlo.

Nuestro código civil acoge una postura intermedia disponiendo en el artículo 1.3, que la costumbre regirá en defecto de la ley aplicable y siempre que no sea contraria a la ley, la moral o el orden público, y siempre que resulte probada de este modo lo que se acoge es un término medio que no lleva ni a los extremos de la Escuela Sociológica ni a los extremos de la Escuela Positivista. Así podemos considerar la costumbre como fuente del derecho como uno de los elementos que contribuyen a dar soluciones jurídicas pero de menor importancia que la ley. En consecuencia la costumbre tiene concepciones diferentes según el país de que se trate, así por ejemplo para los alemanes, al costumbre es equiparable en el rango a la ley porque en el siglo XIX, la Escuela Histórica, en cuya cabeza se encontraba Savigny defendió que el derecho era un producto del espíritu del pueblo. Por otro lado para los franceses la costumbre es una fuente insuficiente porque consideran únicamente relevante la codificación y esta es la que prevalece y es todo el derecho. En conclusión la ley tiene absoluta primacía entre las fuentes del derecho, la costumbre también es fuente pero secundaria del derecho, aunque en algunos casos puede ser relevante sobre todo en ámbitos que no tengan una ley reguladora, o también cuando interprete conceptos que existen en la ley.

Finalmente hay 3 clases de costumbres. La costumbre secundum legem, que interpreta la ley, la costumbre praeter legem, que va más allá de la ley porque no tiene una ley en la que apoyarse y ha afectado a un pequeño ámbito sin relevancia, y la costumbre contra legem que es una costumbre que nace contra los principios de la ley, está muy restringida e incluso algunos autores consideran que no existe, además los tribunales no la aplican.

9.3.3 La jurisprudencia

La **jurisprudencia** son todas las **resoluciones de los tribunales**.

En concreto, en la familia romano-germánica, la jurisprudencia se crea al interpretar y aplicar la ley, y se dice que la jurisprudencia está sometida al **imperio de la ley**; sin embargo, a la hora de interpretar y aplicar una ley, la labor de un juez no es simplemente mecánica, sino que requiere una cierta **labor creadora** y, por lo tanto, el juez en cierto modo tiene un papel más amplio que el de mero intérprete de la ley.

Sin embargo, para crear las normas está el legislador, cuyo papel en este punto es mucho más amplio que la jurisprudencia; en concreto **la jurisprudencia nunca puede emitir mandatos generales en la rama romano-germánica**.

Así, por ejemplo, el artículo 5 del Código civil francés, prohíbe a los jueces dictar normas generales y reglamentarias.

En nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia como fuente del Derecho se regula en el artículo 1 del Código civil, párrafo 6º; que dice 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.

De este artículo se deduce:

- Que **la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico**, es decir, no es una fuente del Derecho y no está en el párrafo 1º del artículo 1; lo que hace es complementar a las demás fuentes del Derecho.
- **Es jurisprudencia la del tribunal supremo**, no la de los tribunales inferiores; esto quiere decir, que los tribunales inferiores tienen como guía las pautas jurisprudenciales del tribunal supremo; y dentro del tribunal supremo sólo crean jurisprudencia las decisiones que se tomen en la sala correspondiente a la materia. Por ejemplo, la sala 1ª de lo civil, para la sala 2ª de lo penal

Además, **sólo es jurisprudencia los fundamentos que llevan a tomar una resolución, los llamados *ratio decidendi*** (la razón de decidir); no crean jurisprudencia las resoluciones que se dicten a mayor abundamiento (sin que sirvan para llegar a la resolución), las *obiter dicta*.

- En definitiva, la jurisdicción no es fuente del Derecho porque no está entre las enumeradas en el artículo 1.1, sino que es el legislador el que crea el Derecho al emitir las leyes.

La jurisdicción en el sistema del *Common Law* si que es fuente del Derecho; el *Common Law* es un Derecho jurisprudencial y cada juez, en cada resolución, se entiende que crea Derecho.

En consecuencia, **la jurisprudencia en la rama romano-germánica, sólo puede moverse dentro del ámbito que le permite el legislador**; pero además no goza de la misma autoridad que las normas jurídicas que emanan del legislador.

En el continente cada juez puede modificar su propia jurisprudencia, siempre que lo motive y lo fundamente.

Las resoluciones de otros jueces no son vinculantes para los jueces del continente.

9.4 Familia del *Common Law*: fuentes del derecho: la ley, la costumbres, el precedente, los principios jurídicos

9.4.1 La ley

El *Common Law* es un Derecho jurisprudencial y es un Derecho que resuelve por casos, y de ahí que se llame Case Law; es un Derecho que no se ha formado en las universidades, además el legislador no puede llevar a cabo en este Derecho una reforma de carácter general. Y finalmente, es un Derecho elaborado por los

tribunales; por un lado, los del *Common Law* que se instalaron en Westminster y por otro, los tribunales de la *Equity* que tenían su origen en la cancillería del rey.

La consecuencia de todo esto es que las fuentes del Derecho, en la familia del *Common Law* son totalmente distintas a las de la familia romano-germánica.

El *Common Law* es un Derecho original y con rasgos propios; en el *Common Law* la jurisprudencia es la principal fuente del Derecho. Al lado de la jurisprudencia está la ley y las disposiciones reglamentarias. **Así la jurisprudencia es la que crea el Derecho mientras que la ley es una fuente secundaria que adiciona y complementa a la jurisprudencia.**

En el sistema del *Common Law* las leyes también emanan del Parlamento y este representa la soberanía nacional y, por tanto, las leyes deben ser respetadas pero interpretadas restrictivamente.

Hoy en día, hay una mayor proliferación de las leyes en el ámbito del *Common Law*, es decir, hay una legislación muy desarrollada; pero la principal diferencia con el sistema del continente, es que **no hay códigos**; por lo tanto, no hay una ordenación del Derecho sistemático.

Así, hay mucho Derecho escrito en el sistema del *Common Law*; pero este Derecho escrito tiene mucho más peso en el continente; porque ahí se recoge la tradición, es decir, se recoge el Derecho romano cuya eficacia se probó durante siglos.

En definitiva, también en el sistema del *Common Law* la ley es muy importante, pero es un elemento extraño a la tradición jurídica inglesa que se fundamenta en la jurisprudencia. Por lo tanto, **las leyes sólo se consideran Derecho cuando los tribunales aplican efectivamente a la ley a un caso concreto.** Así, para invocar una norma en el sistema del *Common Law* no se cita la ley en la que está contenida, sino la resolución judicial donde ha sido aplicada.

En consecuencia, cada vez es más importante la legislación en el sistema del *Common Law*; y esto hace necesario que se revise, en cierto modo, el sistema de fuentes tradicionales del *Common Law*.

Así, siguen apareciendo nuevas leyes de las administraciones públicas, que se aplican a los particulares; y que también regulan las ramas tradicionales del Derecho, y esto implica novedades y modificaciones importantes en determinadas ramas que ya son tradicionales; pero también aparecen leyes en ámbitos no regulado siro el Derecho; por ejemplo ámbitos nuevos en la sociedad como es el medioambiente; y en este caso las normas no se consideran como tales hasta que no han sido interpretadas y aplicadas por la jurisprudencia.

9.4.2 La costumbre

Es una fuente de menor importancia que las otros dos, porque el Derecho inglés no es un Derecho consuetudinario.

Antes de que se desarrollara el *Common Law*, es decir, antes del año 1066 (año en que Guillermo el conquistador derrotó al rey de los anglos), si que el Derecho era todo formado por costumbres; pero a raíz de formarse el *Common Law* se fueron sustituyendo las costumbres, incluso hay una ley del año 1265 en la que se dice que para que una costumbre sea vigente tienen que existir desde tiempo inmemoriales.

Por lo tanto, parece imposible la creación de nuevas costumbres en adelante, sin embargo hay determinados ámbitos del Derecho en los que son muy importantes las costumbres, también llamados usos; así, por ejemplo, en el ámbito mercantil.

Es decir, es una rama del Derecho que se empieza a desgajar, separa, del Derecho civil, y en principio,

formada por costumbres.

Estas costumbres sólo se convierten en normas una vez se hayan aplicado por la jurisdicción. Entonces dejan de tener el carácter de costumbre y se convierten en normas jurisprudenciales; por tanto, en el sistema del *Common Law* se cabe que aparezca una costumbre y que termine siendo jurídicamente obligatoria; sobretodo cuando la jurisprudencia la aplica o cuando se recoge en una disposición legislativa.

9.4.3 El precedente

El precedente es un principio que rige en el sistema del *Common Law*.

El sistema del *Common Law* es un Derecho jurisprudencial, es decir, se crea por los jueces al resolver caso por caso.

La **regla del precedente** quiere decir que cada juez, al resolver una cuestión, debe tener en cuenta las resoluciones que han tomado con anterioridad otros jueces sobre la misma materia. Así, según este principio, los jueces están vinculados a las resoluciones que dan otros jueces, como si fueran normas jurídicas.

Esto no es así en la **rama romano-germánica**; en esta rama la principal fuente del Derecho es la ley, y los jueces lo que tienen que hacer es interpretar y aplicar esta ley.

Por lo tanto, **la jurisprudencia no crea normas en el continente**; es por tanto una fuente secundaria del Derecho.

En cierto modo, las resoluciones en el continente si tienen cierta autoridad, pero únicamente sirven de guía para que los jueces sepan cómo se resuelve normalmente una cuestión; pero no están vinculados a ella, es decir, pueden cambiar su criterio siere y cuando lo fundamenten.

El precedente en el sistema del *Common Law* debe verse insertado dentro de una organización judicial. En Inglaterra existe una única jurisdicción desde que la ley de judicatura (*Judicature Act*), en el año 1873, unificó las jurisdicciones que provenían del *Common Law* y de la *Equity*.

Esta ley también creó un **Tribunal Supremo de Judicatura** (*Supreme Court of Justice*); y este Tribunal Supremo de Judicatura estaba compuesto de dos grandes órganos: el **Tribunal Superior de Justicia** (*High Court of Justice*) y el **Tribunal de Apelaciones** (*Court of Appeal*).

El escalón inferior del Tribunal Supremo de Judicatura, es el Tribunal Superior de Justicia, y dentro de este Tribunal recaen resoluciones que vinculen los tribunales inferiores y también vinculan a las resoluciones de sus propias divisiones.

El segundo escalón es el *Court of Appeal*; las decisiones de éste también vinculan a los órganos inferiores, incluidos el *High Court of Justice*, y también a sí mismo.

Finalmente, por encima está la **Cámara de los Loores** (*House of Lords*). Las resoluciones de esta Cámara de los Loores son precedentes obligatorios para todos los tribunales, **vinculan a todas las jurisdicciones**.

Así, se puede decir que los precedentes realmente vinculantes proceden de la cúpula de la organización jurisdiccional.

Las resoluciones de los tribunales inferiores son, en cierto modo, vinculantes; porque tiene carácter persuasorio y sirven de guía a los demás jueces; peor no son tan obligatorios como los de los tribunales superiores.

9.4.4 Los principios jurídicos

En la rama romano-germánica, las normas son generales y el ordenamiento jurídico es completo y cerrado. Por eso, el **recurrir a los principios generales no es muy frecuente**, porque se considera que estos sólo integran el ordenamiento jurídico, que ya de por sí es cerrado y completo.

Sin embargo, en el **sistema del Common Law**, que es jurisprudencial, se resuelve caso por caso y no hay una norma general que englobe todos los supuestos, es decir, no hay normas precisas que guíen siempre el camino para una solución adecuada. En consecuencia, en el *Common Law*, **es la razón la que llena las lagunas**; y la razón crea unos principios generales que suplen esa falta de normas en el *Common Law*.

Sin embargo, el *Common Law* evoluciona en el sentido de que cada vez hay leyes más precisas y, por lo tanto, cada vez menos se recurre a los principios jurídicos.

Por ejemplo: un ejemplo claro de principio jurídico es el *in dubio pro reo* (en caso de duda a favor del reo); según este si no se prueba del todo algo, se puede resolver este principio.

TEMA 10: La familia del Common Law (1). El procedimiento penal inglés

10.1 Principios generales

El Derecho penal es un conjunto de normas que tienen por finalidad el sentar unas bases para que se pueda juzgar, procesar y, en consecuencia, dictar una sentencia contra una persona que transgrede el orden social. Así el Derecho penal protege frente a quienes infringen las normas de conducta sociales. Así, el Derecho penal castiga a los transgresores de la ley, e intenta convertirlos en ciudadanos cumplidores de las normas.

- El primer principio de procedimiento penal es el **Principio de Legalidad**, que en latín se expresa: *Nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley); es decir, que para que un comportamiento sea considerado delito, o para imponer una pena, tiene que haber previamente una ley que la castigue. Así, ninguna conducta es delictiva hasta que aparezca descrita como delito en una ley. Eso se llama tipificar en la ley.

Hay una ley en Inglaterra del año 1982 que define, delimita y especifica con claridad, que conductas son punibles, delictivas.

Pero estas conductas tienen que estar claramente definidas en todos sus términos: primero tienen que quedar claro todas las acciones que incluye; también tiene que tener la enumeración de los objetos que comprende; y también tienen que incluir una explicación clara de los términos gramaticales utilizados.

- **Principio Acusatorio.** Según este principio, el juez no puede tomar parte personalmente en los litigios; simplemente dirige los debates y actúa como árbitro. Únicamente puede intervenir para aclarar ciertas cuestiones y, su papel se limita a escuchar a las partes.

El principio contrario sería el **Principio Inquisitivo**; según este último sistema, el juez además indaga e investiga la conducta del acusado.

Este sistema es contrario a los Derechos del procesado, ya que una misma persona investiga el delito cometido y luego debe emitir sentencia.

Esto conducirá a lo que se llama **contaminación inquisitiva de un juez**, por eso, la norma es que haya un juez que se encargue de la investigación y de lo que se llama la instrucción del caso; y todo esto luego se

traslada a otro órgano judicial que se encargará de dictar sentencia después de que se celebre ante él un juicio en el que ambas partes son oídas por igual y en el que rige el sistema acusatorio.

- El procedimiento penal puede celebrarse según varias formas: hay, en primer lugar, un **Procedimiento rápido, abreviado y sumario** (*Summary trial*); este es el procedimiento de la mayoría de los juicios penales, porque comprende el enjuiciamiento de los delitos menores y menos graves.

Luego está otro procedimiento, que es el más formal y el más extenso que se llama **Procedimiento con escrito de acusación formal** (*trial of indictment*); en este procedimiento se enjuician delitos graves y muy graves; y se celebran ante un jurado.

Los **órganos competentes para enjuiciar en el ámbito penal** son, en primera instancia el **Tribunal de Magistrados** (*Magistrates' Court*) y en segundo el **Tribunal de la Corona** (*Crown Court*).

Los primeros están compuestos por jueces legos (no expertos en Derecho) y juzgan delitos menores o menos graves; el segundo está formado por jueces profesionales, o de carrera, y entiende de los delitos más graves.

10.2 Clasificación de los delitos

Los delitos se pueden clasificar según diferentes criterios, es decir: según su gravedad, según el procedimiento por el que se juzgan y por tanto, según el tribunal que los juzgue.

En primer lugar, existen **delitos menores o menos graves**, que se llaman *Summary offences*; estos se juzgan directamente mediante un procedimiento rápido, abreviado y sumario; que se caracteriza por una especial agilidad ante el Tribunal de Magistrados.

El segundo tipo de delitos, son los **delitos graves o muy graves**, que se juzgan en el Tribunal de la Corona, con la especialidad de que concurre un jurado, y además se tiene que hacer un escrito de acusación formal.

Luego están los **delitos de tipo intermedio**, que pueden revestir gravedad según las circunstancias que concurren, y que se pueden juzgar o ante el Tribunal de Magistrados o ante el Tribunal de la Corona; y en este último caso con presencia de un jurado y con jueces profesionales.

Pero, en todo caso, es la ley la que establece de qué tipo de delito se trata y ante qué tribunal se juzga y también la pena que le corresponde.

10.3 Reglas especiales del procedimiento criminal; a.– iniciación del proceso; b.– vista preliminar; c.– el procedimiento rápido

10.3.1 Iniciación del proceso

El juicio se inicia normalmente ante el Tribunal de Magistrados, ante este Tribunal tienen que comparecer el acusado y las demás partes, siempre que se haya denunciado la comisión de un delito.

Queda exceptuado de este paso por el Tribunal de Magistrados el delito de estafa, que pasa directamente al Tribunal de la Corona y se celebra ante un jurado.

Así, una vez interpuesta una denuncia contra alguna persona por haber cometido un delito, el magistrado citará a la persona para que comparezca en un día y hora señalados, o inmediatamente ante el Tribunal.

La **denuncia** puede tener lugar de tres diferentes modos:

- En primer lugar: a instancias de la policía, después de que haya detenido a un presunto delincuente y después de la práctica de las diligencias policiales oportunas.
- También se puede iniciar un juicio por denuncia del propio particular afectado.
- Y en tercer lugar se puede iniciar un proceso por la propia fiscalía, en cuyo caso esta actúa de oficio.

Estas formas tienen por objeto poner en conocimiento del Tribunal de Magistrados la posible comisión de un delito, para que éste proceda a citar al acusado para que comparezca.

Si ha iniciado el **procedimiento** la **policía**, el detenido debe ser puesto a disposición judicial. También puede la policía interrogar al detenido, pero siempre informándole de sus Derechos y de ahí que deba informarle que tienen derecho a guardar silencio y si declara, todo lo que diga podrá ser utilizado en su contra.

Así, se deben practicar todas las diligencias policiales cómo identificar el acusado o proporcionarle un abogado; y una vez realizadas las actuaciones deben pasar a la fiscalía que es la que decide lo que se debe hacer.

Pero, mientras no decide la fiscalía, la propia policía puede decir si el detenido deberá ser puesto en libertad o continuar en detención; y en este último caso, deberá pasar a disposición de la autoridad judicial.

Luego, la fiscalía decidirá si se prosigue o se archiva la causa. Todo ello con independencia del parecer de la policía, porque es realmente el Ministerio Fiscal a quien le corresponde la carga de la prueba en un juicio.

Es decir, la fiscalía debe proporcionar una prueba suficiente para que se llegue a una sentencia condenatoria porque entre tanto rige el **Principio de Presunción de Inocencia**.

10.3.2 Vista preliminar

La **vista preliminar** se celebra **ante el Tribunal de Magistrados**, y sirve para que los jueces decreten la libertad del detenido si consideran que no hay indicios del delito, o para que le imputen un delito; en cuyo caso deberán establecer de que delito se trata.

Esta se conoce como **fase de instrucción del sumario**, que es un trámite abreviado que tiene por finalidad determinar si hay indicios claros de criminalidad y si, por tanto, se debe seguir adelante con el procedimiento. Esta fase también sirve para que la defensa del acusado conozca los hechos que se le imputan al acusado, porque en esta fase se conocen los argumentos de la acusación y las pruebas en que se base y los testigos que apartará, etc., sin embargo, en esta fase, **la defensa permanece en silencio simplemente informándose de la acusación**, pero sin descubrir cómo va a realizar su defensa.

Todas estas diligencias firmadas por el juez que las llevó a cabo, se envían al Tribunal de la Corona, si se trata de un delito que compete a este tribunal. Entre tanto, el juez de instrucción puede decidir si decreta la libertad provisional del detenido.

Si se trata de un delito del cual es competente el Tribunal de Magistrados, procederá el procedimiento rápido ante este.

10.3.3 El procedimiento rápido

Si en la vista preliminar, se decide que es un **delito menor** para el que tiene competencia el **Tribunal de Magistrados**; entonces este fija una fecha en la cual el acusado debería comparecer.

Se fija así una fecha para iniciar el juicio pero, **al tratarse de un delito menor los trámites son mucho más abreviados**; incluso **en algunos casos ni siquiera hace falta que comparezca el acusado**; éste incluso se

puede declarar culpable o mandar a un letrado que lo represente siempre que se trate de un delito que lleve aparejado una pena inferior a tres meses de cárcel.

El acto de juicio comienza con la exposición del **fiscal prosecutor** que expone sus argumentos ante el Tribunal así como las pruebas en las que se basa.

Por ejemplo: los testigos que al ser de la acusación se llaman testigos de cargo; también se llama a los testigos de la defensa y se procede al **interrogatorio** por ambas partes.

Posteriormente la fiscalía y la defensa hacen un **resumen de sus respectivas posiciones** y a esto se le llama calificación definitiva del delito porque de ahí se deduce definitivamente que el delito se va a enjuiciar a una persona y además se deducen los motivos y fundamentos de por qué se debe o no condenar al acusado.

Luego, **los magistrados examinan esta calificación definitiva** porque examinan así los hechos junto con los fundamentos del derecho de las partes y en virtud de este examen dictan una resolución que puede ser de condena del acusado de su absolución o de desestimación de la pretensión punitiva.

10.4 Los juicios con jurado

Estos **juicios con jurado** tienen lugar **cuando en la vista preeliminar se decide que se trata de un delito del cual es competente el Tribunal de la Corona**. Así, todas las diligencias que se han practicado se trasladan al Tribunal de la Corona.

A partir de entonces, se dejan vencer unos plazos para que las partes, tanto acusación como defensa, preparen sus argumentos, sobre todo teniendo en cuenta la **vista oral** (acto de celebración de juicio).

Entonces, se fija un día para la celebración del juicio ante el Tribunal de la Corona y que comienza con la **lectura formal de la acusación**. Aquí se encuentra la **identificación del acusado** y en el mismo acto se lee el escrito formal de la acusación y además se le pregunta al acusado si se declara culpable o inocente del delito del que se le acusa.

Este escrito de acusación formal recibe el nombre de **indictment** y contiene una especificación de la imputación que se hace al acusado y del delito con todas sus circunstancias.

En el encabezamiento se hace referencia al tribunal que va a enjuiciar el caso y al acusado.

En este momento **el acusado puede declararse culpable quedando el juicio reducido a un mínimo**. Únicamente se seguirá la acusación por parte de la fiscalía con todos los datos y las pruebas; a continuación la defensa expondrá las circunstancias atenuantes y de inmediato el juez dictará la sentencia; pero también puede suceder que el **acusado no reconozca el delito** que se le imputa, mas si esté **dispuesto a declararse culpable de un delito inferior**; en este caso se puede llegar a una **transacción**, consistente en un acuerdo o **pacto entre las partes** en el que el acusado acepta declararse culpable de un delito de menor gravedad del que se le imputa a cambio de su substitución por otro menos grave. También puede ser a cambio de que se le retire alguno de los cargos presentados contra él, o a cambio de una rebaja en la pena. Sin embargo, **las negociaciones tienen que llevarse a cabo entre el juez**, el fiscal y el abogado defensor ya que el acusado no puede tomar parte en las negociaciones, aunque al final tiene que prestar el acusado su consentimiento.

10.4.1 El jurado

Puede ocurrir también que durante el juicio **el acusado se declare no culpable** y entonces en el caso de un juicio celebrado **ante el Tribunal de la Corona** habrá que nombrar un **jurado** formado por **doce miembros** encargados de emitir el veredicto porque la sentencia le corresponde al tribunal.

Mediante la institución del jurado **es el pueblo el que interviene directamente en la administración de justicia** y por tanto, sólo al pueblo le corresponde condenar o absolver al demandado.

El jurado es el instrumento típico en la justicia inglesa y muchas personas creen que es la institución democrática clave, ya que se permite la participación del ciudadano en la administración de justicia. Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo unánimemente a la hora de admitir la institución del jurado, argumentando en contra que sería preferible la sentencia técnica de un juez profesional experto en derecho.

Si el veredicto del jurado es de inocencia la sentencia del tribunal será absolutoria y si la sentencia es de condena la sentencia del tribunal será condenatoria.

10.4.2 La vista oral. El discurso de apertura.

Durante la **vista oral**, el jurado tiene un estrado reservado y al cual se dirigen la acusación y la defensa a la hora de hacer sus exposiciones, mientras que el acusado permanece en el banquillo.

En la vista oral interviene en primer lugar la **acusación** quién comienza recordando que a ella le corresponde la carga de la prueba. A continuación, expondrá los argumentos acusatorios y llamará a los **testigos de cargo**. Éstos son interrogados por la acusación y luego la defensa los someterá a un contrainterrogatorio, esto sirve para poner de manifiesto las posibles contradicciones en las que incurren los testigos; además pueden ponerse de relieve las incoherencias y se les puede hacer preguntas capciosas.

En definitiva, **el objetivo es desacreditar a los testigos de la acusación**. La defensa puede pedir incluso que se absuelva al acusado al acusado, pero si la petición es desestimada **también la defensa podrá aportar sus testigos que también podrán ser interrogados por la parte contraria**.

10.4.3 Las pruebas

Además de las pruebas testificales **existen las pruebas periciales** que son los dictámenes de personas expertas en alguna cuestión. **También existen las pruebas reales que consisten en el examen por en propio juez del lugar de comisión de delito**.

Los **medios de prueba** se pueden clasificar en directos e indirectos:

- Los **directos**, son aquellos en que los testigos declaran directamente aquello que han visto u oído.
- Los **indirectos**, son aquellos que se aportan al juicio y permiten al juez deducir algún hecho o realidad.

Alrededor de los medios de prueba gira el **Derecho probatorio**, que consiste en un conjunto de normas que establecen la forma de celebración de las pruebas, cuales son admisibles y cuales no lo son en juicio. En definitiva, son una guía para los jueces a la hora de valorar una prueba.

10.4.4 El discurso final

En la vista oral, las partes argumentan sus posturas dirigiéndose al jurado, tratando de convencerlo con sus argumentos. El último momento del juicio oral es el **discurso final**, es el **momento en que la defensa y la acusación se dirigen al jurado haciendo un resumen** de todas las pruebas y de su posición. Es el último momento que tienen para convencer al jurado.

El discurso final es una serie de conclusiones que se dirigen al jurado y que se llaman **final argumental**; el destinatario es el jurado, y comienzan en el orden de turnos: en primer lugar la acusación que es a parte sobre quien recae la carga de la prueba, luego interviene la defensa porque siempre tiene el privilegio de la última

palabra.

Una vez terminadas ambas argumentaciones es el juez el que se dirige al jurado, y las vuelve a resumir el estado de la cuestión litigiosa, las pruebas practicadas y los argumentos de las partes; y ordena al jurado que emitan un veredicto de inocencia o de culpabilidad.

10.4.5 La sentencia

La sentencia la dicta el juez, pero siempre teniendo en cuenta el veredicto del jurado, de ahí que esta deba ser **coherente con lo que diga el jurado**; así, no hay sentencia de condena si el veredicto del jurado es de inocencia.

Además, a la hora de dictar sentencia, el juez tendrá que valorar otros elementos como el hecho de que el acusado tenga o no antecedentes penales y otras circunstancias.

TEMA 11: La familia del *Common Law* (2). El procedimiento civil inglés

11.1 Principios generales

En el **procedimiento civil** se **protege a cualquier persona frente a cualquier daño que se le pueda causar**. Estos daños pueden ser: materiales, orales o invasiones de la intimidad o del honor, o bien daños provenientes por incumplimiento de contratos.

La persona dañada o lesionada, acude a los tribunales civiles presentando una demanda; esta parte se llama **demandante o actor**, frente a la persona que causó el daño (que es **demandado**) exponiendo sus pretensiones en al demanda.

Estos procedimientos civiles **persiguen el resarcimiento de todo tipo de daños** que se puedan causar de cualquier forma; por eso no hay un elenco o una lista de posibles daños, sino que aquí **rige el principio de que la mera aparición de un daño implica la obligación de resarcirlo**, de ahí que haya que reparar los daños causados por invasión de la intimidad o por infringir reglamentos de convivencia o por impedir el uso y disfrute de la propiedad.

11.2 La demanda

La demanda civil comprende dos grandes núcleos:

- El **incumplimiento de contratos**.
- La **reparación de daños injustamente causados**.

Son muy diferentes las reclamaciones según el tipo de demanda de que se trate. Una de las formas más típicas de demanda civil es la reclamación de daños y perjuicios causados por un vehículo de motor, ya que el conducir un vehículo no es un delito, pero se puedan cuasar numerosos y graves daños como la muerte o lesión de una persona.

Entonces, **el litigio civil pretende la reparación de los daños causados determinando o no la culpabilidad de una persona**.

En la demanda civil, el demandante expone su pretensión y en ella indica que se la reparen los daños que se la hayan causado, que se haga cumplir un contrato o que se le permita recuperar la propiedad que perdió.

En el ámbito de **Ingllaterra y Gales** existen dos tipos de tribunales:

Los **Tribunales de Condado** (*Country Courts*) y el **Tribunal Superior de Justicia** (*High Court Justice*). Se acudirá a uno u otro dependiendo de la cuantía de la demanda, pero normalmente se acudirá en primera instancia al Tribunal del Condado y luego su resolución será apelable al Tribunal Superior de Justicia.

Normalmente, **se prefiere iniciar el procedimiento ante el Tribunal del Condado**, y no ante el Superior de Justicia por dos razones fundamentales:

- En los Tribunales del Condado los procedimientos son más rápidos.
- Los honorarios de los abogados normalmente son inferiores en el Tribunal del Condado.

Así, **el Tribunal del Condado es más ágil**, pero no siempre tiene competencia para conocer en primera instancia.

Por otra parte, las demandas civiles, según **las normas procesales**, pueden tener **dos tipos de contenido**:

- **Demandas pecuniarias**: lo que se pide al Tribunal es que se repare un daño que se ha causado, pero hay dos modalidades: puede que el daño ya aparezca cuantificado en la demanda, o puede que se solicite que sea el juez quien lo fije según las circunstancias.
- **Demandas no pecuniarias**: no se solicita una cantidad de dinero, sino que se emita por un juez una resolución judicial; por ejemplo, se pide que se paralice una obra que está causando un daño a un propietario vecino. O también puede ser que mediante un interdicto se restaure a un propietario una posesión que perdió.

Finalmente, las demandas se presentan ante el tribunal del lugar donde reside el demandado, o donde tiene lugar su actividad comercial o mercantil, si esta actividad presenta algún daño.

11.3 La fase interlocutoria

Una vez interpuesta la demanda se la traslada al demandado para que la reciba de modo que quede constancia. La fase interlocutoria comienza desde que se notifica la demanda al demandado hasta el momento en que comienza el juicio oral.

Hay unas normas de procedimiento que regulan, entre tanto, un calendario de actuaciones de las partes que tiene que cumplirse obligatoriamente. Así, si la defensa considera que el demandante, deliberadamente, se retrasa en el cumplimiento de los plazos puede solicitar la anulación por parte del juez de la demanda, en este caso el juez puede emitir un auto de anulación de la demanda, porque la conducta del demandante constituye un abuso procesal.

La finalidad fundamental de esta fase es fijar los puntos que se van a decidir en el juicio; por eso los trámites principales son las **alegaciones de las partes** y la **presentación de pruebas**.

La primera alegación es la de la parte demandante y a continuación, expone el demandado su contestación. En esta contestación el demandado puede negar totalmente las pretensiones del demandante o puede reconocerlas en parte o totalmente.

11.4 La vista oral

Generalmente se evita la vista oral, porque las partes llegan en ella a un acuerdo antes de celebrarse el juicio, el lo que se conoce como **arreglo extrajudicial**. Este acuerdo puede tener lugar en la fase interlocutoria o incluso en el minuto antes de la vista oral. Así, se evita el trámite más costoso del procedimiento y también el más gravoso para las partes.

La vista oral es un acto de celebración muy solemne en el que primero entra el juez anunciado por un funcionario, y en la que las partes con sus letrados tienen un asiento predeterminado.

Se comienza leyendo el nombre del procedimiento que es el nombre del demandante contra el del demandado, es decir, separados por el vocablo latino *versus*.

En primer lugar interviene la defensa del demandante para saber cuales son los daños y contra quién se dirige la acusación; luego llamará a sus testigos quienes podrán ser interrogados bajo juramento o promesa. Luego interviene la defensa del demandado.

11.5 La sentencia y los fallos: la doctrina del precedente

Después de haber expuesto las partes sus argumentos, **el juez puede intervenir** preguntando a las partes aquellos aspectos que no hayan quedado claros o señalándoles los puntos débiles de su argumentación.

A continuación, **el juez resume** las pruebas y los antecedentes de hecho, después establece los hechos probados, es decir, aquellos hechos que resultan del juicio como verdaderos, y a estos hechos les aplica los fundamentos de Derecho, y a continuación ya puede dictar el fallo o sentencia.

La sentencia tiene que contener una exposición de las razones y principios que son la base o el fundamento de la misma. En la sentencia también pueden aparecer argumentos relacionados con el proceso, pero que no resuelven el caso, y estos no forman parte del núcleo fundamental de la sentencia.

Así, la ***ratio decidendi*** está compuesta exclusivamente por los principios, doctrinas y reglas legales en los que el juez basa su decisión; además ha de contener el razonamiento que le ha llevado a esa decisión y es sólo esta parte la que forma el precedente que es vinculante y se puede citar con autoridad cuando un juez posteriormente resuelva un caso semejante.

La sentencia o fallo, comprende pues todos los razonamientos y la emite el juez según fórmulas preestablecidas.

11.6 La ejecución de las sentencias

Una vez dictada la sentencia tiene que hacerse cumplir, si el demandado no cumple voluntariamente se procederá a la ejecución de la sentencia con una nueva orden judicial.

Si se trata de una **demanda no pecuniaria**, por ejemplo si se pidió mediante un interdicto la restitución de la posesión de una cosa y si el demandado no cumple, **podrá el juez dictar otro auto de encarcelamiento a instancias del demandante**; de modo que si el demandado sigue sin cumplir **se podrá ordenar su ingreso en prisión**.

Pero, si es una **demanda pecuniaria**, por ejemplo reclamación de daños y perjuicios, hay varias vías para conseguir la ejecución de la sentencia:

- Se puede **pedir el embargo de los bienes** del demandado en un auto de ejecución de la sentencia.
- También se puede pedir un **auto de embargo**, pero incluyendo la petición de que los bienes del demandado se sometan a **subasta pública** y con lo obtenido se resarcirá el demandante de los daños.
- También se puede pedir el **embargo del sueldo** de demandado.

11.7 El recurso de apelación

La sentencia del juez puede ser recurrida mediante un procedimiento que se llama de revisión, pero no

consiste en una nueva celebración de todo el juicio, sino sólo de pruebas que se presenten documentalmente.

El recurso se interpone ante el órgano que dictó sentencia y el primer paso es que éste lo admita a trámite, aunque puede darse el caso de que este lo rechace por considerarlo trivial. Así conoce un tribunal superior de la apelación de la sentencia en este caso será el Tribunal Superior de Justicia quien conoce los recursos que se presenten al Tribunal del Condado.

TEMA 13: La familia del *Common Law* (4). La difusión extraeuropea del Derecho inglés

13.1 El derecho de los Estados Unidos de América; a.– factores históricos de diferenciación; b.– estructura del Derecho de los Estados Unidos; c.– fuentes del Derecho

El *Common Law* se extendió a todos los países donde se impuso la dominación británica, así en América del norte, **se impuso en Canadá y en Estados Unidos.**

Pero en los Estados Unidos se diferencian mucho respecto a Inglaterra sobre todo porque se trata de un estado federado y de ahí que haya grandes diferencias en el derecho público.

En Estados Unidos se produjo una evolución muy diferente del Derecho, pues en un principio hubo una violenta separación de las colonias respecto a la metrópolis británica.

Esta independencia dio comienzo en el año **1775**; estas colonias, una vez independizadas, continuaron teniendo el *Common Law* que era todavía parecido en el ámbito del derecho privado, pero no así en el Derecho público al tratarse como hemos señalado de un Estado federado.

La principal diferencia es que las competencias del Derecho público estaban repartidas entre el Estado Federal y los Estados federados; se trataba de una **ficción de competencias muy rígidas**, hasta el punto de que cada estado tiene sus propios Tribunales, incluso **hay diferentes tipos de Tribunales en cada Estado según se trate de asuntos estatales o federales.**

Este es el otro **gran sistema jurídico del mundo y frente al continental presenta cada vez menos diferencias.**

Por un lado, en el *Common Law* recibe cada vez más importancia el Derecho legislativo, disminuyendo el valor de las resoluciones judiciales.

Por otro lado, el sistema continental da más importancia a la jurisprudencia.

13.1.1 Factores históricos de diferenciación

Nos situamos a **principios del siglo XVII**, cuando el territorio que es hoy Estados Unidos estaba ocupado por gente de habla inglesa.

Los asentamientos de estos pobladores se extendían por toda la zona oriental del país, pero los ingleses no fueron los únicos que colonizaron la zona del nuevo mundo. También españoles y portugueses dominaban lo que es hoy América Latina y el Caribe. También había españoles en Florida y en Louisiana; incluso territorio español en algunas zonas del lejano oeste (*far west*).

Había presencia holandesa en New York que acabaron por ser desalojados por los ingleses antes de 1770; por eso pervivió la lengua holandesa y algunos fragmentos del derecho holandés en New York durante un largo periodo, incluso se aplicaban instituciones de derecho holandés más allá de los límites de New York.

Otro derecho que sobrevivió fue el **Derecho indígena** de algunas de las tribus de Estados Unidos; así como leyes y costumbres que se conservaron durante largo tiempo en algunas de las reservas diseminadas por el país.

La verdadera fuente del derecho de los Estados Unidos es el Derecho inglés, ningún otro cuerpo jurídico tuvo oportunidad de establecerse como la tuvo el Derecho inglés. El sistema del *Common Law* cruzó el Atlántico con los ingleses, pero hay que recordar que la recepción del Derecho inglés **fue un procedimiento largo que no estuvo exento de problemas**.

Partimos del **periodo colonial** que **fue largo y muy complejo**; además cada colonia era de características muy diversas.

El principal problema fue la **separación**, por medio de océano, **de la metrópolis** en una época en la que las comunicaciones eran muy lentas y difíciles; por eso las colonias estaban predestinadas a desarrollar su independencia.

Además la población de las colonias en el año 1770 rondaba los dos millones y en ese año los colonos ya eran de segunda generación y, por tanto, habían nacido en América; a ello hay que añadir que las generaciones que llegaban desde Inglaterra iban perdiendo el sentido de lealtad hacia la corona inglesa.

Lentamente fue aumentando el **sentido de aislamiento frente a la corona**, además cada colonia debía solucionar sus propios problemas internos; incluso también influyó el clima y las **características territoriales**.

Esto provocó que en las colonias se comenzase a legislar y en un principio se rechazase el Derecho inglés.

De esta manera, **se otorgaron códigos** que eran en un principio muy simples y basados en los principios del Derecho evangélico y natural.

El primer código fue el de Massachussets que se apartaba mucho del Derecho inglés y por tanto, del Derecho que aplicaban los tribunales en Londres.

Así, **en el siglo XVII el Derecho inglés resultó demasiado complicado y extraño para imponerse en las colonias de habla inglesa** porque:

- Había muy **pocos juristas**.
- Había muy **pocos libros** y los que había eran muy poco accesibles.
- **No había publicaciones jurídicas**, ni se publicaban recopilaciones de casos.
- Los Tribunales estaban compuestos por **magistrados inexpertos** que dictaban sentencia según el sentido común y según algunos principios del Derecho natural, también basándose en alguna orientación legislativa.
- **No se consideraba necesario que los jueces tuviesen instrucción.**

De este modo, **hasta el siglo XVIII no logró imponerse el *Common Law*** que comienza a verse como un instrumento para proteger las libertades civiles, y también un lazo de unión de todo lo inglés en Estados Unidos frente a la amenaza francesa que ocupaba Louisiana y Canadá; por eso **el *Common Law* se convierte en un instrumento de defensa de las libertades públicas** y se consideró el método ideal para luchar contra el absolutismo en Londres.

Se puede decir, que la causa de la recepción del *Common Law* en Estados Unidos fue la misma que causó la recepción del Derecho romano en el continente que fue luchar contra el reino de la fuerza y de la imposición.

En 1776, se declaró la independencia americana y a partir de ahí se creó una situación completamente nueva para las colonias americanas que formaron así los Estados Unidos.

Francia se convirtió en amiga y aliada y el enemigo ahora en Inglaterra. Además la idea de independencia política hizo nacer la necesidad de tener un Derecho propio y autóctono.

De este modo, **comienzan los escritores y magistrados a atacar al *Common Law*** cambiando la situación de éste, porque al principio era un instrumento para la defensa de las libertades civiles y, a raíz de la independencia, **se convirtió en un elemento que se considera opresor**; típico de la monarquía y de la aristocracia.

Además **el Derecho inglés**, al ser recibido en Estados Unidos, **tuvo muchas influencias externas** y otros muchos elementos que facilitaron dicha recepción:

- Las leyes y manuales ingleses son muy accesibles.
- El lenguaje era el mismo.
- El origen de los pueblos era el mismo.
- También eran iguales las condiciones económicas.

Por estas razones, no se puede decir que el sistema de *Common Law* fuese recibido en los Estados Unidos por ser superior al *Civil Law*; por eso, estas influencias hicieron inevitable la recepción del *Common Law* en los Estados Unidos, pero a partir de la independencia del Derecho inglés y el norteamericano, sufrieron evoluciones diferentes.

Sin embargo, lo importante del *Common Law*, que fue el **sistema del precedente**, se recibió y utilizó en los Estados Unidos. A partir de ahí se construyeron estructuras jurídicas desiguales en América, pero estas recibieron el material y el estilo del *Common Law* inglés.

El **Derecho norteamericano** comparte además muchas instituciones de grupos enteros de países, además de compartir instituciones con Inglaterra; pero el resultado de todo esto son dos sistemas muy desiguales entre sí: el americano y el inglés.

13.1.2 Estructura del Derecho de los Estados Unidos

Según la **estructura, el Derecho de Estados Unidos pertenece al *Common Law***. Inglaterra y Estados Unidos utilizan los mismos conceptos jurídicos; las mismas categorías y la misma concepción del Derecho. Así, también se distingue en Estados Unidos entre *Common Law* y *Equity*, y se respetan las mismas categorías como las de daños que son los *torts* o el **Derecho de contratos** (*contract*).

Además, en el *Common Law* no existe la división que sí hay en el continente entre Derecho público y privado, ni tampoco se aceptan las categorías típicamente romanas. Lo más importante es que para el jurista inglés y para el americano **el Derecho es jurisprudencial**, es decir, la ley no es la forma normal en que se manifiesta el Derecho, sino que sólo se considera norma jurídica aquella que ha sido interpretada y aplicada por los Tribunales.

Así, en principio **el Derecho inglés y el americano tienen una estructura análoga, pero presentan entre sí también grandes diferencias**; la principal es que en Estados Unidos, y no en Inglaterra, se distingue entre los diferentes Estados que configuran el país y el Estado Federal; de este modo, Estados Unidos tienen un sistema federal, que es intermedio entre una configuración de Estados y un Estado unitario, por tanto, se admite la coexistencia de un **Estado Federal junto con otros Estados Federados** que lo integran; estos Estados son particulares frente a una autoridad que se impone frente a todos. Además existe una **Constitución Federal** que se impone frente a las leyes y Constituciones de los estados en particular.

En la Constitución americana (Art. 6) se establece la **primacía del Derecho Federal**, ya que ordena que todos los tratados y leyes se promulguen según la Constitución, que es la Ley Suprema del país.

Así, lo que hay que distinguir es la atribución de competencias que se realiza, de este modo hay que saber cuando son competentes los Estados Federados y cuando el Estado Federal único.

Así, también en el Constitución de 1791, en al décima enmienda establece la **competencia exclusiva en materia legislativa a los Estados particulares**, este principio nunca se ha abandonado.

En consecuencia, la regla general es la competencia de los Estados particulares y la excepción de esa regla general es la competencia del Estado unitario, y por esa misma excepción, cuando este último legisla tiene que fundamentar su competencia en un texto preciso de la Constitución.

Por otra parte, las autoridades federales sólo pueden legislar o dictar disposiciones legislativas cuando la Constitución de los Estados Unidos expresamente le confiere ese poder.

Otro aspecto de la estructura del Derecho de los Estados Unidos es la organización judicial que es muy compleja precisamente a causa de este sistema federal. Esto quiere decir que cada uno de los 50 Estados tiene su propio poder legislativo y su propio poder judicial; de tal manera que la estructura del poder judicial viene dada por los Tribunales de cada uno de los Federados que son los **State Courts**, junto con un sistema de Estado Federal que se llamó **Federal Courts**.

Se trata pues, de **dos sistemas judiciales que son bastante diferentes** porque se basan también en diferentes normas que los crean.

Los primeros se basan en cada una de las Constituciones de los Estados Federados, y los segundos en la Constitución americana. En cada uno de estos sistemas hay una organización judicial completa.

13.1.3 Fuentes del Derecho

13.1.3.1 La regla del precedente

La **regla del precedente** se impuso en Inglaterra en el siglo XIX, esta regla obliga a los jueces a resolver de la misma manera que ha resuelto un juez anterior en un caso semejante.

Esta doctrina del precedente también recibió el nombre de **stare decisis**, y también se trasladó a Estados Unidos, aunque allí se aplicó con **mayor flexibilidad**; las razones de porqué no se aplica con tanto rigor son:

- En Estados Unidos existe una Constitución Superior cuya interpretación y adaptación a la sociedad es función del Tribunal Supremo cuyas decisiones vinculan a todo el Estado.
- El juez americano no debe aferrarse ciegamente a los precedentes creados por otros jueces, es decir, se considera al precedente como una especie de pauta por la cual, se presume, se regirá el juez a resolver. Así, **los jueces americanos pueden modificar el precedente de un juez anterior**, peor esto únicamente en el caso de que concurra alguna circunstancia extraordinaria por la cual el razonamiento ya no se puede aplicar y que impida que la segunda resolución tenga legitimidad.

Sin embargo, a pesar de todo esto, **los Tribunales no tienen plena libertad para decidir, sino que tienen que atenerse a ciertas reglas**:

- Como norma general, tienen que respetar el precedente porque es una exigencia que el Derecho sea constante y estable.
- El Tribunal es libre e incluso está obligado a apartarse del precedente si cambian algunas de las

circunstancias o las necesidades sociales; pues en este caso la adhesión al precedente sería perjudicial para los intereses públicos.

- La valoración de si un precedente puede ser seguido o no, debe estar basada en criterios de utilidad social. Normalmente el deseo de dictar una resolución justa en un caso concreto no se ha considerado suficiente para justificar un cambio.

13.1.3.2 Legislación

La propia estructura de los Estados Unidos implica la existencia de leyes federales y leyes del Estado Federal.

Entre las **leyes federales** ocupa un lugar privilegiado la **Constitución**, que consta sólo de 7 artículos, de ellos los 4 primeros son muy largos y tienen muchas enmiendas, lo que provoca que haya muchos cuerpos legislativos diseminados por el país, y toda la legislación aparece como una especie de pirámide cuya base son las normas o leyes de los gobiernos locales y en la cumbre se encuentra el poder legislativo estatal.

Es este un **poder bicameral que reside en el Congreso**, compuesto por el **Senado** y la **Cámara de representantes**. Este poder es supremo y puede, en realidad, modificar todas las legislaciones inferiores de los condados y de las ciudades. Además, la producción legislativa crece a pasos agigantados y por estar diseminada por los 50 estados es especialmente desordenado, descoordinado e incoherente.

Hubiese sido mucho más fácil utilizar un solo Código con normas jurídicas ya que así se sabría en todo momento cuales son esas normas.

Por eso, en Estados Unidos, en el siglo XIX se interesaron mucho por la codificación de las normas, sobre todo para frenar el excesivo poder de los jueces y conseguir así, establecer las normas jurídicas básicas en cada Estado. En algún Estado si que aparecieron Códigos civiles como en California; y en otros 25 estados aparecieron Códigos penales y de enjuiciamiento criminal.

Sin embargo, esta codificación no se parece en nada a la del continente porque su interpretación es totalmente distinta; pues en el *Common Law* una norma sólo se considera como tal cuando es interpretada y aplicada por algún Tribunal en la resolución de algún caso.

Preguntar, porque al principio del punto 6.5.5 dice que el ABGB por promulgarse después del Código civil francés está influido por este.