

III

EL ESPIRITU DEL DERECHO ROMANO

A
Don Juan Iglesias Santos

A la memoria de
Don Ursicino Alvarez Suárez

SUMARIO: I. Introducción.—II. El espíritu del Derecho Romano: premisas comunes en los Discursos de Don Juan Iglesias Santos y Don Ursicino Alvarez Suárez.—III. El espíritu del Derecho Romano en el Discurso de Don Juan Iglesias Santos.—IV. El espíritu del Derecho Romano en el Discurso de Don Ursicino Alvarez Suárez.

I. INTRODUCCION

La razón de estas páginas tiene un doble fundamento. El homenaje que como romanista le debemos a don Juan Iglesias Santos con motivo de su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en el mes de mayo de 1980. Por otra parte, también encontramos una justificación en el que tal vez fuera el último escrito de don Ursicino Alvarez Suárez sobre Derecho Romano —en todo caso, uno de los últimos—; más exactamente su discurso de «Contestación» al discurso de «Ingreso» del profesor Iglesias Santos en la mencionada Real Academia¹.

Feliz coincidencia esta en que las últimas líneas de un investigador vienen a constituir como su testamento intelectual. Afortunado aquel investigador cuyas líneas motivaron aquel último escrito de un amigo y colega. En esta relación simétrica se hallan, respectivamente, don Ursicino Alvarez Suárez y don Juan Iglesias Santos. Y ambos escritos, por ambas circunstancias, tocan la categoría de lo sublime cuando el contenido de ambos discursos versa sobre lo único perenne en el hombre y en los saberes universitarios: el espíritu y, en el caso de los dos autores, sobre

1. Publicados ambos Discursos en un solo libro por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en aquel mismo año, bajo el título: *Espíritu del Derecho Romano. Discurso leído el día 12 de mayo de 1980, en su recepción pública, por el Excmo. Señor D. Juan Iglesias Santos y Contestación del Excmo. Señor D. Ursicino Alvarez Suárez* (Madrid, 1980). Recientemente se publicó la 2.ª ed. inalterada del Discurso de Don Juan IGLESIAS SANTOS, *Espíritu del Derecho Romano* (Madrid, 1983).

aquello que en definitiva fue y es el desvelo de sus esfuerzos académicos: el espíritu del Derecho Romano.

A pesar de que los discursos de ambas personalidades son dos obras independientes de contenido, también son dos escritos complementarios el uno del otro. De tal suerte que si ambos trabajos llegasen a ser —para don Ursicino lo fue²; de don Juan todavía esperamos mucho de su saber romanístico y estético y de su pluma castiza— las dos visiones generales de dos romanistas en el cénit de su madurez, entonces serán dos síntesis generales del Derecho Romano que marcharan indefectiblemente unidas en la Historia del Derecho Romano en España, y no se podrá concebir una sin hacer referencia a la otra. Así, pues, ambos escritos ocuparán un lugar de honor en dicha Historia; Historia que en nuestra patria tiene dos fases: la del Derecho Romano vulgar de los visigodos, y la de la recepción culta boloñesa. Pero, si no me equivoco, y dada la poca bibliografía sobre el tema³, dicha historia está por hacer, tanto en una como en otra fase, aunque algo se ha hecho; más en la primera que en la segunda⁴. En todo caso, sería de desear que circunstancias como las que motivan estas páginas, fuesen la piedra de toque para que los romanistas españoles e hispanoamericanos comenzáramos a reflexionar sobre la Historia del Derecho Romano en España e Hispanoamérica, no sólo de los pasados siglos, sino también de nuestro siglo⁵.

2. En las páginas del *AHDE* 51 (1981) p. 824 ss., se daba la nota necrológica de Don Ursicino Alvarez Suárez, quien fue una de las figuras más queridas y respetadas de la Universidad española.

3. Fundamentalmente, las obras de LARRAONA Y TABERA, *El derecho justinianeo en España*, en *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* Bologna III p 83 ss.; FONT-RIUS, *La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*, en *Recueil de Mémoires et travaux* VI (Montpellier, 1967) p. 25 ss., y G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Los comienzos de la Recepción del Derecho Romano en España, y el Fuero Real*, en *Diritto Comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, en *Atti del Convegno di Verona* (1979) p. 251 ss.

4. Para el Derecho Romano Vulgar de los Visigodos, y limitándonos a los investigadores de la Península Ibérica, no se hace necesario consignar aquí detalladamente las contribuciones de personalidades, tales como las de Don Claudio Sánchez Albornoz, Don Alfonso García-Gallo, Don Paulo Merêa, Don Rafael Gibert y Don Alvaro d'Ors. Respecto a la Recepción Culta Boloñesa, cabe esperar muchos frutos del reciente «Proyecto de un *Corpus Iuristarum Hispaniarum*» encabezado por el Prof. Antonio Pérez Martín, y del cual se da cabal noticia en el *AHDE* 51 (1981) p. 859 ss.

5. Para nuestro siglo xx, quizá constituye un punto de partida para esa Historia deseable del Derecho Romano en España, las reflexiones de A. d'ORS, *Retrospectiva en las bodas de plata con la Cátedra*, en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid, 1980) [= *Retrospectiva de los XXV años*, en *Atlántida. Revista del pensamiento actual* 7 N.º 42 (Madrid, 1969) p. 620 ss.], y de P. FUENTESECA, *Un treintenio de Derecho Romano en España: Reflexiones y perspectivas*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez* (Madrid, 1978) p. 137 ss.

Sería esta precisamente una de las grandes empresas que podría asumir la recientemente constituida *Asociación Española de Derecho Romano*, surgida como fruto esperanzador de las *II Jornadas de Profesores de Derecho Romano*, habidas en Madrid en el mes de marzo del año en curso, promovidas y organizadas eficaz y generosamente por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Tratamos en esta ocasión de comentar un libro —realmente, dos—, con mayor amplitud y soltura que las habituales en una simple reseña. Por tanto, recorro para ello al género literario científico de la miscelánea. Si bien en un principio pensamos en la posibilidad de estructurar nuestra miscelánea en forma de diálogo entre don Ursicino y don Juan, ello no fue posible, precisamente por tratarse de un «discurso de ingreso» —el de don Juan—, y de un «discurso de contestación» —el de don Ursicino—, en donde, salvo la jerarquía de los años y la académica de aquel momento, se encontraban dos autoridades en Derecho Romano ampliamente reconocidas, meditando sobre aspectos de la disciplina constitutivos del «espíritu» del Derecho Romano. No se encontraban, pues, en una relación de autoridad —que responde—, y potestad —que pregunta—. Simetría ésta que hace posible el «diálogo» a la manera socrática. Pero tampoco, como desde otra perspectiva puntualizaba el profesor Alvarez Suárez «... se trata de una verdadera "contestación", a pesar de su nombre. "Contestar" equivale al latín *respondere*, y no al latín *contestare* que significa contrastar la realidad o veracidad de algo ante testigos (*con-testare*). Por consiguiente, de lo que ahora se trata no es de "responder" al discurso del profesor Iglesias, sino de contestar ante testigos..., la veracidad de las afirmaciones que en el discurso se contienen, y de un modo especial la originalidad de su postura, el acierto de su desarrollo y la valía de su aportación a la ciencia romanística» (p. 132).

En efecto, concluíamos nosotros, «contestar» es contraponer una afirmación a otra, es «replicar», y no se trata de ello en el discurso del profesor Alvarez Suárez. Por tanto, ni «diálogo» ni «contestación». Se trata más bien de dos escritos independientes pero relacionados entre sí por dos circunstancias sustanciales y formales al mismo tiempo: primera, el tema y, en segundo término, la coyuntura de que el segundo, es decir, el de «contestación» hace un balance del primero, es decir, del de «ingreso».

Por lo demás, no vamos a tomar partido sobre aquellos dos discursos, ni tampoco vamos a asumir una posición de «tercero en discordia». Menos aún cuando no encontramos «dos en discordia», pues estamos convencidos que las grandes síntesis de

una disciplina —como podemos calificar a los dos discursos— no pueden ser fruto sino de un laboreo constante durante las décadas previsibles de la vida humana, situación que no es la nuestra, pero sí lo fue en la vida de don Ursicino y lo es en la de don Juan.

Por último, a pesar de que los discursos de ambas personalidades están unidos material y temáticamente, dicha unidad no impedirá, hasta donde sea posible, presentar el pensamiento singular de cada una de ellas en torno a este tema. Tema en verdad de raigambre secular en la doctrina romanística internacional. Si bien es cierto cada uno de los discursos puede ser leído y estudiado perfectamente de forma independiente, no es menos verdad que el de «contestación» de don Ursicino Alvarez Suárez, como no podía dejar de ser, dada su naturaleza, remite constantemente al del homenajeado. De allí el acierto, ya tradicional, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de presentar este tipo de escritos de forma unitaria materialmente.

II. EL ESPIRITU DEL DERECHO ROMANO: PREMISAS COMUNES EN LOS DISCURSOS DE DON JUAN IGLESIAS SANTOS Y DON URSICINO ALVAREZ SUAREZ

Decíamos anteriormente que el tema del «espíritu del Derecho Romano» ha tenido un atractivo especial para los estudiosos del Derecho Romano en una tradición doctrinal ya secular. Pues bien, con esta perspectiva científica los profesores Iglesias Santos y Alvarez Suárez inician sus respectivos discursos con unas mismas premisas; premisas que recogen el *status quaestionis* de la romanística internacional sobre la concreción de los principios que informan todo el andamiaje jurídico romano. Es por ello que haremos una breve presentación de los antecedentes conceptuales y bibliográficos de los cuales parten ambos autores, con sus matizaciones propias; antecedentes que necesariamente han de ser el punto de referencia de todo aquel que quiera profundizar —como lo hacen los autores— en el «espíritu del Derecho Romano».

A pesar de que don Ursicino dedica el penúltimo capítulo de su estudio al concepto de «espíritu en el campo de la religión» (p. 181 ss.), para efectos de esta miscelánea preferimos destacarlo como premisa del tema. En efecto, el término mismo «espíritu» se circunscribió en nuestra civilización occidental al campo de la teología-filosofía hasta los siglos XVII-XVIII. Período este en que muchos términos exclusivos del campo teológico-filosófico comenzaron a secularizarse para quedar reducidos al mero ámbito filo-

sófico e invadir otros campos de conocimiento. En efecto, a partir de aquella época, la palabra «espíritu» ha ido incorporando muchos matices, según los sistemas filosóficos racionalistas: sustancia incorpórea, alma racional, entendimiento, principio vital, materias sutiles, etc., hasta llegar al empleo que hace la filosofía del mencionado término circunscrito al hombre por contraposición a naturaleza. Es así como dicha filosofía ha tomado tres direcciones fundamentales sobre la esencia del «espíritu humano»: i) afirmación de su finitud: Locke, Hume, Berkeley, Kant, Darwin, Heidegger y Sartre; ii) afirmación de su infinitud: Fichte, Schelling, Hegel, Croce y Brunschvigc, y iii) afirmación de su finitud e infinitud conjuntamente: M. Buber, Plessner y Gehlen. Es precisamente en aquella época que aparece el primer antecedente del término «espíritu» empleado en el campo jurídico-político. Nos referimos, siguiendo a los profesores Iglesias Santos (p. 15 ss.) y Alvarez Suárez (p. 148 ss.), al barón de Montesquieu y su clásica obra *L'esprit des lois*, publicada en 1748. Después de un somero pero agudo análisis del pensamiento de este autor, tanto el profesor Iglesias Santos (p. 15) como el profesor Alvarez Suárez (p. 149 ss.), destacan cómo para Montesquieu, el «espíritu de las leyes» no es un principio superior inspirador, sino una resultante del clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los hábitos.

Dentro del campo de nuestra disciplina, habrá de transcurrir un siglo, más o menos, hasta que el término «espíritu» sea empleado para aplicarlo al Derecho Romano de forma literal: *el espíritu del Derecho Romano (Der Geist des römischen Rechts auf dem verschiedenen Stufen seiner Entwicklung)* por el jurista alemán R. von Ihering en 1852. Dicho título ha pasado a denominar una parcela autónoma de estudio de nuestra ciencia y, normalmente, por su gravedad, constituye la atalaya desde la cual los romanistas en su madurez contemplan el panorama global del Derecho Romano. Por otra parte, aunque ya en el siglo XX muchos autores han adoptado otras denominaciones (Schulz: *principia*; De Francisci: *primordia*; Wieacker: *romanidad*; Biondo Biondi: *prospettive romanistiche*), en sustancia, califican o pretenden calificar aquello que R. von Ihering quiso definir: el espíritu del Derecho Romano como principio o principios superiores inspiradores del sistema jurídico romano. Es decir, que R. von Ihering invierte el término propuesto por Montesquieu.

Tanto el profesor Iglesias Santos, quien dice textualmente: «¿Una resultante, un resultado, el espíritu? Sin negar que hay un juego de afuera hacia adentro y de dentro hacia afuera, estimo que el espíritu es la sobrealma de eso que llamamos *moeurs*. Es

la hoguera oculta de un fuego avivado por misterio del corazón. Es la savia nutricia de unos sueños que forcejean por trocarse en empresa de vida que mira hacia adelante. Y cuanto más, mejor. Y si es posible, como ocurre en el caso de Roma, *in aeternum*, hacia la eternidad» (p. 15), como el profesor Alvarez Suárez (p. 185), se colocan en la línea abierta por Ihering y por Schulz, principalmente, ya que enfocan sus estudios a los *principia*, a los *cunabula iuris*, en expresión afortunada del profesor Iglesias Santos (p. 12).

Una vez sentadas estas dos premisas por los dos autores —que no las únicas pero, en nuestra opinión, las más importantes—, procede cada uno de ellos a tomar posición sobre el espíritu del Derecho Romano. Dicha toma de posición individual nos presenta esta característica. Mientras el discurso de ingreso del profesor Iglesias Santos se dirige a la «interioridad» misma del espíritu del Derecho Romano, es decir, a señalar y estudiar lo que en su opinión serían los grandes rasgos claves del Derecho Romano, el discurso de contestación del profesor Alvarez Suárez se ordena a la «exteroridad» del espíritu del Derecho Romano desde dos ángulos visuales: el jurídico, donde el autor expone el desenvolvimiento lineal de la idea misma de espíritu del Derecho Romano, y el de la Filosofía de la Historia que, a su vez, acompaña al anterior, para concluir con un balance ponderativo del contenido que el profesor Iglesias Santos le da al concepto de espíritu del Derecho Romano.

Así, pues, expondremos someramente, en el orden arriba indicado, el contenido de uno y otro escrito, pero ahora de forma independiente.

III. EL ESPIRITU DEL DERECHO ROMANO EN EL DISCURSO DE DON JUAN IGLESIAS SANTOS

En las líneas iniciales del discurso del profesor Iglesias Santos encontramos la base sobre la cual desarrolla todo su pensamiento posterior sobre el tema: «El espíritu del Derecho Romano es todo uno con el espíritu de Roma. He dicho de Roma, que es decir lo romano... Lo romano no es sino la manera de irse haciendo ese todo un pueblo que a todas horas —en las ascendentes y decisivas, desde luego— se pronuncia como tal. La manera, el estilo —repertorio de dominantes caracteriológicas y herencia temperamental— de fraguarse ese todo un pueblo, todo conciencia colectiva, por espoleo de un mismo y solo espíritu» (p. 11).

El autor divide su discurso en dos grandes capítulos. En el primero trata de caracterizar «lo romano» en toda su amplitud,

es decir, más allá de lo meramente jurídico, aunque también en esta sede trata de los *principia* del Derecho Romano, pero desde una perspectiva general y por ello titula este capítulo: *El «ius», su entraña y su entorno* (pp. 15 a 85). En el segundo, ya caracteriza exclusivamente los *cunabula iuris* del *ius romanum* y, entonces, denomina esta sede como *La noción de poder y el «ius privatum»* (pp. 87 a 121).

Destaquemos algunos puntos de uno y otro capítulo que, en nuestra opinión, merecen ser resaltados especialmente.

i) *El «ius», su entraña y su entorno.*

Si no me equivoco, «lo romano» en donde el profesor Iglesias Santos encuentra el «espíritu del Derecho Romano», se reconduce a tres órdenes de valores. Primero, a una serie de ideas-madres o valores intangibles que definen y conducen al *civis romanus* en todo su quehacer cotidiano e histórico. Valores intangibles que el autor engloba bajo el término genérico de *officium* (p. 46 ss.) o, para mejor decir, *officiis*. Tales son, en primer lugar, la conocida trilogía virgiliana de la *fides (religio)*, la *pietas* y la *humanitas*. Pero también agrega a las anteriores la *aequitas*, la *reverentia* y la *amicitia*. En segundo término, a una serie de valores político-jurídicos que se proyectan desde la *familia* a la *res publica (civitas)* (p. 50 ss.), tales como la *auctoritas*, la *libertas* y la *potestas*.

Los anteriores dos órdenes de valores intangibles son para el autor los verdaderos manaderos, *cunabula iuris*, del espíritu del Derecho Romano. Mediante el análisis pormenorizado de cada uno de ellos, nos va indicando cómo dichos valores siempre están presentes en el nacimiento y desarrollo de las instituciones, no sólo políticas sino también jurídicas de la civilización romana. Instituciones que si bien es cierto pudieron haber estado mediatizadas por diversos factores externos, entre los cuales no se descartan los socioeconómicos, no es menos verdad que siempre presentan una última justificación en aquellos valores intangibles que, en definitiva, no son más que los valores morales de dicha civilización.

En este punto central de su pensamiento, el profesor Iglesias Santos se aleja rotundamente de R. von Ihering de quien, por lo demás, se reconoce tributario en el estudio del tema. En efecto, Ihering parece reducir el contenido del espíritu del Derecho Romano a un «egoísmo disciplinado» de los intereses materiales. Como es sabido, la obra de R. von Ihering se orienta hacia la línea de pensamiento adversa al planteamiento del Derecho privado conforme a los postulados de la dogmática creada por la ciencia pandectística alemana. La nota común de aquella línea de

pensamiento es la de entender el Derecho en función de la realidad, que la tendencia dogmática había sacrificado al concepto. Lo aprendido en su análisis del caso romano llevó posteriormente a Ihering a buscar una teoría general de la realidad jurídica. Al intentarlo halló que ésta era imposible sin elaborar una sociología, una teoría general de la sociedad. A ello debemos el libro de sociología jurídica, tal vez más hondo y sistemático que poseemos: *Zweck im Recht* (en dos volúmenes, de 1877 y 1884). Así pues, el Derecho convertido en mera realidad social, es un medio para imponer el poder y los intereses, de donde se deduce la necesidad de la lucha en defensa del propio derecho, en cuanto que de ello depende el desarrollo y la conservación del Derecho objetivo, cuyo elemento creador no es otro que el fin de cada particular o el de la sociedad (*Kampf um's Recht*, de 1872). Desembocó así R. von Ihering en un naturalismo jurídico, afín al positivismo sociológico de Comte, al utilitarismo de Bentham y a la concepción evolucionista de la biología de Darwin (*struggle for life*), que conduce a que la determinación del contenido del Derecho quede entregado al arbitrio de los intereses en controversia, por haber sido eliminados del campo jurídico los valores metajurídicos, y haber olvidado que es en el juicio donde el Derecho se produce y realiza, y no en una pretendida voluntad individual o social, que puede incluso llegar a afirmarse como despótica o, al menos, violentamente revolucionaria, de donde no pueden sino derivarse consecuencias nefastas para la cultura jurídica.

Por el contrario, en aquellos órdenes de valores intangibles se sustenta el gran valor romano de lo jurídico y de lo justo, del *ius romanum* o *ius romanorum*.

Del primer capítulo del discurso del profesor Iglesias Santos, queremos destacar, en aras de la brevedad, dos temas que, en nuestra opinión, son los más importantes para definir, respectivamente, la entraña y el entorno del *ius romanum*. Nos referimos a la *iurisprudentia* que es tanto como hacer referencia a los *iurisprudentes*, cuya presencia late a lo largo de todo el estudio del autor; luego, a la conocida contraposición *ius publicum* - *ius privatum*.

Dice el profesor Iglesias Santos: «El *iurisprudens*, un particular, no un magistrado —recalquémoslo—, es hombre «egregio». También él, senador sin serlo, queda fuera del común rebaño. Cargado de saberes en materia jurídica, de él se dice que es *princeps civitatis*, como se dice de su casa que es oráculo de la ciudad: *est enim sine dubio domus iuris consulti totius oraculum civitatis* (Cic. *De orat.* 1,45,200)» (p. 53). En efecto, puede decirse

que el *responsum* es la actividad más típicamente jurisprudencial no sólo por cuanto más amplia y más permanente, sino también porque caracteriza mejor la función de *auctoritas* propia de los prudentes, en cuanto la relación pregunta - respuesta es conatural a la típicamente romana conexión *potestas - auctoritas*. Así, a la pregunta de quien tiene poder reconocido socialmente se corresponde la respuesta de quien tiene saber reconocido socialmente, y es por ello *auctor* (responsable, que responde) quien emite el *responsum*. Es por ello que el *ius* tiene un estilo de creación eminentemente culto, alejado por igual del modo imperativo (legalista) que del espontáneo (consuetudinario). Es de notar que aunque la mayor parte de los autores contemporáneos ponen la costumbre como piedra angular del *ius civile*, y se subrayan sus cualidades de inderogabilidad y flexibilidad (sobre los rasgos del *ius romanum*, vid. p. 73 ss.), los romanos nunca se refieren al *ius civile* como *consuetudo* ni como *mores*, ni consideran aquélla propiamente una fuente de derecho en el período clásico, y esto contrasta con el hecho de que la jurisprudencia no está omitida en ninguna de las listas de fuentes que nos entregan los textos. Se puede argumentar que los juristas crearon el *ius* a través de *responsa*, pero sin la conciencia de estar creando, sino con la convicción de interpretar, y ello hasta puede ser verdad, mas la realidad es que lo que «interpretaban» eran las precedentes respuestas, y no los usos sociales o las concepciones populares sobre materias de derecho. Así, pues, si realmente hay continuidad en el desarrollo del *ius*, ello se debe a que existe una tradición intelectual docta, que enlaza los *responsa* del pasado con los del presente. Es significativa la primacía del *responsum* en la actividad jurisprudencial, pues ello indica que para los romanos, el derecho está concebido como la solución de cada caso concreto, lo cual guarda estrecha coherencia con la articulación de los litigios a través de fórmulas individualizadas. También es necesario observar que, cuando se recurre a la generalización, la jurisprudencia lo hace no con la finalidad de crear una regla abstracta y universal, sino para trasladar la solución de un caso concreto a otro igualmente concreto. La abstracción operada por impulso de un intelecto generalizante, productora de «*regulae*» autónomas, en la forma que los compiladores dispusieron la parte final del libro 50 del Digesto, permanece durante la época clásica como un fenómeno marginal y aislado, resquicio de influencia helenística y moda escolar.

Así, pues, en la época clásica, el sistema de acciones (*agere per formulam*) y la primacía jurisprudencial son causa de una evolución continua, dinámica y pacífica del derecho, ya que si el

derecho es, ante todo, el derecho del caso, y puesto que cada caso es nuevo en alguna medida, el derecho tiene ocasión de renovarse a propósito de cada nueva solución.

El modo de proceder —en términos generales, el método— de los juristas es un arte que puede concentrarse en la resolución del caso, pero no se ha de decir sino de manera amplia que existe «un» método jurisprudencial, ya que al parecer existen matices personales que, en el presente estado de nuestros conocimientos, no se hallan determinados en el grado que sería de desear. La vía normal de los juristas para la creación se llama *interpretatio*, pues la antigua jurisprudencia pontifical no manifestaba pretensiones de ir más allá de una modesta labor interpretativa sobre el texto de las XII Tablas. Pero en realidad, bajo esta denominación que no designa adecuadamente el alcance productivo y la importancia de la jurisprudencia, se deben distinguir dos actividades diversas, cuales son la *interpretatio* propiamente dicha por una parte, y la labor que podríamos denominar de integración del derecho, incomparablemente más rica y frecuente que la anterior.

Respecto a los ámbitos de *ius publicum - ius privatum* (p. 52 ss.), el profesor Iglesias Santos pone de presente cómo la diferencia entre ambos no es de contenido sino de fuentes. De manera que se llama *ius publicum* aquél que procede de un magistrado en cuanto tal, quien mediante un acto solemne, comunica al *populus* el texto de la fuente. En el sentido más propio, *ius publicum* es el que se expresa mediante *lex publica* o en el Edicto. *Ius privatum*, por el contrario, es el que emana de una fuente privada, que puede ser la *lex privata*, un *responsum* jurisprudencial y hasta inclusive un *mandatum* imperial, ya que el Príncipe, en cuanto dicta principios para la disposición de los bienes del Fisco, ordena su propio patrimonio privado. Sólo a fines del período clásico, cuando las distintas formas de producción jurídica se funden en una sola fuente que es la voluntad del príncipe impuesta a los jueces, se va a considerar que el *ius* es *publicum* o *privatum* según si afecta o no al interés general de la República. Este cambio de punto de vista es el que se advierte en el célebre pasaje D. 1,1,1,2, atribuido a Ulpiano, y que acaso se pueda tener por genuino. Por aquel entonces, el concepto de *ius* no está ligado ya al *iudicium*, y la burocratización de la jurisprudencia ha terminado por desviar la atención de los juristas hacia cuestiones de administración pública.

ii) *La noción de poder y el «ius privatum».*

Como es sabido, la primera exposición sistemática del *ius civile* se debe a Q. Mucio Escévola, «El Pontífice», quien seguía el siguiente orden de materias: herencia, personas, cosas y obligaciones. En este sistema se fundará después el de Sabino: herencia, personas; en cambio, la tercera es la de obligaciones, y la cuarta de cosas. Este orden era muy incompleto en comparación con el edictal. Por otra parte, la colocación del derecho de personas en cabeza aparece en los libros de *institutiones: personae, res, actiones* (Gai. 1,8) y en el postclásico Hermogeniano (D. 1,5,2), que intenta combinarlo con el orden edictal.

Ahora bien, el segundo capítulo de su trabajo lo dedica el profesor Iglesias Santos al estudio de los principios superiores inspiradores del *ius romanum*, pero aquí no en general, sino respecto a cada una de las grandes instituciones del *ius privatum*. Y, a propósito de la sistemática del Derecho Privado Romano dice el autor: «Nuestras pautas, nuestras clasificaciones, nuestros criterios actuales no valen para ordenar y ponderar, en forma debida, el Derecho privado romano. De una parte, tal Derecho privado no lo es respecto de quienes hoy día decimos "individuos" u "hombres singulares"; de otra, su fuente y discurso no responden a determinaciones estatales. En rigor, una exposición certera —ajustada— del Derecho privado romano obligaría a que nuestros manuales y tratados otorgarían primacía al Derecho de familia. Cabría, a este respecto, hacer una de estas dos cosas: a) situar el Derecho de familia en cabeza de todo; b) hacer que "todo" —herencia, derechos reales, obligaciones— se explicase "desde la interioridad del Derecho familiar"» (p. 94). El profesor Iglesias Santos se decide por la primera posibilidad distribuyendo, entonces, cada parte así: familia, derechos reales, obligaciones y herencia. Todo ello precedido por lo que vendría a ser el nudo central del Derecho romano clásico: el proceso, y concretamente el sentido objetivo y subjetivo del «*ius*» (p. 87 ss.). De este segundo capítulo del estudio del autor, queremos detenernos en este último aspecto.

La identificación entre derecho y acción mantiene el concepto de *ius* alejado tanto de lo que llamamos «derecho objetivo» como de lo que se ha dado el nombre de «derecho subjetivo», o para mejor decir con palabras del autor: «Por lo pronto no conviene a lo romano nuestras nociones actuales enraizadas en esa concepción liberal decimonónica que trabaja con los binomios sociedad-derecho objetivo, de un lado, e individuo-derecho subjetivo, de otro» (p. 87). En efecto, estas categorías son extrañas a la men-

talidad romana, que ve en el *ius* no un «ordenamiento» ni tampoco una «facultad», sino que el concepto de *ius* no excluye los aspectos subjetivos y objetivos, pues los abarca en una síntesis superior.

Si es exacto, como cree Kaser, que el *ius* es en su origen la actuación procesal de una persona, de manera que puede afirmar, como en la fórmula oral de la *legis actio*, un «*ius feci*», no tendría nada de extraño que la expresión se pudiera usar más tarde como fundamento de la *actio iudicati*, ya que el ejecutante tiene en su favor el *ius* de la sentencia, o el que procede de la *confessio in iure*. Otra vía para subjetivar el *ius* pudiera haber sido la extensión del concepto a la posibilidad de actuar justamente, es decir, a la expectativa fundada de obtener una sentencia favorable, de acuerdo con un sistema previsible de soluciones judiciales, fundamentado sobre todo en los *responsa* jurisprudenciales. Pero los textos genuinos del Digesto y de Gayo en que aparece la expresión *ius*, difícilmente pueden reducirse a unidad o, por lo menos, a dualidad según nuestra distinción objetivo-subjetivo, porque si es verdad que muchos de ellos pueden interpretarse en el sentido objetivo y otros en el subjetivo de «facultad», «atribución» o «esfera jurídica», o «causa», o «situación», o «condición», también es cierto que en numerosas ocasiones, dicha reducción es imposible.

IV. EL ESPIRITU DEL DERECHO ROMANO EN EL DISCURSO DE DON URSICINO ALVAREZ SUAREZ

Decíamos en el apartado II de este trabajo cómo el discurso de «contestación» del profesor Alvarez Suárez, se ordenaba a la «exterioridad» del espíritu del Derecho Romano desde dos ángulos visuales: el jurídico, donde el autor —a lo largo de los capítulos II, III y IV de su escrito— desarrolla el desenvolvimiento lineal de la idea misma del espíritu del Derecho Romano; luego, desde el ángulo visual de la Filosofía de la Historia que, a su vez, acompaña al anterior, y al cual el autor destina el capítulo V. A ambos aspectos del discurso del profesor Alvarez Suárez dedicaremos las páginas siguientes.

i) *El espíritu en el campo jurídico.*

Frente a la posición de R. von Ihering que el profesor Alvarez Suárez analiza (p. 150 ss.), lo mismo que el profesor Iglesias Santos, aquél destaca paralelamente el «espíritu del pueblo» en la

Escuela Histórica (p. 153). En efecto, antes que Ihering, sus maestros Puchta y Savigny —el grupo que se denominó «escuela histórica del derecho»— habían hecho un primer ensayo de insuflar reviviscencia en las congeladas leyes romanas. La «escuela histórica» había nacido bajo la influencia de Herder, por un lado, y de la filosofía romántica que Schelling inspiraba, por otro. Para ella las formas jurídicas son emanación de cada «alma o espíritu nacional» —*Volksgeist*—, en el mismo sentido que puede decirse esto de las canciones o los usos populares. El «espíritu nacional» era una potencia latente, misteriosa, que mueve a cada colectividad de tipo pueblo o nación. El derecho sería, según esto, uno de los repertorios de gestos en que un «alma nacional» se expresa. Esta manera de ver un sistema de instituciones como si fueran resultado lírico de un pueblo tenía razón frente a la concepción antes en vigor que hacía del Derecho romano algo absoluto, prototipo y sustancia de todo derecho. La «escuela histórica», al adscribir los fenómenos jurídicos a cada pueblo y cada tiempo, era un primer ensayo para darles concreción, vivacidad, evidencia humana. En efecto, dice el profesor Alvarez Suárez: «Reaccionando contra la postura iusnaturalista, que seguía representando Thibaut, y que concebía el Derecho como algo dotado de un valor permanente e integrado por normas dictadas por la razón, que plasmaban en leyes generadas por un legislador, la escuela histórica dota al Derecho de una categoría nueva y trascendental, que revoluciona de modo sustancial el mundo jurídico, a saber: la "categoría histórica", sosteniendo la "historicidad" del Derecho y la "historicidad" de la jurisprudencia» (p. 153).

A este respecto se hace necesario destacar que el mismo Ihering es «historicista», pero pertenece ya a una generación que tiene medio cuerpo fuera del romanticismo mientras el otro avanza hacia una actitud vital de enérgico pragmatismo. Su obra *El espíritu del Derecho Romano*, representa muy exactamente esta doble inspiración. Por un lado, le aparece el hecho de los usos jurídicos romanos brotando de la peculiarísima situación que es la historia del pueblo romano. Mas, por otro lado, ese brotar no tiene un difuso e irresponsable carácter lírico, sino que las instituciones romanas son vistas como instrumentos, como máquinas; por tanto, como medios que sirven necesidades de la colectividad.

Así, pues, concluye el profesor Alvarez Suárez: «El espíritu de las leyes» de Montesquieu, el «espíritu del Derecho romano» de Ihering y el «espíritu del pueblo» de Savigny son tres concepciones radicalmente distintas de esa misteriosa palabra *espíritu*, cuyas diferencias hemos tratado de puntualizar y que también difieren, como más adelante precisaremos, del concepto que del

espíritu del Derecho romano nos ofrece el profesor Iglesias en el discurso de ingreso en nuestra Academia» (p. 157).

El siguiente paso en el desenvolvimiento lineal de nuestro tema es el dado por F. Schulz en 1934, con la publicación de sus *Prinzipien des römischen Rechts*. Como pone de presente el autor (p. 158 ss.), Schulz no pretende encontrar, a diferencia de Ihering, un principio superior inspirador del *ius romanum*, sino fijar unas constantes de ese *ius*; constantes que se descubren en las fuentes, aunque no de modo expreso habida cuenta de que los mismos juristas romanos no estaban inclinados al autoanálisis ni a la formulación de principios abstractos. Sin embargo —añade el profesor Alvarez Suárez (p. 159)—, esos principios se desprenden necesariamente de los resultados de la tarea de los juristas romanos y pueden extraerse de los datos particulares de su historia jurídica.

Otro hito importante lo constituye la obra de F. Wieacker: *Romanidad y Derecho romano*, publicada en su colección de trabajos genéricamente titulados *Vom römischen Recht* (2.^a ed. de 1961, pp. 1-17). Para Wieacker la esencia romana encuentra su expresión especialmente en sus orígenes, a pesar de las dificultades que suscita el tema etrusco y las oleadas inmigratorias de los itálicos. Señalados por Wieacker dichos orígenes, aunque con reservas, procede a complementar dicha idea con los rasgos caracteriológicos de los romanos. De uno y otro aspecto deriva Wieacker, principalmente, la capacidad romana para el arte jurídico y distingue entre *estructura formal del Derecho romano y fundamentos sensitivos materiales del Derecho romano*.

Por último, el profesor Alvarez Suárez (p. 167 ss.) estudia el pensamiento de Biondo Biondi en sus *Prospettive romanistiche* (1930); obra que se enmarca en la virulenta polémica sostenida con Betti sobre el método. Contra la postura de este autor, quien sostiene la inevitable necesidad de utilizar la dogmática moderna en el estudio y exposición del Derecho romano, Biondi sostiene la antihistoricidad que supone esa utilización y la única legitimidad de realizar una reconstrucción del ordenamiento jurídico con la mentalidad de los juristas romanos y con el empleo de un método estrictamente histórico. Para Biondi —señala el autor— la esencia misma del Derecho romano reside en la coexistente pluralidad de sistemas jurídicos: el *ius civile*, el *ius honorarium* y el *ius extra ordinem*. Así, pues, concluye el profesor Alvarez Suárez (p. 168), Biondi no vincula la esencia del Derecho romano con ningún principio superior al que deba su existencia.

Tampoco pretenden descubrir ningún espíritu del Derecho romano, por más que sus observaciones ofrezcan un panorama de interés sobre temas importantes para nuestra ciencia, las *Pros-*

pettite romanistiche, de Poláček (1971), ni tampoco, como con modestia dice el autor (p. 169), su propio *Horizonte actual del Derecho romano* (1944).

ii) *El espíritu en la Filosofía de la Historia.*

Habíamos visto cómo en los siglos XVII - XVIII el término «espíritu» se seculariza para quedar reducido al mero ámbito filosófico, es decir, humano. Pues bien, también estudia el profesor Alvarez Suárez esta faceta con relación a la Filosofía de la Historia. Si bien es cierto el autor hace referencia al empleo del término tanto en la filosofía greco-latina como en la escolástica medieval (ésta en función de la teología), también señala agudamente cómo «el tema del espíritu no aparece con todo su vigor en el campo de la Filosofía prácticamente hasta la *Fenomenología del espíritu*, de Hegel, publicada en 1807» (p. 170).

Como es sabido, los actos propios del espíritu humano son el conocimiento y el amor, por los que se abre a la comunicación interpersonal y, radicalmente, a Dios. Pero el espíritu humano da vida a un cuerpo y se realiza en la historia asumiendo en esa relación interpersonal el mundo que le rodea. Da origen así a unas creaciones del espíritu —instituciones, cultura, arte, etc.— que tienen una realidad que perdura con independencia del sujeto que las hizo nacer; son, en ese sentido, formas objetivas del espíritu. El profesor Alvarez Suárez (p. 172 s.) resalta, entonces, cómo Hegel, basándose en ese hecho e interpretándolo desde sus presupuestos peculiares, habló de espíritu subjetivo (ser en sí), espíritu objetivo (ser fuera de sí) y espíritu absoluto (ser en sí y para sí).

Posteriormente Hartmann —continuando con el análisis del profesor Alvarez Suárez (p. 178 ss.)—, habló de espíritu personal, espíritu objetivo y espíritu objetivado. La distinción hegeliana, tal y como él la entiende, implica la reducción del hombre a una pura inmanencia, y es, en ese sentido, inaceptable.

Respecto al espíritu personal, tradicionalmente se ha comprendido al hombre concreto como una estratificación de tres niveles: en la Antigüedad y en la Edad Media eran el concupiscible, el irascible y el intelectual (Platón, Aristóteles, Santo Tomás). Los contemporáneos, principalmente Hartmann, hablan de cuerpo, alma y espíritu. El alma o psique es el factor de totalidad que da sentido y fin al organismo como potencia configuradora que sobreexcede las series causales. En este nivel falta lo que caracteriza al espíritu propiamente dicho: la conciencia del objeto y la conciencia del yo. El espíritu es así potencia autoconsciente y autodeterminante; realiza y forma el ser moral, que trasciende lo natural. Por su parte, para M. Scheller (p. 177 s.), el espíritu per-

sonal se define por las notas de *intencionalidad* (capacidad de apertura dinámica y teleológica) y de *trascendencia* (capacidad de ir más allá de sí mismo y de la vida).

En lo que se refiere al espíritu objetivo, el autor (p. 180) analiza el pensamiento de E. Spranger, para quien el espíritu objetivo es el conjunto de objetivaciones de la vida individual, el conjunto de formas superindividuales dotadas de sentido y susceptibles de comprensión. Dichas formas serían: la teórica, la económica, la estética, la social, la política y la religiosa. Igualmente estudia aquí el profesor Alvarez Suárez (p. 180 s.) el pensamiento de H. Freyer, quien analiza el espíritu objetivo como un *objeto* que alcanza su sentido en relación con la vida misma, aunque para su análisis deba separarse de ésta. Así, el espíritu objetivo adopta diversas *formas*, según el modo como se efectúa la actividad vital. Esas formas serían cinco: las obras, no sólo artísticas, sino también las religiosas y filosóficas; los útiles o instrumentos, los signos, las formas sociales, y la educación.

Por último, y en relación con el espíritu objetivado, éste es la exteriorización, plasmación u objetivación del espíritu personal y del espíritu objetivo históricamente vivido. La estructura del espíritu objetivado se define por tres componentes: la configuración real o imagen sensible, el contenido espiritual y la relación esencial al espíritu viviente (personal u objetivo). Así pues, el hombre, en cuanto nace y vive en la historia, se enfrenta con la propia cultura (espíritu objetivo) y en sus obras y decisiones expresa su riqueza interior (espíritu objetivado). Ahora bien, cuando la cuestión del método para estudiar la realidad espiritual surgió con notable énfasis a mediados del siglo XIX, W. Dilthey intentó con su *Introducción a las ciencias del espíritu* (1883), separar nítidamente las Ciencias de la Naturaleza de las *Ciencias del espíritu*. También el profesor Alvarez Suárez (p. 174 ss.) estudia someramente el pensamiento de este autor, ya que para Dilthey las ciencias del espíritu tienen por objeto la realidad histórico-social e intentan revivir y pensar las expresiones de esa realidad.

FERNANDO BETANCOURT
Facultad de Derecho
San Sebastián