

LEONARDO CINOTTI\*

## JHERING Y SU “ESPÍRITU DEL DERECHO ROMANO”: LECTURA DE UN JOVEN ESTUDIOSO

RESUMO. *Este artículo se pone el objetivo de ofrecer a los estudiosos e interesados de la Historia del Derecho Romano, así como de la Historia del Derecho en general, una interpretación y una lectura renovada de una de las obras ‘clásicas’ más importantes en esta materia, o sea «El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo» de Rudolf Von Jhering.*

*Este trabajo – que es enorme porque consta de cuatro volúmenes y casi dos mil páginas – marca, sin duda, un punto de inflexión sin precedentes en el enfoque al Derecho Romano y en la elaboración de un nuevo método de estudio de la historia de los fenómenos jurídicos.*

*En efecto, a través de una inmersión en todos los ámbitos de la historia del pueblo romano, desde el religioso, hasta el económico, social, cultural, antropológico y filológico, Jhering intentó descubrir el alma y la verdadera esencia del origen del Derecho Romano y del desarrollo de uno de los sistemas jurídicos que ha tenido más éxito en la historia.*

ABSTRACT. *This article aims to offer scholars and those interested in the History of Roman Law, as well as in the History of Law in general, an interpretation and a renewed reading of one of the most important ‘classic’ works on this subject, that is «The spirit of Roman Law at the various stages of its development» by Rudolf Von Jhering.*

*This work – which is enormous because it consists of four volumes and almost two thousand pages – marks, without any doubt, an unprecedented turning point in the approach to Roman Law and in the elaboration of a new method of studying the history of legal phenomena.*

*Indeed, through an immersion in all areas of the history of the Roman people, from the religious, to the economic, social, cultural, anthropological and philological, Jhering tried to discover the soul and the true essence of the origin of Roman Law and the development of one of the most successful legal systems in history.*

---

\* Ph.D. Student in Roman Law, Università degli Studi di Roma Tre.

---

SUMARIO. 1. Introducción – 2. Premisa metodológica – 3. El origen del derecho no está en el Estado, sino en el individuo – 4. La *gens*: el lugar donde la familia y el estado se encuentran – 5. La fuerza de espíritu y el derecho – 6. La igualdad formal: *summu jus, summa injuria* – 7. Los juristas: los oráculos de la ciudad – 8. La predilección del Derecho Romano hacia el elemento exterior – 8.1 La materialidad y la palabra – 9. El Formalismo – 9.1 Las diferentes expresiones del formalismo en el Derecho Romano antiguo – 10. El proceso – 11. Observaciones conclusivas

## 1. *Introducción*

Leer y estudiar los grandes ‘clásicos’ de la literatura jurídica, especialmente los que fueron escritos y elaborados por los más importantes teóricos y académicos puros, tiene algunas ventajas relevantes, ya que, así como ofrece una visión general de los fenómenos jurídicos, al mismo tiempo permite observar la evolución de un pensamiento y del cambio de su perspectiva.

«*El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*» – cuyo título original en alemán es «*Der Geist des Romischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*» – junto a su Autor, Rudolf Von Jhering, pueden ser reconducidos en estas categorías: de hecho, no sólo una obra de este tipo permite a quien le se acerca de sumergirse en una amplia reflexión del fenómeno jurídico de un pueblo – en el caso específico el pueblo romano – indagando en las razones más ocultas y las características más ancestrales, sino también permite saborear, a través de una lectura íntegra de la obra, las más profundas contradicciones que caracterizan un autor – como solo puede pasar a un verdadero erudito devoto.

En este sentido, recorriendo los distintos volúmenes de «*El espíritu del derecho romano*», se va percibiendo poco a poco que la intención inicial del Autor de profundizar y esbozar todo el desarrollo histórico del derecho del pueblo romano, no sólo no se concreta por la cantidad infinita de estudio y trabajo necesarios, sino cambia su sustancia en el progreso.

De hecho, durante los muchos años en los que trabajó intensamente en la construcción de esta obra, Jhering cambió natural y fisiológicamente su opinión, así que en los últimos capítulos del cuarto volumen – que, por cierto, es el último – tomó con-

ciencia de que su reflexión era tan compleja que iba mucho «más allá del romanismo» y decidió interrumpir la obra para «intentar una síntesis más amplia»<sup>1</sup>.

Como ya se señaló, la obra, que consta de cuatro volúmenes y que se quedó inconclusa, es el resultado de 13 años de trabajo, que van desde el 1852 hasta el 1865. Para realizar este trabajo – que no pretende analizar en detalle todo el texto original de Jhering, sino ofrecer una interpretación renovada que permita aproximarse al estudio de uno de los grandes clásicos de la historia del derecho romano –, se utilizó por el primer volumen la traducción italiana de Luigi Bellavite del año 1855, mientras que para los otros tres se utilizó la versión española de Enrique Príncipe Satorres de 1900.

La pregunta que, hoy, podría surgir espontáneamente a un estudiante o a un profesional del derecho es sin duda esta: ¿por qué traducir, estudiar y conocer una obra que tiene más de 170 años? La respuesta ya se encuentra en los prefacios del traductor italiano Luigi Bellavite y francés, O. De Meulenaere – cuya nota esta traducida en la versión española – que argumentaron que un monumento jurídico como el que nos ocupa era necesario «para llenar una profunda lacona» en el estudio del derecho romano, ya que «¿cómo podrían los glosadores, separados durante tanto tiempo per la época de Justiniano, extraer un conocimiento adecuado del derecho romano solo a través de las fuentes justinianeas?»<sup>2</sup>. Además, el valor de una obra como esta consiste precisamente en que cualquier persona que la lea «hasta el final conocerá el derecho romano que si hubiese estudiado muchos manuales de instituciones y cursos de Las Pandectas» y en que «la mayor parte de los tratados de derecho romano son compilaciones de textos que nos demuestran cómo la osamenta de ese derecho influye todavía sobre la civilización actual, aunque no ha podido encontrarse el alma. Jhering ha trasfusionado sangre en las venas del cadáver, le ha vuelto a la vida y le ha infundido esa alma»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> F. BATTAGLIA, *Rudolf Von Jhering*, 1933, Enciclopedia Treccani Online <[https://www.treccani.it/enciclopedia/rudolf-von-jhering\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/rudolf-von-jhering_%28Enciclopedia-Italiana%29/)>.

<sup>2</sup> Prefacio a la traducción italiana de Luigi Bellavite, en R. V. JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, traducción de Luigi Bellavite, Tipografia e Libreria Pirotta E.C., Milano, 1854, Vol. I, pp. VII, XVIII.

<sup>3</sup> Prefacio a la traducción francés de O. De Meulenaere, en JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de Enrique Príncipe Satorres, Casa Editorial Bailly-Bailliere, Madrid, 1900, Vol. I, 1877, pp. 3, 4.

---

Por lo tanto, la razón para estudiar y leer «*El espíritu del derecho romano*» es investigar y descubrir cuál es el alma verdadera, cuál es el secreto del derecho que ha influido, de manera más o menos penetrante, en el desarrollo de casi todos los sistemas jurídicos del mundo.

Por otra parte, también es necesario considerar el gran alcance innovador de la obra en cuestión, ya que marca un enorme punto de inflexión en el planteamiento del estudio de la historia no sólo del fenómeno jurídico romano, sino del derecho en general.

En este sentido, puede decirse que el Autor rompió totalmente con el enfoque entonces predominante, propugnado por la Escuela Histórica: en efecto, a través de un examen minucioso de los elementos sociales, familiares, culturales y espirituales que caracterizaron la evolución del pueblo romano, al menos en la fase más arcaica – ya que la obra se limita a esta – el pretendía demostrar que el derecho no es algo inconsciente, que se forma de manera espontánea y natural, sino un verdadero medio técnico que es pensado y aplicado conscientemente por los seres humanos para progresar.

Será interesante observar cómo el derecho romano ha sido efectivamente utilizado como «terreno experimental»<sup>4</sup> con la intención de demostrar que el derecho ha sido siempre un reflejo y una formación consciente del espíritu de un pueblo y no, como pretende la Escuela Histórica, sobre todo Savigny, un mero desarrollo instintivo.

Además, F. Schulz también calificó la obra en cuestión como «grandiosa», ya que «abrió un nuevo camino: muchas cosas esenciales se vieron por primera vez con exactitud y se enfatizaron con fuerza»<sup>5</sup>.

En este sentido, como se verá más adelante, Jhering logró captar la verdadera esencia de muchas instituciones del derecho romano arcaico, ya que no se limitó a un estudio puramente jurídico, sino que profundizó en otros aspectos culturales, en particular los etimológicos, centrando su atención y su reconstrucción histórica en la búsqueda de una base común para todas las esferas de la sociedad, desde la religiosa hasta la familiar, desde la social hasta la jurídica.

Sin embargo, no se pueden ignorar los diversos defectos que caracterizan a «*El*

---

<sup>4</sup> BATTAGLIA, cit.: <[https://www.treccani.it/enciclopedia/rudolf-von-jhering\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/rudolf-von-jhering_%28Enciclopedia-Italiana%29/)>.

<sup>5</sup> F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, edición de Vincenzo Arangio Ruiz, Firenze, 1949, p. 2.

---

*espíritu del derecho romano*», tanto desde el punto de vista de su estructura formal como de su contenido.

En cuanto al aspecto formal, parece fisiológico, para quien se acerque a una primera lectura, que la obra resulte, como también señalaba Schulz, «muy caótica», precisamente porque se tiene la ambición de tratar todo el desarrollo del fenómeno jurídico romano en todos sus particulares y detalles. Por lo tanto, la consecuencia, desde el punto de vista del contenido, fue «que la obra no superó el siglo VI a.C., de modo que todo el periodo clásico y postclásico sólo se tocaron»<sup>6</sup>.

Por otro lado, Capogrossi Colognesi también señaló que el trabajo de Jhering, aunque sea basado sobre el material jurídico exclusivamente romano, parece impulsarse hacia generalizaciones que van mucho más allá de los límites del sistema jurídico romano<sup>7</sup>.

El nivel de abstracción, en efecto, es muy alto, como lo es la evidente tendencia a querer trazar, en mi opinión, una línea de desarrollo de la historia jurídica de las civilizaciones en general, tomando, en este sentido, la experiencia romana como emblema absoluto.

## 2. *Premisa metodológica*

Desde el principio del primer volumen, Jhering señala que el objetivo de su obra es permitir que aquellos que no son expertos en derecho puedan informarse y comprender realmente el fenómeno jurídico romano, que, por la extraordinaria importancia que sigue teniendo hoy en el mundo moderno, «debe ser considerado como una de las apariciones históricas más destacadas»<sup>8</sup>.

Sin embargo, para comprender las razones de la gran superioridad del derecho romano, según el Autor, es necesario asumir puntos de vista absolutamente generales que

---

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>7</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'*, en «Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno», 1992-01-01, Vol. 21, p. 186.

<sup>8</sup> JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, cit., Vol. I, p. 4.

---

nos permitan observar todo «desde lejos»<sup>9</sup>: por lo tanto, hay que volver a los principios.

Desde este punto de vista, lo que plantea el Autor es una cuestión puramente de método. De hecho, sostiene que desde el principio se ha cometido un gran error en el estudio del derecho romano, de modo que nunca se consiguió captar realmente en su verdadera esencia: no es casualidad que muchos trabajos modernos sobre la historia del derecho romano hayan sido reducidos a ser simples «almacenes», donde toda la información, desde la más relevante hasta la más insignificante, se guarda y reporta indistintamente<sup>10</sup>.

En definitiva, cree que este derecho siempre ha sido estudiado sólo a través de dogmas, de forma sustancialmente «escolástica», olvidando no sólo su vínculo concreto con la vida de las personas que lo produjeron, sino incurriendo en el error de identificarlo completamente con preceptos jurídicos específicos e individuales.

En efecto, las disposiciones legislativas, sean positivas o consuetudinarias, no son más que «las extremidades prácticas del derecho [...] pero éste las supera tanto en extensión como en intensidad»<sup>11</sup>: es simplemente la punta del ‘iceberg’ del verdadero derecho de un pueblo, que, por supuesto, es un fenómeno mucho más articulado, profundo y complejo.

Y es precisamente la peculiaridad del tipo de estudio que se necesita para conocer la historia de un fenómeno jurídico lo que empuja al autor a desarrollar reflexiones sobre el método que debe seguir un estudioso para comprender realmente su esencia.

En primer lugar, partimos del supuesto – para nada banal – de que estudiar la historia del derecho no es la misma cosa que estudiar la historia en general. La primera, por cierto, presenta parámetros objetivamente diferentes, en particular el de la medida del tiempo, que, en este contexto, asume ciertamente menos importancia que, por ejemplo, la que desempeña en la historia política.

En este sentido, no sólo define el desarrollo histórico del derecho como un movimiento interno, muy lento y completamente inobservable – hasta el punto de que

---

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>10</sup> *Ivi*, nt 1 p. 42.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 17.

---

captar con precisión y precisión sus límites y fases puede ser una tarea difícil –, sino que sobre todo afirma que el historiador del derecho debe modificar sus instrumentos para medir el factor tiempo, puesto que es necesario utilizar un metro más ancho y elástico<sup>12</sup>.

En el caso concreto, en efecto, surge claramente que la historia del derecho en Roma se caracteriza por instituciones y entidades verdaderamente duraderas, con la consecuencia de que es difícil identificar, en detalle y en orden cronológico, todos los diferentes pasajes evolutivos del ordenamiento jurídico romano.

Por lo tanto, no parece posible proceder o razonar sobre la base de una mera escala temporal construida en función del número de años, utilizando el tiempo como un mero «*fundamentum dividendi*», ya que, de este modo, mediante un enfoque puramente cronológico y lineal, se perdería la real naturaleza del fenómeno histórico del derecho romano, compuesto de muchas capas diferentes<sup>13</sup>.

Por el contrario, para tener una visión de conjunto, se debe adoptar una lectura sistemática, que no se limite al estudio de las instituciones jurídicas individuales durante las distintas etapas históricas, sino que indague en las razones profundas que hay detrás de la formación de cada una de ellas, poniendo en relación con otros ámbitos de la sociedad romana, desde la religión, pasando por la política, hasta el aspecto militar o familiar.

En segundo lugar, siempre con el objetivo de captar la real naturaleza del derecho romano, Jhering evidencia lo necesario que es liberar el campo de algunos prejuicios, que han sido tan engorrosos que han influido irremediablemente en la forma en que se ha estudiado este complejo fenómeno histórico, en cuanto han centrado la atención en la «historia de los dogmas, es decir de la legislación y la doctrina»<sup>14</sup>, y no en el derecho tal como operaba en la práctica cotidiana de ese pueblo.

Desde este punto de vista, hay que abandonar un enfoque que podría definirse como mitológico: la idea, en efecto, de que Roma no tomó nada de fuera, no es más que el fruto de un relato legendario. La formación del derecho y del Estado romano no se produce en absoluto ex abrupto: ambos no son de derivación primaria, sino secun-

---

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 53.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 61.

<sup>14</sup> *Ivi*, pp. 38-39.

---

daria, ya que surgen sobre la base y por medio de formaciones preexistentes, llevando desde fuera una composición histórica que no es para nada irrelevante<sup>15</sup>.

En este sentido, es necesario desarrollar una verdadera conciencia histórica, ya que, como sostiene el Autor, lo que nos parece natural y razonable no es más que el resultado de un proceso muy largo y laborioso: hay siempre que tener en consideración que ciertas ideas jurídicas, que hoy son comunes a todos los pueblos y que parecen ser el fruto natural del desarrollo de la razón humana, en realidad no son más que el producto de la historia.

La acusación de Jhering contra la doctrina científica de su tiempo parte precisamente de estas premisas: ella quiere que tanto el Estado como el derecho romano sean aceptados como hechos consumados<sup>16</sup>; pero estos «no nacieron en el mundo misteriosamente»<sup>17</sup>.

Sólo con estas bases, abandonando toda una serie de creencias que hasta entonces fueron dadas demasiado por supuestas, es posible empezar y afrontar un viaje por la historia del derecho romano.

### **3. *El origen del derecho no está en el Estado, sino en el individuo***

La primera de estas convicciones es, sin duda, que el derecho es un producto del poder estatal: nada más lejos de la *forma mentis* romana. Por el contrario, el Autor sostiene que el origen del derecho romano hay que buscarlo exclusivamente en la fuerza individual.

Este tipo de planteamiento, a los ojos de un lector contemporáneo, es objetivamente difícil de comprender, ya que todo el mundo está acostumbrado a poner cualquier cosa en manos del Estado, a definir todo el derecho vigente sobre la base de la voluntad emanada por sus órganos y a dejar en sus manos también la aplicación práctica.

Hoy no solo la fuerza personal ya casi no se reconoce en el derecho, sino que

---

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 79.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 80 ss.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 83.

---

además se ve como un elemento de perturbación del orden jurídico: pero no era así en el sistema jurídico romano, especialmente en las fases más arcaicas. Por tanto, es necesario entrar en el fondo de la cuestión para desmentir este tipo de preconceptos<sup>18</sup>.

De hecho, la fuerza del individuo juega un papel fundamental en la construcción de la sociedad romana: no es casualidad que Jhering utilice una de las instituciones más importantes de todo el derecho privado, es decir la propiedad, para explicar el origen individual y privado del fenómeno jurídico en su conjunto.

Él argumenta, intentando demostrar su tesis sobre la derivación del derecho de la fuerza personal y material, que la propiedad, en las fases más arcaicas del ordenamiento jurídico, es un fenómeno de tipo originario, no derivado. Esta se toma y se obtiene exclusivamente donde se encuentra la *res*. La adquisición por parte del *civis romanus* sólo puede consistir en el gesto de *capere*: sólo puede ser propietario de lo que toma directamente con la mano (*manu captum, Mancipium*).

De esta forma, el concepto de propiedad parece excluir *a priori* su transmisibilidad a través, por ejemplo, de la *traditio*; en caso contrario, esa sólo se adquiere mediante un acto unilateral de apropiación<sup>19</sup>.

Para confirmar esta concepción originaria del derecho, caracterizada por rasgos bélicos y violentos, es suficiente leer el texto de Gayo en IV, 16<sup>20</sup>, donde se afirma expresamente que el mejor modo de adquirir la propiedad, «maxime», es precisamente la apropiación violenta del botín de guerra.

Además, también a nivel etimológico, parece que existan indicios en este sentido, como por ejemplo el término *praedium*, que significa suelo: la relación de éste con el término *praeda*, que significa botín de guerra, es evidente<sup>21</sup>.

Lo mismo parece ocurrir a nivel simbólico, ya que, ante el Tribunal de los Cen-

---

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 85.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 87.

<sup>20</sup> Gai IV, 16: «[...] *festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*».

<sup>21</sup> Respecto a ese tema, Jhering subraya la connotación bélica del término latino *vir*: en efecto, mientras que el término sanscrito para indicar el hombre es *nri-nara*, que el idioma griego expresó con *aner*, el latino lo rechazó y utilizó *vir*, de *wira*, que en sanscrito significa guerrero. *Ivi*, p. cit., 91.

---

tumviro, cuando se trataba de propiedad – pero también en el caso de *manumissio* de los esclavos ante el pretor, así como en el matrimonio – el símbolo de la lanza siempre fue presente.

Fundamentalmente, no sólo los términos y usos de la guerra influyen en entidades jurídicas específicas como el *mancipium*, sino que, en general, se puede decir que la adquisición de un bien gracias a la fuerza material es el punto desde que trae su origen el concepto mismo de propiedad<sup>22</sup>.

La conclusión del razonamiento es que la fuerza material es la madre del derecho: este aspecto se capta perfectamente en el caso específico de la propiedad, puesto que ésta originariamente no es más que el derecho sobre la cosa depredada, por lo tanto, sólo surge del botín. El Autor sostiene, en efecto, que la única forma para transferir la propiedad de una *res*, en ese contexto, es realizar un acto que simule, de hecho, una expropiación violenta<sup>23</sup>.

Este tipo de reconstrucción sirve, en la práctica, para demostrar que todo tipo de derecho surge de la defensa y venganza privada, y por tanto de dinámicas puramente individuales, que nada tienen que ver con las modernas estructuras sociales y estatales.

El derecho, por tanto, no surge porque sea reconocido por un órgano superior y soberano, como es el Estado; por el contrario, surge porque un individuo tiene la fuerza material para crearlo e imponerlo. La concepción fundamental del derecho romano arcaico es que «la fuente del derecho no está en el Estado, sino en el individuo»<sup>24</sup>.

En el plano procesal, además, es posible encontrar una prueba ulterior de la conclusión a la que llega Jhering: en este sentido, las funciones del antiguo *iudex* romano parecen ser las de cualquier árbitro, ya que no deriva su poder de ninguna manera del Estado, sino directamente de las partes<sup>25</sup>.

Bajo este perfil, conviene subrayar las enormes diferencias estructurales existentes entre los ordenamientos jurídicos modernos y el romano: el hecho de que el antiguo estado romano tuviera un rey, una autoridad legislativa y una judicial no significa en la

---

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 88 ss.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 93.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 95.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 124 ss.

---

manera más absoluta que sea igual o comparable a un sistema moderno, ni tampoco que se pueda hablar de división de poderes.

Como escribe el Autor, las formas suelen engañar, al igual que las etiquetas: emblemático es precisamente el papel del *iudex*, que nunca obtuvo su legitimidad de una concesión estatal, sino del principio de la voluntad subjetiva de las partes<sup>26</sup>.

Eso es, pues, el primer elemento esencial del espíritu del derecho romano, su primera tendencia, o sea que toda forma jurídica procede de la fuerza personal y de la voluntad subjetiva del individuo.

#### 4. *La gens: el lugar donde la familia y el Estado se encuentran*

El otro aspecto fundamental evidenciado en la obra – que, por supuesto, es síntoma de un fuerte cambio de paradigma respecto al método con el que se había estudiado hasta ese momento la historia del derecho romano – es que el origen de un sistema jurídico más articulado respecto a las fases primitivas debe buscarse no en la entidad del Estado, sino en la formación de las *gentes*.

En particular, la *gens* representa, según la interpretación del Autor, la primera realidad social y jurídica real con la que tuvo que enfrentarse el *civis romanus*. El Estado arcaico estaba, en general, compuesto por linajes familiares: él destaca, a este respecto, que la complejidad de la organización jurídica de la familia es inversamente proporcional al desarrollo de un Estado. Cuanto más imperfecto y embrionario es este último, más elaborada y estratificada es la organización familiar.

Cuando un Estado, tal como se entiende en el sentido moderno, está todavía en un proceso de desarrollo, todas las necesidades primordiales – en primer lugar, las de garantizar la seguridad o regular las relaciones interpersonales – son inevitablemente satisfechas por la comunidad de individuos más natural que existe, es decir por la familia. Ella viene en subrogación del estado<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 131.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 132.

---

«La gens representa la identidad del Estado y de la familia»<sup>28</sup>: esto quiere decir que los elementos político y familiar se entrecruzan, creando una entidad jurídica híbrida, desconocida para nuestra forma de entender el derecho, pero que ha representado una pieza esencial en lo que podría ser definido como el proceso de aumento gradual en la complejidad de un ordenamiento jurídico.

El vínculo que se establece en el seno de la *gens* abarca, según el Autor, toda la existencia de un individuo y todos los intereses de su vida: desde el culto de los dioses, al servicio militar, hasta la actividad política<sup>29</sup>.

Por otra parte, partiendo del supuesto de que el origen del derecho se encuentra, en general, en la voluntad y fuerza subjetivas de un solo individuo, con mayor razón la institución de la *gens* juega un papel esencial en el desarrollo de ese ordenamiento jurídico, puesto que representa la primera forma de limitación precisamente a esta libertad ilimitada e innata del individuo. En efecto, formar parte de una *gens* significaba, para un sujeto, entrar en una relación de «coordinación fraternal», de comunidad: esto conllevaba naturalmente límites intrínsecos a su libertad de acción.

Esta última, abstractamente ilimitada, sólo se comprimía mediante un medio negativo indirecto de castigo, es decir, mediante la amenaza de exclusión de la misma comunidad, ya que la *gens* no tenía poder punitivo directo<sup>30</sup>.

Esta es esencialmente la idea del Autor: el derecho privado estaba originalmente completamente separado del estado. Todo parte de la voluntad subjetiva y del individuo: desde el momento que el Estado mismo no ha conceso ningún tipo de derecho, no forman parte de sus competencias las de restringirlo o comprimirlo<sup>31</sup>.

Capogrossi Colognesi, por ejemplo, dice que esta reconstrucción de la evolución del concepto de Estado es interesante precisamente porque no se banaliza en los dos simples pasajes «*potestas del pater familias*»-«Estado»<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 136.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> En particular, es interesante observar el paralelismo hecho por Jhering entre este mecanismo de exclusión de las gentes y el aplicado, en la época republicana, a través de la magistratura de la Censura (*Ivi*, p. 143).

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 166.

<sup>32</sup> CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering*, cit., p. 190 ss.

---

Diferentemente, Jhering también inserta la gens como un paso, casi como si fuera un «diafragma, un elemento singularmente contradictorio de fractura, así como de continuidad, en el proceso de crecimiento de las formas políticas estatales en comparación con las formas sociales preexistentes». De esta manera, se desarrolla lo que se denomina «parentesco civil»<sup>33</sup>, que abre a la comunidad política propia de un Estado.

La primera forma de comprensión de los 'derechos' se realiza, pues, en el seno de las *gentes*.

## 5. *La fuerza de espíritu y el derecho*

La característica más importante que Jhering atribuye al pueblo romano es, sin duda, su gran fuerza de espíritu.

Este aspecto está íntimamente conectado con las constataciones anteriores sobre el papel esencial de la voluntad subjetiva en el nacimiento y afirmación del derecho y representa también la razón más importante de fricción con el pensamiento de la Escuela Histórica.

La gran fuerza de espíritu, de hecho, según el Autor, es la connotación que permite comprender la razón por la que el fenómeno jurídico romano tuvo este gran éxito histórico, así como su verdadera esencia.

En el fondo, sostiene que la historia del derecho romano es una historia de voluntad, primero individual, luego colectiva. El pueblo romano y su producto jurídico, por tanto, nunca han sido víctimas de la historia, ni han sufrido pasivamente ningún proceso de cambio. Por el contrario, la participación humana en el desarrollo del derecho siempre ha sido activa y se inició desde el período más arcaico.

Los exponentes de la Escuela Histórica, como bien se sabe, no estaban de acuerdo con esta posición, ya que creían que el derecho no fue creado intencionalmente, sino que surgió y se formó a través de una costumbre casi inconsciente entre el pueblo<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 192.

<sup>34</sup> JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., Vol. IV, p. 6. Sobre este punto, él

El derecho romano, en cambio, según la reconstrucción del Autor, debe su formación, desde su origen, al cálculo ya la intención. Nada fue accidental. El *ars* jurídico romano es la representación plástica de una sociedad organizada que sabe imponerse y sabe elegir lo que más le conviene: es el lugar donde el sentimiento y el intelecto se muestran en toda su luz<sup>35</sup>. Por eso habla expresamente del egoísmo colectivo organizado<sup>36</sup>.

Pero todo parte, como ya se ha dicho, de la fuerza material, de la voluntad de un solo individuo.

Al respecto, escribe que «*La ley es la religión del egoísmo*»<sup>37</sup>: esto quiere decir que los romanos lograron desde un principio transformar el mismo derecho en mero instrumento de cálculo para perseguir los mayores beneficios y intereses objetivos, de manera casi completamente independiente de la influencia de la moral subjetiva<sup>38</sup>.

La utilizaron, desde el principio, como un medio para perseguir sus fines: por eso escribe que «*la historia dio a los romanos la tarea de cultivar el derecho*»<sup>39</sup>, ya que tenían una verdadera vocación histórica, un empuje, una gran fuerza para poder afirmarlo.

En efecto, si el derecho romano supera a cualquier otro en su lógica, el mérito no debe atribuirse exclusivamente a un determinado grado de inteligencia, sino sobre todo a la combinación con el elemento de la voluntad, que permitió transformar esta lógica en un acto concreto<sup>40</sup>.

En este sentido, es interesante que Jhering ponga el énfasis no sólo en la fuerza moral y espiritual en sí misma, sino también en su relación con el instrumento del intelecto.

Esta influencia recíproca entre el intelecto y la voluntad se hace evidente al observar cómo se comportaban los romanos frente a las innovaciones. O, mejor dicho,

---

escribe con razón que, en el campo de las ciencias jurídicas, la Escuela Histórica representa el mismo fenómeno que el romanticismo en la literatura.

<sup>35</sup> *Id.*, *Lo spirito*, Vol. I, p. 245.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 243.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 246.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 236.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 250.

---

cómo se comportaron ante la urgencia de conciliar la necesidad práctica de innovar o cambiar algo, con su lógica rígida. Su aversión moral a cualquier tipo de transgresión y de desplazamiento de los principios, su *firmitas*, estimulaba directamente al intelecto a desarrollar todos los caminos posibles de innovación, manteniéndose siempre fiel a sus principios ya sus cánones<sup>41</sup>.

Todo esto para hacer una afirmación que parece mucho más revolucionaria de lo que se podría creer: la excelencia del derecho, para Jhering, no depende sólo del intelecto, sino también y sobre todo de una voluntad enérgica, de una gran fuerza moral, de lo que él define egoísmo ilustrado y disciplinado del pueblo romano<sup>42</sup>.

El autor insiste mucho en este punto, por lo menos en los volúmenes primero y cuarto. Sin embargo, es particularmente útil observar que estos elementos de fuerte voluntad, individual y colectiva, se manifestaron, especialmente en las fases más arcaicas y clásicas, a través de un rígido formalismo.

La forma, en este sentido, como se verá más adelante, era la exteriorización, la expresión de la fuerza moral y manifestaba el sentimiento y la voluntad jurídica más íntima de un pueblo.

## 6. *La igualdad formal: summu jus, summa injuria*

Otro elemento cuya importancia se intenta destacar en todos los volúmenes de la obra es el papel de la ley en el desarrollo del sistema jurídico romano.

En este sentido, Jhering considera que la ley ha representado un hito, un punto de inflexión en el proceso evolutivo de la organización jurídica, puesto que representa no sólo el acto colectivo a través del cual el derecho, tomando oficialmente conciencia de sí mismo, «se despoja de su túnica de inocencia»<sup>43</sup>, sino también la primera forma de expresión y cristalización de la voluntad del pueblo romano.

---

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 251.

<sup>42</sup> *Ivi*, p. 255.

<sup>43</sup> *Id.*, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de Enrique Principe Satorres, Madrid, 1900, Vol. II, p. 40.

El progreso del derecho, en efecto, consiste precisamente en una separación, ya que sólo se convierte en un «adulto» cuando se separa del sentimiento jurídico que lo originó. Y es precisamente la ley la que crea esta separación: al hacerse escrita, la ley, quizás por primera vez, expresa «el tránsito de la intimidad subjetiva a la exterioridad objetiva»<sup>44</sup>.

Sustancialmente, esto significa que el derecho sólo progresa cuando adquiere una forma. Sin embargo, si, por un lado, con este tipo de progreso, el derecho pierde su fluidez o elasticidad, por el otro, compensa esta pérdida con las ventajas de «fijeza, precisión, uniformidad»<sup>45</sup>.

Dicho esto, es evidente la razón por la que el propio Autor reconoce tanta importancia a la codificación de las XII Tablas: la considera como el primer momento real de crecimiento del derecho, ya que el pueblo romano, tras un período de incertidumbre debido a la caída en desuso de las *leges regiae* y a la vuelta a lo que comúnmente se define como derecho consuetudinario, decidió poner por escrito las reglas en las que se basaba su convivencia civil, cristalizándolas y otorgándoles un expreso reconocimiento formal. En este sentido, él habla explícitamente de la tendencia del derecho romano arcaico hacia el sistema de derecho escrito<sup>46</sup>.

El papel jugado por el derecho consuetudinario, por otra parte, constituye un motivo más de fricción con los juristas de la ‘Escuela Histórica’: en este sentido, el Autor no sólo cree que sus idea de que «el derecho ha venido al mundo como el idioma, sin esfuerzo ni fatigas, fruto de la acción invisible, inconsciente y pacífica del talento del pueblo»<sup>47</sup> es profundamente errónea; sino también sostiene que éstos mismos han atribuido «una importancia exagerada a la formación natural del derecho consuetudinario, cerrando los ojos ante el enorme progreso que el derecho recibe al pasar del estado de costumbre al de la ley»<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ivi*, pp. 42-43.

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 42.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 32 ss.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 34, nt. 22.

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 35. Además, al Autor escribe que «el derecho consuetudinario ha sido, realmente, el niño mimado de la escuela que se intitula Histórica, como si creyera deber indemnizarle con su afecto del olvido y abandono en que

---

La única consecuencia real que la historia ha confirmado que se deriva del ideal del derecho consuetudinario es la incertidumbre y la confusión del derecho<sup>49</sup>.

El formalismo emerge así, desde el principio, como uno de los rasgos fundamentales del derecho antiguo<sup>50</sup>: de hecho, se desarrolla una tendencia evidente hacia la extrema y rigurosa precisión formal externa, ya que era impensable reconocer a la voluntad subjetiva individual – totalmente desprovista de formas – cualquier tipo de efecto jurídico<sup>51</sup>.

La forma, entonces, se convierte en el medio a través del cual se intenta de dar concreción y fortalecer la voluntad del individuo, que, de lo contrario, permanecería siendo una pura abstracción: por lo tanto, se define como «la fijación, la encarnación de la sustancia fluida del derecho en un cuerpo sólido, y esto mismo limitado»<sup>52</sup>.

Sin embargo, como es normal, fijar significa necesariamente limitar: y es precisamente esta limitación intrínseca la que marca el punto de inflexión en la creación y perfeccionamiento de la técnica jurídica típicamente romana de la *interpretatio*.

Por otra parte, esta técnica, además de ser el emblema de la grandeza del pensamiento lógico-jurídico del pueblo romano, representa un punto de vista excepcional desde el que identificar algunos rasgos esenciales del espíritu del mismo pueblo, a saber, el conservadurismo y la firmeza de su voluntad subjetiva.

Por lo que se refiere a la *interpretatio*, Jhering parte de un supuesto que no es obvio: la ley es estacionaria, la vida siempre progresa. De hecho, a pesar de una armonía inicial entre la ley y la vida social que esta regla, siempre llega fisiológicamente un momento en que cesa el acuerdo y la ley se vuelve total o parcialmente inapropiada.

El pueblo romano, pues, actuaba en este sentido: se reinventaba para preservarla. ¿Y qué técnica usó? Precisamente la *interpretatio*, que no era una simple explicación de la ley, sino la conciliación de la ley escrita con las necesidades de la vida. El Autor sostiene

---

antes había estado» (*Ivi*, p. 33).

<sup>49</sup> *Ivi*, p. 34 nt. 22.

<sup>50</sup> *Ivi*, p. 51.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 50.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 26.

que un pueblo para el cual el derecho, en lugar de ser impuesto por una fuerza externa, representó una elección libre y consciente, sólo podía tratar de salvarlo y mantenerlo constantemente<sup>53</sup>.

Esto significaba, a mi juicio, que la enérgica voluntad comentada anteriormente y ese fuerte espíritu moral que caracterizaba al pueblo romano, en esa particular fase arcaica del desarrollo del derecho, se materializó por un lado en un rígido formalismo, por otro en una técnica interpretativa tan sofisticada que permitió al llamado *ius strictum* conservarse sustancialmente inalterado.

El derecho antiguo, en efecto, limitaba lo más posible la influencia de una apreciación u opinión individual, a la que, en cambio, el derecho posterior daba tanta importancia: lo que equivalía a un intento de limitar la arbitrariedad<sup>54</sup>.

Posteriormente, pero, con estas premisas, el mismo Autor se pregunta: ¿es todavía posible reconocer el principio de igualdad como principio? La respuesta, en este contexto, parecería ser negativa. De hecho, según él, la igualdad romana debe combinarse con la verdadera libertad y, en consecuencia, con todas las desigualdades que la historia conlleva<sup>55</sup>.

En este sentido, existe un abismo entre la igualdad en el concepto de derecho nuevo o moderno y el del derecho antiguo, que era pura y exclusivamente formal. Siempre se aplicaba el *ius strictum: summum jus summa injuria*<sup>56</sup>.

A este propósito, en la obra se argumenta que la excesiva igualdad, en algunos casos, puede conducir a desigualdades efectivas. O más bien, que casos concretos sustancialmente diferentes no pueden ser tratados de manera homogénea. Este es el principio que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos se define como igualdad sustancial, equivalente, además, a lo que el propio autor llama una tendencia a la (necesaria) individualización<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ivi*, pp. 70; 73.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 87.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 101.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 103.

<sup>57</sup> *Ivi*, pp. 105-106.

---

En el derecho privado de Roma, sin embargo, esta tendencia a la individualización se manifiesta por primera vez en una edad avanzada y en total contradicción con el espíritu del derecho arcaico, que, por el contrario, le bloqueaba el paso en todos los ámbitos y circunstancias.

El legislador no puede, para un solo caso particular, hacer excepciones a la ley, ni el juez o pretor para un solo caso debe colocarse fuera de esa. El derecho antiguo prefiere sacrificar toda la equidad para aplicar una estricta igualdad formal. El individuo que ha sufrido un daño podría consolarse de la injusticia de la decisión con la convicción de que la justicia así lo exigía<sup>58</sup>.

El objetivo era, por lo tanto, la exclusión total de cualquier tipo de parcialidad y arbitrariedad: esta es la razón por la cual se toleraron también las desventajas objetivas de un formalismo rígido.

En definitiva, se quiere expresar que, en el derecho arcaico, igualdad significa formalismo, y formalismo significa aplicación igualitaria e indistinta.

Desde este punto de vista, el arcaico proceso de las *legis actiones*, en sí mismo, es bastante significativo: esas *actiones* contenían la fijación de las disposiciones de la ley, lo que en realidad sólo permitía aplicarlas mecánicamente, impidiendo al juez examinar lo que era puramente individual en el caso que le fue sometido<sup>59</sup>.

Un ámbito específico, en el que se manifiesta claramente la diferencia entre el derecho arcaico y sus posteriores desarrollos en términos de igualdad formal y sustancial, puede identificarse, según Jhering, en la *litis aestimatio* judicial.

En este sentido, las dos ideas opuestas, la de igualdad formal y la de tendencia a la individualización, se traducen respectivamente en *aestimatio* objetiva y *aestimatio* subjetiva.

Según la primera, una deuda o un daño pueden calcularse simple y puramente en base a su valor pecuniario objetivo; alternatively, para la segunda, este cálculo debe realizarse tomando en consideración otros factores y elementos que sean relevantes para la relación obligatoria única o para las personas directamente implicadas.

---

<sup>58</sup> *Ivi*, pp. 106-107.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 122.

---

Esta distinción está reconocida en el derecho romano y pertenece a dos fases bien distintas. Una se resuelve en un *certum*, la otra en un *incertum*. El derecho arcaico, como resultado de una concepción formal de aplicación e interpretación del derecho, sólo conocía la estimación objetiva<sup>60</sup>.

## 7. *Los juristas: los oráculos de la ciudad*

En este punto, parecería completamente normal preguntarse: ¿cómo una sociedad compleja y en constante evolución como la romana podía tolerar esta extrema rigidez formal tanto en la producción como en la aplicación del derecho?

El Autor identifica la respuesta en la omnipresencia y en el papel protagonista de los juristas. Este elemento, además, está fuertemente relacionado con el aspecto, del cual se discutió anteriormente, de la codificación de las XII tablas, identificable como el punto de inflexión en la historia del derecho: de hecho, solo a partir de ese momento, que para el pueblo romano representa una «ruptura», comenzó a desarrollarse una verdadera técnica y reflexión jurisprudencial<sup>61</sup>.

Es útil recordar, bajo este perfil, que, en las fases más arcaicas del ordenamiento jurídico en cuestión, quienes tenían el monopolio de la creación e interpretación del derecho eran exclusivamente los pontífices.

Había una profunda mezcla entre la religión –que, como es lógico, el autor considera uno de los principios fundamentales del espíritu romano – y todas las demás esferas de la sociedad, incluida, por supuesto, la del derecho.

En efecto, si comparamos los métodos y ritos del derecho arcaico con los de la religión, podemos observar, por ejemplo, la misma precisión, el mismo rigor en la redacción de las fórmulas: la menor discrepancia en la enunciación de la fórmula conducía a la invalidez. Siempre se ha conservado la fe en el poder místico de ciertas palabras y frases<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>61</sup> ID, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de di Enrique Principe Satorres, Madrid, 1900, Vol. III, pp. 92-93.

<sup>62</sup> *Ivi*, p. 99.

---

Este método rígido, profundamente influido por connotaciones religiosas, caracterizó a la jurisprudencia pontificia durante todo el período de su actividad, especialmente por lo que concierne al formalismo<sup>63</sup>.

Así pues, es interesante notar que Jhering identifica, además de la codificación de las XII tablas antes mencionada, otro importante nodo en la historia del fenómeno jurídico romano, tan importante que contribuyó a la transformación progresiva del derecho, tanto negociador como procesal, en un sentido cada vez más libre y liberado de formas específicas y precisas, dando importancia a otros y diferentes elementos.

Este momento está representado no sólo por el paso formal del monopolio de la ley y de la jurisprudencia de los pontífices al pretor<sup>64</sup>, sino sobre todo por ese fenómeno que una parte importante de la doctrina ha siempre identificado con la laicización de la jurisprudencia.

En este sentido, el Autor subraya la importancia de la revolución que se produjo tanto en la jurisprudencia como en la administración de justicia, ya que, a un colegio permanente, al que siempre fue difícil separarse de sus prácticas previamente establecidas, le sucedieron los magistrados *praetores*, elegidos únicamente durante un año, que pronto sustituyeron la forma severa de los procedimientos de las *legis actiones* por el procedimiento *per formulas*, es decir, un medio infinitamente más elástico y libre<sup>65</sup>.

Además, es necesario destacar el hecho de que los Pretores, casi siempre, no eran juristas desde el punto de vista técnico-profesional: por esto, en las fases posteriores – que, sin embargo, en la obra en cuestión no llegan a ser tratadas – se formó una clase de *prudentes*, o *iuris periti*, con la tarea de coadyuvar y asistir al pretor en el ejercicio de su actividad de *iurisdictio*.

Aunque, el aspecto más relevante que se aprecia en la reconstrucción de Jhering es que la jurisprudencia, primero en la forma de los pontífices, luego en la puramente técnico-profesional de los prudentes, siempre ha sido omnipresente y siempre ha desempeñado un papel esencial tanto para la organización y regulación de las relaciones sociales en general, tanto por el aspecto del comercio jurídico.

---

<sup>63</sup> *Ivi*, pp. 104-105.

<sup>64</sup> *Ivi*, p. 108 ss.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 109.

---

Sólo un altísimo nivel de preparación y tecnicidad podía justificar el formalismo de la voluntad férrea que caracterizó a la sociedad arcaica, al menos hasta la gran expansión comercial de Roma que se remonta hacia el siglo III a.C.: los juristas, en sentido amplio y omnicomprendivo, eran, de hecho, los únicos que conocían a la perfección las herramientas procesales y de negociación para regular o resolver cualquier tipo de situación, puesto que ellos mismos las elaboraban y reinterpretaban, al punto que llegaron a asumir, dentro de la misma comunidad citadina, un papel que Cicerón definió de «*oraculum totius civitatis*»<sup>66</sup> de la ciudad.

Sólo una corporación, un colegio religioso y exclusivo como el de los Pontífices, primeros poseedores del *ars iuris*, podría dotar a la jurisprudencia de una autoridad tan fuerte que llegó a ejercer un poder único sobre la formación y posterior desarrollo del derecho<sup>67</sup>.

Básicamente, un formalismo tan rígido solo puede ir de la mano de un alto tecnicismo.

En términos concretos, es suficiente imaginar que la validez de un testamento, por ejemplo, dependiera de una sola palabra utilizada en lugar de otra (por ejemplo, *heres ne esto* en lugar de *exheres esto*) y que solo un incidente o una omisión costaran muy caro al legatario o heredero. Por ingenioso que haya sido el derecho romano, el rigor de usar estas palabras sólo puede justificarse por una práctica profundamente técnica como la de los juristas.

El autor escribe, en efecto, que «En manos del jurista que redactaba los testamentos u otros títulos, éstos perdían su carácter peligroso»<sup>68</sup>.

Todo esto, que fue lo que permitió tolerar las formas incómodas y estrechas de los actos jurídicos y el rigorismo extremo<sup>69</sup>, pone claramente de manifiesto la extrema importancia de los juristas en general en la estructura social: cumplieron una función inédita en los sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente en los de civil law, que

---

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 118; nt. 103, p. 118.

<sup>67</sup> *Ivi*, p. 105.

<sup>68</sup> *Ivi*, p. 119.

<sup>69</sup> *Ivi*, p. 122.

no puede superponerse de manera absoluta a las funciones que desempeñan hoy ni los abogados ni los órganos judiciales.

## 8. *La predilección del Derecho Romano hacia el elemento exterior*

Hay también un dato – probablemente el más significativo en toda la historia del fenómeno jurídico romano, limitado, por supuesto, a los períodos tratados – que Jhering en su obra logra meritoriamente captar, o sea la tendencia de la época más antigua hacia la exterioridad, lo que él mismo define como un «elemento sensible del derecho»<sup>70</sup>.

En esencia, esto significa que cada pensamiento complejo o abstracto elaborado por los individuos o, más generalmente, por los pueblos, para llegar a ser tal, debe necesariamente partir de un dato material, concreto<sup>71</sup>.

Con mayor razón, esta observación parece válida para el pensamiento jurídico, dado que el derecho, en sus diversas formas, antes de ser objeto de especulaciones ideológicas o filosóficas, nació con el objetivo muy pragmático de regular, evitar o resolver situaciones de conflicto, de incertidumbre o inestabilidad.

Escribe que «el espíritu no se liberta de la influencia del mundo exterior sino después que ha permanecido sometido a él durante un cierto (...) período de prueba necesario para que pueda elevarse a la comprensión del pensamiento abstracto»<sup>72</sup>.

Esta tendencia a la exterioridad del derecho romano más arcaico parece aún más interesante si la leemos desde el punto de vista de los juristas contemporáneos, especialmente los de los sistemas de *civil law*, que hoy parten de presupuestos muy diferentes.

En este sentido, la elaboración del pensamiento jurídico siempre se imagina como un proceso de abstracción, que encuentra su esencia precisamente en separarse de un fenómeno externo y concreto, puesto que las normas contienen todas, sin distin-

---

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

ción, una abstracción, una generalización, que – por lo menos en teoría – nunca debería preocuparse por el caso particular.

Por eso, muchas veces se olvida el dato concreto, materiales, específicos, reales, a partir del cual se desarrolla este proceso y al que necesariamente debe volver durante su aplicación.

Diferentemente, el Autor individua las nociones del derecho antiguo en términos como «Palpables, exteriores, sensibles, tangibles y visibles»<sup>73</sup>, ya que la forma externa siempre predomina sobre la idea.

Una tendencia similar a la exterioridad puede expresarse en tres conceptos diferentes, que no se limitan a representar las principales características del derecho romano en los primeros siglos de su desarrollo, sino que también pueden servir para resumir algunos pasajes necesarios al que todo tipo de sistema social jurídicamente organizados necesariamente debe hacer frente para alcanzar un cierto grado de complejidad.

Tales conceptos son, según Jhering, la materialidad, la palabra y el formalismo.

## 9. *La materialidad y la palabra*

En cuanto a la materialidad, el Autor identifica ejemplos observando, por un lado, la formulación y sustancia de la célebre *Lex Aquilia*, ya que ésta se aplicaba, al menos en época arcaica, sólo a los daños visibles; por otro lado, el propio concepto de dolo y el *crimen expilatae hereditatis*.

Desde el primer punto de vista, llega a hablar no de *damnum iniuria datum*, sino de *damnum corpore corpori datum*<sup>74</sup>, puesto que se pensaba que sólo el daño «realizado en un objeto por consecuencia de una acción exterior positiva ejercida sobre él»<sup>75</sup> podía en realidad considerarse como tal.

Asimismo, ni el dolo ni la usurpación de cosas hereditarias eran considerados delitos en la época arcaica, porque no tenían relevancia externa, perceptible en el ámbito

---

<sup>73</sup> *Ivi*, p. 128.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 129 ss.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 130.

---

jurídico de un tercero: en concreto, el *crimen expilatae hereditatis*, no se consideraba injusto porque la relación de los bienes con el heredero era puramente ideal<sup>76</sup>.

Lo mismo, sin embargo, también se aplica en el derecho civil, ya que, en el contexto contractual, inicialmente, solo se protegía el *error in corpore*, no el *error in substantia*. Posteriormente, en vez, la jurisprudencia comenzó a desarrollar una concepción más íntima y voluntaria del error, reconociendo una importancia cada vez mayor a todas las que eran las voluntades, necesidades y expectativas de un comprador respecto al bien adquirido<sup>77</sup>.

Una concepción tan materialista sólo puede ser la consecuencia evidente de ideas económicas no muy avanzadas, que se refieren únicamente a objetos visibles y tangibles<sup>78</sup>.

«La historia [...] del Derecho Romano presenta así las fases y los progresos del movimiento económico»<sup>79</sup>: si se pregunta, en efecto, cuáles eran los factores económicos del comercio jurídico antiguo, la respuesta es, sin duda, la res y los hombres considerados como tal.

Esta es la razón por la cual el ordenamiento jurídico romano ha pasado progresivamente de un enfoque completamente materialista a uno fuertemente espiritualista, tanto que el elemento subjetivo – que hoy se considera esencial para la realización de cualquier tipo de negocio jurídico – ha adquirido un peso cada vez mayor.

Para constatar la tendencia hacia el espiritualismo, es suficiente, por otro lado, observar cómo han evolucionado las instituciones de la *possessio* y la *usucapio*<sup>80</sup>: el *usucapiens*, en lo que el autor define como derecho «nuevo», podría servirse, para la finalización de esta misma *usucapio*, de una posesión ejercida por otra persona, por ejemplo, su antecesor.

Pero la institución más representativa de la tendencia del derecho hacia materialismo es sin duda la propiedad: para los romanos, en efecto, la transmisión de la propiedad no era la del derecho de propiedad, sino simplemente la transmisión de la res. En la

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 132.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 140.

<sup>79</sup> *Ivi*, pp. 136-137.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 133 ss.

*mancipatio*, en la *in iure cessio*, en la *traditio* este mecanismo es emblemático. Esto creó una peculiaridad extremadamente significativa del derecho arcaico según Jhering: todos los derechos, a excepción de la propiedad, no eran transferibles; sucederle a alguien en un ‘derecho’ sólo era posible en la propiedad, donde el derecho y la cosa se confundían<sup>81</sup>.

Así que, donde no había una *res* materialmente transferible, la sucesión no era posible. Esto significa que, a diferencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, un concepto elaborado y categorizador como el de ‘derecho subjetivo’ o ‘derecho relativo’ era completamente desconocido para el sistema romano.

A nivel jurídico, en ese período, solo existía lo que era perceptible, o sea la *res* y el sujeto a ella conectado. Por tanto, en tal contexto, caracterizado por un formalismo rígido y una gran atención al aspecto material, también el elemento de la palabra adquirió una importancia que no es en modo alguno marginal.

El Autor señala acertadamente que el recurso a la palabra es uno de los fenómenos que caracterizan la falta de madurez y desarrollo intelectual del derecho, y que el epígrafe de la historia de todo el derecho podría ser «*In principio erat verbum*»<sup>82</sup>.

Escribe que «La emancipación de la palabra comienza cuando el espíritu ha adquirido bastante vigor para poder operar con seguridad sin el concurso de ella»<sup>83</sup>.

Es evidente, sin embargo, que un enfoque esencialmente formalista también se refleja en el tipo de interpretación que se hacía de los negocios, hechos y fórmulas: una interpretación puramente literal.

Así volvemos a la cuestión, que se mencionó anteriormente, de la igualdad formal y de los riesgos intrínsecos que conlleva.

La *malitiosa juris interpretatio*, como la llama Cicerón, fue una consecuencia inevitable de la antigua *interpretatio*; el *dolus* y el *fraus* fueron, de hecho, legalizados, y «no era raro que el *summum jus*, es decir, el extremo rigor en la observancia de las palabras viniese a convertirse en una *summa injuria*»<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ivi*, pp. 141-142.

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 147.

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 155.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 161. A este respecto, por ejemplo, mientras el derecho antiguo carecía de cualquier remedio, «en las convenciones del derecho estricto [...] el derecho nuevo, permitía a los estipulantes garantizarse contra esos daños por

No obstante, Jhering señala que la interpretación literal contribuyó a la formación de un lenguaje científico, cuya fijeza y riqueza influyeron mucho en el Derecho Romano. Esto «es lo que nos revela la riqueza filológica tan acentuada en los trabajos de los juristas romanos, y nos descubre el motivo de sus explicaciones de *verborum significatione*, de *verbis priscis*, etc., tendencia que es desconocida de nuestros juristas modernos»<sup>85</sup>.

## 10. *El formalismo*

El formalismo merece sin duda un análisis más profundo, ya que no sólo el mismo Jhering le dedica una abundante parte del volumen III de la obra en cuestión, sino sobre todo porque representa realmente el mínimo común denominador entre todos los elementos de los que ha discutido hasta ahora: el formalismo, a pesar de que los manuales tradicionales de derecho romano conservan al respecto «un silencio absoluto»<sup>86</sup>, es por cierto el rasgo característico esencial del derecho arcaico<sup>87</sup>.

En particular, no debe entenderse como un fenómeno jurídico específico, sino como un hecho general de la historia de la civilización, ya que «indica una fase necesaria en la historia del desarrollo del espíritu humano»<sup>88</sup>: esto significa que, según la reconstrucción del Autor, todos los pueblos deben atravesarla necesariamente.

La función de la forma, en efecto, es hacer visible lo invisible: gracias a ella, las ideas, las organizaciones y las instituciones se modelan sobre la vida y el mundo sensible, haciéndose así palpables, concretas, reales<sup>89</sup>.

Jhering sostiene, en este sentido, que las ideas que carecen de una forma específica pierden su fuerza moral sobre las almas; de lo contrario, las que tienen formas

---

medio de la *clausola doli* [...], y en cuanto al *promettant*, se ponían a cubierto con la *exceptio doli* que les concedía el Pretor» (*Ibid.*).

<sup>85</sup> *Ivi*, p. 162.

<sup>86</sup> *Ivi*, p. 238.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 178.

<sup>88</sup> *Ivi*, pp. 216-217.

<sup>89</sup> *Ivi*, pp. 228-229.

---

fijas y externas están destinadas a permanecer, a sobrevivir. Este es el gran servicio que la forma presta a la historia humana: asegura la continuidad de las ideas<sup>90</sup>.

Por otro lado, «la forma es el contenido desde el punto de vista de la visibilidad (...) porque no existe forma sin contenido ni contenido sin forma»<sup>91</sup>, ya que cualquier acto de voluntad o intención, para tener significación jurídica, debe ser reconocible.

Dicho esto, el Autor se propone inmediatamente el objetivo de desmentir un mito que se ha mantenido durante demasiado tiempo, es decir, aquel según el cual la forma es sinónimo de falta de libertad.

En cambio, cree que es exactamente lo contrario, y que existe una relación particular entre forma y libertad, dos ideas fundamentales del derecho romano, que, a pesar de su aparente contradicción, están profundamente conectadas y relacionadas<sup>92</sup>.

De hecho, cree que el desarrollo más completo de la era de la libertad coincide también con el reinado del rigorismo formal más tiránico. No es casualidad que cuando la libertad se desvanece poco a poco, bajo la presión constante del régimen de César, precisamente en ese momento también desaparecen el formalismo y las fórmulas del derecho arcaico<sup>93</sup>.

«Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad»<sup>94</sup>: este es el significado. Ella es el freno que la contiene y la protege, ya que el concepto mismo de libertad presupone intrínsecamente el de límite. Las personas que profesan el verdadero culto a la libertad comprenden instintivamente el valor de la forma, y sienten que ésta no es un mero decoro exterior, sino su verdadero guardián.

Por lo tanto, es natural preguntarse: ¿en qué consiste realmente el formalismo? ¿Cómo se ajusta en la dinámica de un sistema jurídico?

Al respecto, el Autor define el acto formal como «el acto por el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad encuen-

---

<sup>90</sup> *Ivi*, pp. 229-230.

<sup>91</sup> *Ivi*, p. 181.

<sup>92</sup> *Ivi*, p. 179.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 180.

tra su sanción en el acto mismo»<sup>95</sup>, o, mejor dicho, en su invalidez. En esencia, un sistema formalista parece estar caracterizado por la necesaria observancia de formas o formularios muy precisos y predefinidos: sin el cumplimiento de estos criterios, ningún acto puede ser válido, vinculante o relevante.

Con el fenómeno histórico y jurídico del formalismo, sin embargo, sucede siempre lo que sucede en todos casos: todo el mundo señala sus defectos o desventajas, ninguno sus méritos. De este modo, un solo caso inconveniente, como el de un testamento declarado nulo por defecto de forma, se advierte mucho más que miles de casos en los que la forma ha cumplido una función positiva, tal vez de protección. Por tanto, el juicio de un ignorante es siempre hostil al formalismo<sup>96</sup>.

A pesar de ello, las desventajas existen y también sería contraproducente no dar adecuadamente cuenta de ellas. Jhering identifica esencialmente dos de ellas: el peligro y la incomodidad.

El peligro proviene de la altísima probabilidad de encontrar defectos de forma. Esta forma, de hecho, hay que conocerla perfectamente para hacer cualquier cosa que tenga un efecto jurídico: por eso «en una legislación formalista, el ignorante y el imprudente salen perjudicados en muchas ocasiones»<sup>97</sup>.

Hay, sin embargo, diferentes grados de dificultad y peligrosidad para el formalismo, según los negocios que se pretende llevar a cabo: basta comparar la forma del testamento romano con la de la *stipulatio*. La primera es mucho más complicada: puesto que requería la citación de testigos, la *familiae emptio*, la *nuncupatio*, etc., si hubiera habido un solo testigo incapaz entre los siete o un error en la fórmula para establecer el heredero, todo el testamento habría sido cancelado. Diferentemente, en la *stipulatio*, cualquier palabra estaba bien: bastaba que tuviera una forma interrogativa (*spondeo, fidejubeo, fidepromitto*)<sup>98</sup>.

La otra desventaja es la incomodidad: no es suficiente la sola voluntad, sino que siempre se debe satisfacer la forma a través de «un acto deliberado cumplido de propósito

---

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 182.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 189.

<sup>97</sup> *Ivi*, pp. 189-190.

<sup>98</sup> *Ivi*, pp. 191-192.

---

y que la refleje»<sup>99</sup>.

De hecho, Jhering sostiene que, en casos de urgencia, cuando no se respeta la forma impuesta y se celebra un acto que no la tiene, éste no puede tener ningún tipo de efecto jurídico. Por tanto, en esa circunstancia, su efecto, o, mejor dicho, su eficacia, dependerá únicamente de la voluntad y de la buena fe del obligado<sup>100</sup>.

Esta inobservancia, sin embargo, como señala el propio Autor, luego se convirtió en la regla: en Roma se desarrolló gradualmente un sistema de convenciones (contratos) basado en la buena fe, que, siendo un sistema de comercio legal basado en la lealtad y la fidelidad, no es más que un «producto y complemento del formalismo»<sup>101</sup>.

Es interesante notar, en este punto, que los definidos por el autor como casos de urgencia, me atrevería a decir patológicos, se han convertido, por toda una serie de factores – principalmente cambios económicos –, en completamente fisiológicos. Así que la realización de los efectos jurídicos de un negocio se basaba, a partir de cierto momento, sólo en la buena fe, y ya no en el cumplimiento de las formas y formularios.

Sin embargo, también hay algunas ventajas muy relevantes que deben tenerse en cuenta.

En el sistema del formalismo, en efecto, expresar la intención de querer no presenta absolutamente el riesgo de ser confundido con la libre expresión de la voluntad. En el sistema donde falta la forma, por el contrario, cuando no hay forma prescrita, siempre se puede confundir la intención con la voluntad, y ésta con la intención. «La forma es el sello de la voluntad jurídica»<sup>102</sup>.

Además, el uso de formas solemnes ayuda a las partes a razonar y reflexionar sobre la importancia del acto jurídico que están a punto de realizar: el Autor, por ejemplo, sostiene que el término *spondesne*, al ser pronunciado, tenía la función de despertar la conciencia jurídica<sup>103</sup>, casi como si fuera, me atrevo a decir, una campana de alarma.

---

<sup>99</sup> *Ivi*, p. 196.

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 198.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 199.

<sup>102</sup> *Ivi*, p. 206.

<sup>103</sup> *Ivi*, pp. 208-209.

---

Por otra parte, Jhering, precisamente en lo que se refiere a los posibles pros y contras del formalismo más extremo, plantea una cuestión que, en mi opinión, parece profundamente actual, a veces esclarecedora, ya que podría abrir innumerables discusiones, especialmente en consideración del estado actual del sistema de comercio jurídico y del enorme desarrollo de la negociación asimétrica: «si el formalismo presenta el peligro de que quien tenía realmente la intención de comprometerse queda por su compromiso, gracias a un vicio de forma, el sistema de la carencia de formas encierra el peligro contrario, o sea que quien no tenía ninguna intención de obligarse se verá contra su voluntad cargado de una responsabilidad que non contrajo. ¿Cuál es el inconveniente más serio? Creo que no cabe duda»<sup>104</sup>.

El Autor, por lo tanto, ciertamente proporciona algo sobre lo que reflexionar.

### **11. *Las diferentes expresiones del formalismo en el Derecho Romano antiguo***

Una vez formuladas estas premisas generales respecto al papel del formalismo en los ordenamientos jurídicos, Jhering intenta trazar una línea de desarrollo dentro del sistema romano, en lo que se refiere específicamente a las formas negócias, tratando también de realizar clasificaciones, aunque sean aproximadas.

A este respecto, él, componiendo un esquema<sup>105</sup> para dividir los negocios y los procedimientos sobre la base de su sujeción o no a las formas, llega a la conclusión de que todos los actos que pertenecen indudablemente al derecho arcaico están sujetos a reglas y formas fijas, mientras que los que se refieren con certeza a la «nueva» época no tienen forma. En otras palabras, «la era arcaica tiene una tendencia tan decidida para imponer la forma como la época posterior para evitarla»<sup>106</sup>.

Posteriormente, también identifica un método de clasificación de los actos formales en el derecho antiguo<sup>107</sup>: este método consiste en ordenar tales negocios y proce-

---

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 209.

<sup>105</sup> *Ivi*, p. 235.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 237.

<sup>107</sup> *Ivi*, p. 239 ss.

---

dimientos según el tipo y la clase de personas que deben tomar parte en ellos.

Por ejemplo, un primer grupo contiene los actos que se realizan con la ayuda del pueblo, como el *testamentum calatis comitiis*, la *adrogatio*. Otro, los que requieren la asistencia de las autoridades civiles: ante el censor, *manumissio censu*; ante el pretor, todas las *legis actiones* (excepto la *pignoris capio*) y los actos de jurisdicción voluntaria, como la *in iure cessio*, la *manumissio vendicta*, la *in adoptionem datio*, la *emancipatio*, así como la transmisión de tutela y la herencia legítima.

Luego están los actos realizados ante las autoridades religiosas, a menudo junto con el pueblo, es decir, *testamentum*, *adrogatio*, *conferreatio*; y aquellos para los que, en general, se requería la presencia de testigos: *conferreatio*, *nexum*, *mancipatio*, *coemptio*, *testamentum per aes et libram*, *cretio*. Por último, estaban los actos que se realizaban sin la participación de otras personas salvo las propias partes, como el contrato verbal (*stipulatio*) y el contrato literal.

En cualquier caso, el número de formas propias del derecho arcaico no era muy grande: la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *stipulatio* ocupaban un lugar totalmente privilegiado y preferente. En efecto, mientras las otras formas se limitaban a ciertos actos específicos, estas últimas eran abstractas, susceptibles de las más diversas aplicaciones<sup>108</sup>: en este sentido, se puede afirmar tranquilamente que la *mancipatio* y la *in iure cessio* se referían a lo que hoy se define como derechos absolutos, mientras que *stipulatio* los llamados derechos u obligaciones relativas<sup>109</sup>.

Pero cuando se habla de formas, es un error hacer referirse únicamente a las literales: en particular, el formalismo gestual es muy importante en el Derecho Romano.

Desde este punto de vista, es interesante mostrar las razones por las que el Autor cree que la mano, simbólicamente hablando, juega un papel fundamental en la historia del derecho: no sólo porque es la parte más importante del cuerpo junto con la lengua, sino porque representa – en su opinión – el verdadero órgano de la voluntad. En efecto, no hay «movimientos del alma que la mano no pueda traducir de manera expresiva, y [...] no hay un acto solemne en el periodo de la infancia de los pueblos en el cual no

---

<sup>108</sup> *Ivi*, p. 241.

<sup>109</sup> *Ivi*, p. 275.

---

juegue un gran papel»<sup>110</sup>.

Por ejemplo, la aprehensión de la res en la *mancipatio* o del deudor en la ejecución personal son gestos de mano altamente simbólicos y significativos del poder que se pretende establecer sobre esa cosa o persona<sup>111</sup>.

Este aspecto recuerda mucho a las cuestiones abordadas anteriormente tanto sobre la materialidad del derecho como sobre su derivación de la fuerza del individuo: la mano, en efecto, se configura como «el instrumento, el símbolo y la expresión técnica (*manus*) de la fuerza jurídica»<sup>112</sup>, convirtiéndose, a mi juicio, en el símbolo del cruzamiento conceptual, en el Derecho Romano, entre la tan apreciada «fuerza moral» de la que habla el Autor y el formalismo como fenómeno en general.

También es interesante indagar otro aspecto especialmente representativo de las tendencias de la época: el del uso de los formularios.

En este sentido, hoy en día, el derecho vigente completa de mil formas diferentes la voluntad expresada por las partes, especialmente en los contratos, tanto que a veces es la misma ley la que completa o integra o configura la voluntad negociadora. Pero en la fase arcaica del desarrollo del derecho romano no era así en absoluto: los formularios eran necesarios porque faltaba el cumplimiento de la voluntad y las partes debían tener cuidado de prever y regular cada aspecto de la futura dinámica contractual. Por tanto, la utilidad y la esencialidad de los formularios se combinó también con el rigor formalista del derecho y del procedimiento arcaico<sup>113</sup>.

Estos, por otra parte, precisamente por la función de seguridad jurídica, de los comercios y de los negocios que realizaban, hicieron de sus compiladores verdaderas celebridades desde un punto de vista literario<sup>114</sup>.

Jhering señala, precisamente en lo que se refiere a los formularios, que el rigor formalista también puede expresarse con distintos grados de especificidad y complejidad.

---

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 286.

<sup>111</sup> *Ivi*, p. 287.

<sup>112</sup> *Ivi*, p. 290.

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 296 ss.

<sup>114</sup> *Ivi*, p. 299.

En este sentido, en cuanto a la determinación de los términos que deben ser pronunciados y empleados, ésta no es igualmente rigurosa y articulada en todos los actos jurídicos.

De hecho, si algunas veces la fórmula es larga y forma una especie de letanía, otras veces simplemente consiste en una simple y única palabra. Un ejemplo de formalismo rígido y absolutamente prolijo se identifica en el procedimiento testamentario: sujeto a formas fijas, incluso para todas las disposiciones particulares individuales, no deja libertad de movimiento a quienes lo realizan. La institución del heredero, la desheredación, los legados, el nombramiento de tutores, todo tiene una forma prescrita. Por el contrario, la *stipulatio* sólo tiene como fórmula fija la palabra *spondes*, como ocurre en todos los actos formados por las que él define como palabras sacramentales, tales como *fidepromitto*, *fidejubeo*, *heres esto*, *acceptum habep*, *praes sum*<sup>115</sup>.

Luego existen diferentes vías intermedias: por un lado, las fórmulas elásticas, es decir, frases que, aunque fijadas en sus puntos esenciales, pueden sufrir modificaciones, como la constitución del usufructo por la *in iure cessio*.

Por otro lado, las fórmulas esquemáticas fijas que deben ser rellenadas en algunos puntos por las partes individuales, pero que para el resto son inmutables: como la indicación de la suma en la *manus iniectio* y en la *nexi solutio*<sup>116</sup>.

Tal diferencia sólo puede explicarse tomando nota de las diferencias estructurales entre los actos mismos, pero también y sobre todo de una importancia diferente que tenían.

En actos menos solemnes, obviamente, se concedía a las partes una iniciativa más amplia. Esto, sin embargo, no debe inducir al error de pensar que precisamente porque las fórmulas eran más cortas o menos exigentes, el formalismo en ese caso era menos rígido. Este no fue así, ya que el rigor era igual<sup>117</sup>.

Hay un último aspecto que debe ser considerado, en el que Jhering se centra con tanto cuidado que parece casi un filólogo, y es el uso de los diferentes tiempos verbales en los distintos actos negociales.

---

<sup>115</sup> *Ivi*, pp. 304-305.

<sup>116</sup> *Ivi*, pp. 306-308. El Autor se refiere a los textos de Gayo: Gai. IV, 21 y III, 174.

<sup>117</sup> *Ivi*, p. 309.

---

Partiendo del supuesto de que, en aquella época, como se ha afirmado reiteradamente, la expresión oral era la esencia misma del derecho, parece aún más útil tratar de reconstruir, en detalle, el porqué de la elección de cada tiempo verbal para un determinado tipo de acto o negocio jurídico. Cada tiempo tiene, en efecto, su propia razón de ser y su función específica.

El imperativo, por ejemplo, expresa por sí mismo el concepto de orden categórico, hasta el punto de que se usaba tanto en las leyes y plebiscitos, como en el ámbito testamentario: *heres, exheres, liber, damnas, esto, entendido, sinito*<sup>118</sup>.

El subjuntivo, en cambio, era utilizado sobre todo por el Senado, que no tenía facultad de mandar, pero podía invitar, interceder, recomendar. También se encuentra en el *Edictum* del pretor. Jhering, bajo este perfil, sostiene que la relación que existe entre «el subjuntivo del pretor y el imperativo del pueblo puede compararse a la que existe entre la *bonorum posesio* y la *hereditas*: en cierto modo, el pretor obra como el pueblo, pero en apariencia»<sup>119</sup>.

El indicativo, por su parte, expresa afirmaciones, declaraciones, seguridad: esto ocurre cuando la declaración del hablante es suficiente para producir objetivamente el efecto querido: *praes sum, spondeo, manum injicio*<sup>120</sup>.

Por último, el futuro constituye la forma de las promesas, como las del pretor: *actionem, iudicium, interdictum, bonorumpositionem dabo; pacta conventa servabo*<sup>121</sup>.

## 12. *El proceso*

Otro elemento que se desprende de «*El espíritu del derecho romano*» y del que conviene dar cuenta, es el de la estrecha, indisoluble, irreversible conexión que existía entre el derecho y el proceso.

---

<sup>118</sup> *Ivi*, pp. 325-327.

<sup>119</sup> *Ivi*, pp. 329-330.

<sup>120</sup> *Ivi*, pp. 331-332.

<sup>121</sup> Las formas solemnes del derecho civil arcaico no conocen el futuro y siempre están conjugadas en el presente. (*Ivi*, p. 334).

---

«Lo que el cuerpo es para el espíritu, lo fue también la estructura analítica del procedimiento para el análisis de las ideas»: Jhering en el trascurso de la obra no se limita a reconocer la existencia de esa relación de correspondencia, sino que llega a conceder al antiguo proceso romano el papel de una real *condicio sine qua non* del mismo derecho<sup>122</sup>.

Señala, en efecto, que si bien hoy nos encontramos en un período que podría definirse como «abstracto» del derecho, en el que los principios más profundos se tratan desde un punto de vista esencialmente teórico, tanto que ocurre con frecuencia que el proceso y el derecho parecen dos extraños; de lo contrario, en la fase primitiva del derecho, no era así: estaban tan estrechamente ligados y conectados que «la mayor parte de los principios del fondo del derecho existen solo como principios del procedimiento: el crédito como *actio in personam*; el *nexum* como *manus iniectio*»<sup>123</sup>.

Esta característica del fenómeno jurídico como fenómeno procesal confirma nuevamente las tendencias básicas del derecho romano que Jhering ha intentado identificar: la materialidad, el ritualismo, el alto grado de tecnicismo, el papel central de los juristas que sabían manejar, producir e interpretar el derecho en el proceso.

Al respecto, es interesante reiterar lo que el Autor señala en la obra en cuestión: hoy, en los ordenamientos contemporáneos, parece que los que se llaman comúnmente ‘principios del derecho’ son productos de la naturaleza, o más bien de los hechos adquiridos en la vida jurídica.

Sin embargo, él considera esta concepción un profundo error: los principios del derecho arcaico o antiguo no se limitaban a ser la expresión pura y simple de las relaciones que existen en la realidad de la vida; por el contrario, eran el producto de una ciencia que le ha dado cierta forma<sup>124</sup>.

Un razonamiento similar parece ser, en mi opinión, aún más válido hoy, unos 170 años después de la composición de la obra. En este sentido, no sólo, muchas veces se cae en el equívoco de considerar los principios generales del derecho, especialmente los constitucionales – que Jhering aún no conocía por evidentes razones cronológicas – como productos naturales de la historia, como algo dado por supuesto e inamovible,

---

<sup>122</sup> Id., *El espíritu*, Vol. IV, cit., pp. 145-149.

<sup>123</sup> *Ivi*, p. 195.

<sup>124</sup> *Ivi*, pp. 196-197.

---

que es fijo y no se puede tendencialmente modificar; pero incluso se llega a creer que ciertas instituciones del derecho, incluidas algunas muy específicas o técnicas, son desarrollos ontológicos y consecuencias naturales y lógicas de la historia, cuando, en realidad, no son más que el fruto de opciones elegidas a lo largo de los siglos y confirmadas repetidamente.

El Autor argumenta, en efecto, que la historia del derecho tiene un recorrido temporal mucho más extenso que la historia política: «el historiador del derecho tiene que medir el tiempo con un instrumento más amplio y elástico que habitualmente no se utiliza»<sup>125</sup>.

Precisamente por eso, es necesario tomar conciencia de que el tiempo también cambia los principios fundamentales, así como cambia las reglas del derecho: éstas necesariamente deben evolucionar y modificarse, ya que «no constituyen de modo alguno categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales y las reglas cambian con las relaciones»<sup>126</sup>.

La profunda interconexión entre derecho y proceso en el sistema romano arcaico, por tanto, pone de manifiesto no sólo que ya en un principio «reinaba una laboriosa actividad y se producía una creación circunspecta y judicial», sino sobre todo que los fundamentos más profundos del derecho no son en modo alguno «obra de una fuerza natural y ciega, sino el hecho libremente querido y la gloria alcanzada por el pensamiento de los hombres»<sup>127</sup>.

Este fue el proceso: una construcción técnica ingeniosamente desarrollada por los hombres para resolver prácticamente situaciones de incertidumbre o controversia. Y este era el derecho.

---

<sup>125</sup> ID., *Lo spirito*, Vol. I, 53.

<sup>126</sup> ID., *El espíritu*, Vol. IV, pp. 340-341.

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 342.

---

### 13. *Observaciones conclusivas*

Al final, lo que hace que la obra de Jhering sea extremadamente valiosa es, sin duda, su visión general. A través de ella se trata, como ya se dijo inicialmente, de reconstruir la verdadera esencia del fenómeno jurídico romano, captando sus características más íntimas, sus tendencias más profundas.

La primera sensación que se percibe leyendo todos estos volúmenes y estos miles de páginas es ciertamente la de tener que ver con una obra que intenta la hazaña imposible de adentrarse en las profundidades de los mecanismos de la historia, o más bien de interpretar y poner por escrito lo que es el espíritu del derecho de un pueblo.

El resultado – muy lejos de ser obvio o banal – es que es posible observar sólo algunas de las características más generales: por ejemplo, se percibe inmediatamente la derivación del derecho de la fuerza física; su interconexión, casi interdependencia, con los rituales religiosos y con la estructura militar de un pueblo; además se nota, a lo largo de la obra, el fuerte materialismo, la fuerte sensorialidad del derecho romano también.

Pero, sobre todo, en mi opinión, emerge un rasgo por encima de todos, un fenómeno particular y transversal que, al conectar y representar a todos los demás, puede servir de prisma a través del cual leer la verdadera naturaleza del derecho romano, que es el formalismo.

En efecto, el formalismo no es uno de esos hechos realizados que hay que aceptar como tales y cuya explicación no ofrece ningún interés, sino que, por el contrario, es una creación jurídica consciente y calculada, un lenguaje de signos profundo y perfectamente meditado, en pocas palabras, un producto artístico del espíritu jurídico<sup>128</sup>.

En definitiva, como demostración de lo que se dijo anteriormente, esta característica no hace más que confirmar la tesis de que el derecho es una elección consciente, voluntaria y deliberada del pueblo romano; es la demostración de la fuerza moral de su espíritu y de su voluntad profunda.

Por tanto, desde una lectura global de la obra, aunque sea incompleta y concentrada en la época arcaica, uno de los rasgos esenciales del verdadero espíritu del de-

---

<sup>128</sup> ID., *El espíritu*, Vol. III, p. 278.

recho romano es precisamente el formalismo, que es todo menos falta de voluntad, o carencia. de contenido, o falta de personalidad o carácter: por el contrario, es un signo distintivo, una posición que se ha solidificado a lo largo de los siglos.

En conclusión, se puede aprender mucho sobre la historia de Roma y de su Derecho leyendo Jhering. «*El espíritu del derecho romano en los diversos grados de su desarrollo*» es una inmersión en la complejidad de la historia del derecho del pueblo romano y del derecho en general.

Pero también es un viaje al interior de la mente de un jurista completo, tan preparado y culto que es capaz de tratar no sólo el derecho romano en sus formas más técnicas, sino todo el fenómeno jurídico histórico, pasando de la historia a la filología, a la filosofía, al derecho comparado.