

DERECHO ROMANO Y COMMON LAW

Miguel Sánchez Maluf

Sumario: I. Introducción. II. Una aproximación al "Common Law": A. Definiciones. B. ¿Cómo opera el *common law*? El *Stare Decisis*. III. *Common Law* y Derecho Romano: ¿Dos sistemas antagónicos? A. El Derecho Romano: Concepto. B. El Derecho Honorario: Parte del Derecho Romano. C. El Derecho Romano: visión integral. IV. Derecho Romano: ¿fuente de dos sistemas jurídicos? A. ¿Derecho Romano o Derecho Europeo Continental? B. Rasgos semejantes: 1. La sentencia precedente. 2. La *equity*. 3. La Costumbre. C. Derecho Continental Europeo y *Common Law*: su base en el Derecho Romano.

I. Introducción

Las confrontaciones entre el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón o *Common Law* son constantes. De hecho, ha llegado a considerarse como impensable que estos dos sistemas jurídicos puedan llegar a tener algo en común.

Lo que pretendí en este breve trabajo fue demostrar que tal confrontación no existe o que, por lo menos, no es tan extrema como se cree.

Basándome principalmente en el libro "El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón"¹ del Dr. Juan Carlos Ghirardi, sintetice su

¹ Juan Carlos Ghirardi, *El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón*, Explanatio, Córdoba, 1994.

teoría de manera tal que el presente trabajo pudiera ser entendido con facilidad por los estudiantes del primer año de la carrera de Derecho. Al mismo tiempo, intenté trazar un paralelismo entre algunos caracteres del Derecho Anglosajón y del Derecho Romano, de forma que sirviera como sustento a la tesis que expongo.

Para poder desarrollar el presente tema, tuve que hacer una introducción que contuviera algunos de los rasgos globales del *common law*, dado que éstos son poco conocidos por la generalidad de los estudiantes de derecho (incluso en cursos superiores).

II. Una aproximación al "Common Law"

A. Definiciones

Para empezar a tratar este tema, del cual se tienen tan pocas referencias, es mejor hacerlo a través de definiciones que los autores han dado:

El Dr. Arturo Orgaz, antiguo profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, define al *common law* de dos maneras breves, pero que definitivamente incompletas, y nos dice: "Literalmente, significa ley o Derecho Común."² "Nombre que se da generalmente al derecho consuetudinario inglés"³.

Manuel Ossorio lo define como un sistema jurídico, contraponiéndolo con otros sistemas jurídicos, así el *common law* es el "sistema jurídico de los países que han recogido las bases de su Derecho del inglés, en contraposición a otros sistemas jurídicos, particularmente los de origen romano"⁴. También lo define por su origen y dice que es el "derecho elaborado jurisprudencialmente en esos países, en contraposición al de origen legislativo"⁵.

En una definición más concreta, Ossorio lo caracteriza como "el conjunto de normas elaboradas por los tribunales de Derecho estricto, en contraposición a las derivadas de la jurisprudencia de los

² Arturo Orgaz, *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, Assandri, 3ª ed., Córdoba, 1961.

³ Arturo Orgaz, *op. cit.*

⁴ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, 24ª ed., Bs. As., 1997.

⁵ Manuel Ossorio, *op. cit.*

tribunales de la *equity*, que originalmente decidían en función de la equidad, para desarrollar luego su propia línea de precedentes⁶.

Otro concepto del *common law* es el que dan los Dres. Mouchet y Zorraquín Becú, definiéndolo como el "derecho judicial fundado en buena parte en la costumbre, y como espíritu corrector la *equity*"⁷.

Abelardo Torr , explica los distintos sentidos de la frase *common law*, y la analiza desde cuatro ópticas diferentes: "Sentido Amplísimo: designando pues a la clase de sistema jurídico predominantemente jurisprudencial. Sentido Amplio: designa toda jurisprudencia de dicha clase de sistema. Sentido Restringido: hace referencia a una sola de las dos ramas jurisprudenciales del derecho angloestadounidenses y Sentido Originario: para designar a una parte del antiguo derecho inglés"⁸.

Haciendo un osado intento por definir al *common law* de manera tal que cubra con el sentido de este trabajo, prefiero conceptualarlo como el sistema jurídico jurisprudencial y de derecho común de los países anglosajones fundado en las costumbres de los países en que se aplica.

Sistema Jurídico: porque es todo el derecho anglonorteamericano (incluyendo la *equity*).

Jurisprudencial: porque está constituido sobre casos judiciales precedentes.

De Derecho Común: porque también incluye normas que est n escritas, es decir de origen legislativo.

De los países anglosajones: porque no sólo se aplica en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica, sino que es el sistema utilizado por muchos países otrora conquistados por el Imperio Británico.

Fundado en las Costumbres de los países en que se aplica: porque los jueces no sólo tienen en cuenta los casos precedentes al momento de fallar, sino que también consideran cuáles son los usos y costumbres del lugar (así es como cada país tiene sus propios precedentes).

⁶ Manuel Ossorio, *op. cit.*

⁷ Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú, *Introducción al Derecho*, Perrot, 11^a ed., Bs. As., 1987.

⁸ Abelardo Torr , *Introducción al Derecho*, Perrot, 11^a ed., Bs. As., 1997.

B. ¿Cómo opera el *common law*? El *Stare Decisis*

Fundamentalmente, dentro de este sistema jurídico existe un principio rector llamado "*stare decisis*". Este principio actúa de manera tal que "los jueces deben resolver los casos que se encuentran pendientes de sentencia ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares, por jueces de la misma jurisdicción, de igual o superior jerarquía"⁹.

¿Qué quiere decir esto? Cuando el juez tiene ante sus ojos un conflicto sobre el cual ha de resolver, debe hacerlo teniendo en cuenta la solución que previamente otro juez o tribunal, de igual o superior jerarquía, haya dado a un conflicto similar.

¿Cuándo se puede decir que un conflicto es "similar" a otro? Éste es uno de los puntos más discutidos del análisis de la operatoria del *common law*, ya que nunca dos casos van a ser exactamente iguales. Para determinar la similitud entre un conflicto y otro han de tenerse en cuenta tres parámetros:

- **Similitud de sujetos:** ello implica que las partes del caso actualmente analizado deben estar en una situación parecida a la que estaban las partes de conflicto precedente al momento de producirse el hecho (motivo de la disputa).

- **Similitud de objetos:** el objeto de la causa sobre la que el juez tiene que resolver debe ser de una entidad semejante a la del caso precedente.

- **Similitud de causa:** el motivo de la controversia presentemente estudiada tiene que ser análogo al de la sentencia previa.

Quiero dejar en claro que la sentencia precedente a la cual tiene que atenerse el juez debe haber sido dictada por otro juez de igual o superior grado, de manera tal que se respete la jerarquía judicial. Y que dicho juez o tribunal debe actuar sobre la misma jurisdicción. Lo que implica que un juez no está obligado a acatar como precedente una sentencia de un tribunal de otra jurisdicción, aunque éste sea de superior grado.

¿Hay algún otro elemento que el juez tenga en cuenta? Sí, antes de aplicar directamente el caso precedente, el juez tiene que ponderarlo, primero para ver si tal sentencia no es deliberadamente injusta o irracional, y en segundo lugar para ver si la aplica-

⁹ Julio Cueto Rúa, "El Common Law, Stare Decisis", *LL*, 84-910.

ción de tal sentencia en la actualidad no resultaría injusta. Esto último significa que, por más que se dé la triple similitud, si la sentencia anterior resulta obsoleta en virtud de la nueva realidad social, el juez no está obligado a receptarla en su fallo, porque de esta manera dejaría de ser un fallo justo.

En conclusión, el principio fundamental del *common law*, llamado *stare decisis*, implica que: "los jueces de una jurisdicción determinada se encuentran obligados a resolver los casos que se encuentran pendientes de sentencia, mediante la aplicación de las normas generales que pueden ser explicitadas de las sentencias dictadas en el pasado por jueces de la misma jurisdicción, de la misma o superior jerarquía, en casos que ofrecen cierta similitud o analogía básica, salvo que: a) las sentencias del pasado traduzcan una grosera injusticia o sean irracionales; b) se haya operado una alteración sustancial de la situación social"¹⁰.

III. *Common Law* y Derecho Romano : ¿Dos sistemas antagónicos?

A. El Derecho Romano: Concepto

La definición más amplia de derecho romano es: "derecho romano es el conjunto de normas y principios que rigieron la conducta del pueblo romano desde la fundación de Roma (año 753 a.C.) hasta la muerte del emperador Justiniano (año 565 d. C.)"¹¹.

También se suele conceptuar al derecho romano, confundiendo con la "cristalización postclásica que significó la compilación justiniana"¹². Pero la realidad es que el derecho romano ha tenido un vastísimo desarrollo, cuya finalización fue el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

¹⁰ Julio Cueto Rúa, "El Common Law, Stare Decisis", *op. cit.*

¹¹ Juan Carlos Ghirardi, *Derecho Romano I*, Ediciones Eudecor, 3ª ed., Córdoba, 1997.

¹² Juan Carlos Ghirardi, *El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón*, *op. cit.*

B. El Derecho Honorario: Parte del Derecho Romano

El derecho honorario es "el que introdujeron los pretores a fin de ayudar, suplir o corregir el (derecho) civil, por causa de utilidad pública"¹³.

¿Quiénes fueron los pretores? La Pretura es una magistratura creada por las leyes Sextias y Licinias en el año 367 a. C. El pretor era el encargado de la administración de justicia en la República Romana, tenía el *ius edicendi*, es decir, la facultad de dictar edictos, los cuales dieron origen al derecho honorario.

¿Qué eran los edictos? Cada pretor, al comenzar sus funciones como tal, dictaba su "edicto anual o edicto perpetuo" en el que recogían aquellas soluciones que consideraban más logradas de los edictos anteriores y al que agregaban nuevos principios no creados hasta el momento, los cuales se irían desarrollando en los edictos posteriores o serían abandonados definitivamente. De esta manera, el pretor fue corrigiendo las injusticias y llenando las insuficiencias del derecho civil o quiritarario (tan rígido y estático) dotando al derecho romano de dinamismo e incluyendo dentro de éste principios provenientes del derecho de gentes y de la equidad.

Cada edicto estaba compuesto por tres partes:

- el Edicto Traslaticio: en el que el pretor receptaba las soluciones y normas tomadas de edictos anteriores.
- el Edicto Nuevo: el que contenía aquellas disposiciones creadas por el pretor y que eran consagradas por primera vez.
- el Edicto Repentino: que era un edicto especial que se incluía en el edicto perpetuo en caso de que durante el mandato del pretor, éste hubiera tenido que resolver un caso cuya solución no estuviera contemplada en el edicto vigente.

C. El Derecho Romano: visión integral

Como lo dije arriba, el derecho romano es todo el derecho que rigió a Roma desde su fundación hasta la muerte del emperador Justiniano, y no, como algunos lo identifican, el cuerpo sistematizado de normas recopiladas durante la última etapa de la vida de

¹³ Juan Carlos Ghirardi, *Derecho Romano I*, op. cit.

Roma. El derecho honorario forma parte del derecho romano, junto con el derecho quiritarario (o civil) y la compilación justiniana.

IV. Derecho Romano: ¿fuente de dos sistemas jurídicos?

A. ¿Derecho Romano o Derecho Europeo Continental?

Históricamente, el derecho romano es la base del derecho de los países del continente europeo (Italia, España, Francia, Alemania, etc.) y, a través de ellos, es también la base del derecho de los países latinoamericanos. En cambio, Inglaterra y los países conquistados por ella, tienen como sistema jurídico al *common law*.

Lo que en realidad se quiere enfrentar cuando se oponen el derecho romano y el *common law*, son dos sistemas jurídicos: uno **de base legislativa** (en el que las normas emanan de un órgano cuya función es dictar las reglas que dirijan hacia el Bien Común de la sociedad), propio del derecho continental europeo; y otro **de base judicial** (en el que las normas surgen de las sentencias de los jueces), propio de los países anglosajones.

Generalmente se ha dicho que el derecho romano y el *common law*, cada uno por su lado, son os dos sistemas jurídicos predominantes en occidente.

Esto ¿quiere decir que el derecho romano y el *common law* son sistemas opuestos? ¿No "haríamos mejor al sustituir a este último por el derecho europeo continental, y decir que ambos tienen fundamentos romanistas"¹⁴?

Para responder a esta última pregunta no voy a extenderme en explicar por qué el derecho romano es fuente del derecho europeo continental. Más bien, voy a intentar explicar, a grandes rasgos, cuales son los caracteres del *common law* que llevarían a confirmar esta teoría.

¹⁴ Juan Carlos Ghirardi, *El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón*, op. cit.

B. Rasgos semejantes

1. La sentencia precedente

Como fue explicado anteriormente, en el *common law*, el juez, para fallar en un caso, tiene en cuenta la sentencia anterior de otro juez o tribunal de igual o superior jerarquía, respecto de un conflicto similar al que se le presenta. Es decir, que el juez debe fallar dando la misma solución que diera el juez anterior siempre que los casos sean similares. Pero ¿qué pasa si el caso presenta variaciones? En este supuesto, y siempre y cuando las variaciones no sean sustanciales, el juez ha de atenerse al fallo anterior en todo lo que le parece justo y en aquello que no, puede decidir según su propio criterio. Constituyendo esta sentencia un precedente que contempla las nuevas circunstancias y que servirá para las próximas. Así, los jueces, en el *common law*, van desarrollando los principios normativos de las sentencias precedentes las que deben acatar, adaptándolas a los casos que se les van presentando.

¿Qué hacían los pretores en Roma? En su edicto, los pretores, receptaban aquellas soluciones dadas por sus antecesores en el cargo que les parecían útiles, desechando aquellas que no lo eran, o adaptándolas, a través del edicto nuevo. Y las soluciones a los casos (o a las nuevas circunstancias en casos ya resueltos) que se iban presentando a lo largo del mandato, se iban incluyendo dentro del edicto perpetuo (en el edicto repentino), y luego serían trasladadas (o no) al edicto del pretor siguiente.

Creo que sería necio no reconocer el paralelismo que hay entre la labor de los pretores en el derecho honorario y el trabajo que hacen los jueces del *common law*, respetando el hecho de que este último tuvo una evolución de siglos, mientras que el derecho pretorio fue reemplazado, con el tiempo, por la codificación y la cristalización de las normas jurídicas.

2. La equity

Al principio la *equity* era un sistema jurídico supletorio al *common law*, es decir que constituía un sistema jurídico separado de éste. En la evolución histórica del derecho inglés, la *equity* nació por "la necesidad de tutelar situaciones jurídicas nuevas no contempladas por el derecho común; o suministrar a supuestos,

originalmente abarcados por éste, soluciones nuevas y más equitativas"¹⁵.

Actualmente, la *equity* está incluida dentro del *common law*, formando parte de éste. Y su función es suplirlo en donde hay lagunas, o en donde el *common law* no puede resolver, o en donde lo hace defectuosamente, siempre teniendo presente cada caso en particular. *

Yendo al derecho romano: ¿quiénes introdujeron la equidad en el derecho civil? Fueron los pretores.

Con la pretura, se rompe la rigidez del derecho quiritarario: dada su facultad para administrar justicia, los pretores, no aplicaron la letra de la ley civil, sino que lo hicieron buscando una solución más justa teniendo en miras a la equidad. Así rompieron el molde de la antigua ley, y permitieron que costumbres e instituciones del derecho de gentes se introdujeran en el derecho romano para actualizarlo. Y, contemplando la realidad romana, buscaron soluciones acordes a los casos concretos que se les presentaban.

Otra vez, encontramos un paralelismo entre el *common law* y el derecho romano.

3. La costumbre

Por último, entre los muchos caracteres del *common law* encontramos la costumbre como su fuente directa.

De hecho, para los doctrinarios tradicionalistas del *common law* (Blackstone y sus discípulos¹⁶), éste es "la costumbre, es decir, el hecho social de un modo reiterado de actuar" y no un conjunto de sentencias judiciales dictadas en una jurisdicción determinada¹⁷.

Lo que significa que para la teoría tradicional, lo que recogen los jueces en sus sentencias son las costumbres del lugar de su jurisdicción (por eso es que las sentencias de otros jueces o tribunales de otras jurisdicciones no son de obligatorio acatamiento), y estas costumbres, al estar asentadas en las sentencias, se van transformando en normas generales a las que deben someterse las sentencias de los jueces posteriores. Pero si las costumbres de un lugar

¹⁵ Juan Carlos Ghirardi, *El Derecho Romano y el Derecho Anglosajón*, op. cit.

¹⁶ Mencionados por Julio Cueto Rúa en "El Common Law. La tesis tradicional", LL, 84-765.

¹⁷ Julio Cueto Rúa, *El Common Law. La tesis tradicional*, op. cit.

cambian, con el tiempo, este cambio debe verse reflejado en aplicación de las sentencias precedentes adaptadas por el juez al momento actual.

Con el nacimiento del derecho honorario, los pretores ponderaron el derecho civil con las costumbres de la época en que vivieron, actualizando así las normas que regían a los romanos. Y manteniendo "vivo" y dinámico al derecho. Con el cambio de los usos y costumbres, los pretores posteriores cambiaban las soluciones de los que los habían precedido para mantener la justicia en los casos en los que debían resolver.

Es decir, que tanto pretores, como jueces de derecho anglosajón tienen en común ir adaptando el derecho con el surgir de nuevos usos y costumbres. Aunque en el *common law* la influencia de la costumbre es mucho mayor de lo que fue en el derecho pretoriano.

C. Derecho Continental Europeo y *Common Law*: su base en el Derecho Romano

Por todo lo expuesto en el punto anterior, podría afirmarse con certeza que el *common law*, tiene grandes semejanzas con el derecho honorario o pretoriano, que forma parte del derecho romano. Y, siendo que Inglaterra fue dominada por los romanos durante más de cuatro siglos, ¿no es acaso más que probable que algunos rasgos de su derecho tengan fuente romanista?

Así, tanto el derecho continental europeo (cuya base está sobre todo en la última etapa del derecho romano) como el derecho anglosajón tendrían como fuente común al derecho romano.

V. Conclusión

En todo este trabajo pretendí demostrar que el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón o *Common Law* no son dos sistemas jurídicos opuestos. Y que lo que hay que contraponer es el sistema jurídico del Derecho Continental Europeo (y Latinoamericano) con el sistema jurídico del *Common Law*.

Más allá de ello, de todo lo que leí e investigué, quiero terminar planteando dos interrogantes: en primer lugar, ¿de qué manera se

pueden acercar estos dos sistemas jurídicos para llegar a una óptima solución de los conflictos jurídicos? Y en segundo lugar ¿por qué no intentar encontrar qué instituciones de aquel sistema pueden servir para mejorar el que nosotros tenemos en vigencia?

Bibliografía

- CUETO RÚA, JULIO, "El Common Law. La tesis tradicional", *LL*, 84-765.
- CUETO RÚA, JULIO, "El Common Law. Modernas tendencias", *LL*, 84-816.
- CUETO RÚA, JULIO, "El Common Law. Stare Decisis", *LL*, 84-910.
- GHIRARDI, JUAN CARLOS, *Derecho Romano I*, Eudecor, 3ª ed., Córdoba, 1997.
- GHIRARDI, JUAN CARLOS, *El Derecho Romano y El Derecho Anglosajón*, Explanatio, Córdoba, 1994.
- GHIRARDI, JUAN CARLOS, "Los casos de Marco Publio Venator", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U. N. C., Córdoba, 2000.
- GOTTHEIL, JULIO - FIALLOS, MARIANO, "Criterios de objetividad en el derecho", *LL*, 84-841.
- MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO, *Introducción al Derecho*, Ábaco, Bs. As., 1991.
- MOUCHET, CARLOS - ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *Introducción al Derecho*, Perrot, 11ª ed., Bs. As., 1987.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, 2ª ed., Bs. As., 1995.
- ORGAZ, ARTURO, *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, Assandri, Córdoba, 1961.
- OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, 24ª ed., Bs. As., 1997.
- PETIT, EUGENE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Albatros traducción de la 9ª ed., Bs. As., 1961.