

UN BREVE ANÁLISIS DEL PRÓLOGO DE LEOPOLDO
ALAS (CLARÍN) A LA CONOCIDA OBRA DE
IHERING, «*LA LUCHA POR EL DERECHO*»

*A BRIEF ANALYSIS OF THE FOREWORD BY LEOPOLDO
ALAS (CLARÍN) TO THE WELL-KNOWN WORK OF
IHERING, «THE STRUGGLE FOR THE LAW»*

RESUMEN

Leopoldo Alas (Clarín), catedrático cesaraugustano de Economía, redactó en 1881, el prólogo a la primera traducción del libro de Rudolf von Ihering, *La lucha por el Derecho*. En este texto destaca la importancia del Derecho romano como elemento básico de la cultura occidental, su realismo y vínculo con la sociedad, en lugar del mero formalismo jurídico, la abstracción y el estatalismo. Son unas reflexiones que tienen actualidad, y cobran mayor valor porque vienen de la reflexión filosófico-jurídica y su entronque en la cultura alemana del siglo XIX.

Palabras clave: Leopoldo Alas (Clarín), Derecho romano, Ihering, *La lucha por el Derecho*, Adolfo González Posada.

ABSTRACT

Leopoldo Alas (Clarín), Professor of Economics at the University of Zaragoza, wrote in 1881 the prologue to the first translation of Rudolf von Ihering's book, written by his friend Adolfo Posada and titled *The struggle for Law*. In this text, Leopoldo Alas highlights the importance of Roman Law as a basic element of Western culture, due to its realism and its links with society, rather than just a mere abstract legal formalism. These reflections are of great value because they come from philosophical-legal understanding and their connection to German culture in the 19th century.

Keywords: Leopoldo Alas (Clarín), Roman Law, Ihering, The Struggle for Law, Adolfo González Posada.

INTRODUCCIÓN

No fue una casualidad que la primera traducción al castellano de *La Lucha por el Derecho* de Ihering fuera obra del profesor de la Universidad central de Madrid, eminente especialista en Derecho Constitucional, Adolfo Posada¹, entonces profesor madrileño, pero que coincidió como catedrático en el *Alma Mater* ovetense con Alas, en 1883. El prólogo está fechado en 1881, mientras la publicación saldría al año siguiente, 1882, y la redactó el entonces titular de la cátedra de Economía Política en la Universidad de Zaragoza, Leopoldo Alas (Clarín)², quien hasta 1883 no llegaría, en virtud de traslado, a convertirse en catedrático de Derecho romano de la Universidad de Oviedo, permaneciendo durante seis años en la docencia de esta asignatura³.

Se estaba formando entonces el conocido como «Grupo de Oviedo», integrado por un selecto plantel de juristas e intelectuales, bien formados, varios de los cuales eran adictos a las ideas de la Institución Libre de Enseñanza, bajo

1 Vid. MONEREO PÉREZ, L., en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta 2005*, vol. I (A-L). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2005, pp. 392-399, y bibliografía, s. v. González Posada, Adolfo (1860-1944).

2 Vid. *Gran Enciclopedia Asturiana*, dir. por S. Cañada, vol. V, Gijón 1970, pp. 17-20, s. v. Clarín, Leopoldo Alas.

3 Existían en Oviedo dos cátedras de Derecho Romano, Una que desempeñó, hasta su óbito en abril de 1875, D. Francisco Díaz Ordóñez, y aunque la plaza vacante fue adjudicada al único opositor que entonces concurrió a las pruebas, el compostelano Cleto Troncoso, sin embargo hizo permuta con el titular de la cátedra de Ampliación de Derecho Civil en la Universidad de Santiago, Félix de Aramburu, y este la regentó con el título de «*Historia y elementos de Derecho romano*», desde el curso 76-77 hasta el de 80-81, incorporándose el insigne jurista, y más tarde rector del Estudio ovetense, a la cátedra de Derecho Mercantil y Penal, enseñando las nuevas tendencias del Positivismo jurídico en la criminología, y siendo muy respetado en el ámbito científico europeo. En 1883 se proveyó en concurso la cátedra en el aragonés Celestino Herrero y Calvo, quien no quiso asumir la enseñanza de Derecho Romano, y por imperativo del entonces Rector, León Salmeán, se encargó de Derecho natural, creándose una cátedra de *Prolegómenos del Derecho*, reduciéndose la impartición de la materia en ese año. La otra cátedra de Derecho romano, venía desempeñada, desde 1846, por D. Carlos Fernández Cuevas, y la impartió hasta su muerte el 18 de febrero de 1883, intitulándose la disciplina «*Prolegómenos del Derecho, Historia y Elementos del Derecho romano*». Esta es la vacante a la que accedió Clarín por concurso de traslado, pues anunciada en La Gaceta del 8 de marzo del año citado, concurrieron a la misma Faustino Álvarez del Manzano, titular de la cátedra de Mercantil y Penal de Granada y Leopoldo Alas, de Economía, en Zaragoza. El Consejo de Instrucción pública examinó el expediente, y emitió un dictamen, del que salió favorecido Clarín, discípulo de Fernández Cuevas y de Díaz Ordóñez, porque aunque ninguna de las disciplinas que disfrutaban estaban entre las analogías previstas en la normativa, sin embargo Leopoldo Alas contaba con dos datos positivos: de un lado era autor de una obra intitulada «*Derecho y la moralidad*», cuyo contenido no era ajeno a los *Prolegómenos del derecho*, parte de la asignatura que estaba anunciada a concurso, y además había redactado un texto manuscrito, hasta el presente no localizado, que se intitulaba «*Preparación para el estudio del Derecho romano*», por lo que le fue adjudicada la vacante en virtud de R. O. de 6 de julio de 1883, cesando en Zaragoza del 19 de octubre del mismo año. Vid. por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Melquíades Álvarez: profesor universitario*, Oviedo, Universidad, 1988, pp. 18-25.

la dirección de Giner de los Ríos⁴. En menos de una década quedó estructurado, con las diversas sensibilidades políticas y académicas, los integrantes de dicho Grupo, al que pertenecieron, por sucesiva agregación, y como más relevantes, los catedráticos Félix Aramburu⁵, penalista; Adolfo Álvarez-Buylla⁶, catedrático de Economía desde 1877; Aniceto Sela⁷, de Derecho Internacional; Rafael Altamira⁸, de Historia del Derecho, y los dos antes citados, además de otros docentes de la Facultad, como Fermín Canella⁹.

I. CARACTERÍSTICAS DEL DENOMINADO GRUPO DE OVIEDO

Una de las características del movimiento que emprendieron fue el acceso directo a las ideas más renovadoras que se difundían en toda Europa, especialmente en Inglaterra y Alemania, aunque sin menoscabo de la moderna bibliografía francesa, mediante la consulta directa de las obras en el idioma original, de modo que recordando al estilo del ilustre gijonés Jovellanos, se examinaban sus doctrinas desde una óptica muy crítica, pero con mentalidad abierta, a fin de obtener el mayor aprovechamiento de sus aportaciones.

Una segunda nota que le distinguió fue la ampliación de materias en la reflexión universitaria, crítica del método pedagógico utilizado tradicionalmente en las aulas, el acercamiento del mundo universitario a las necesidades e inquietudes de la población, con repercusión inmediata en la creación de

4 Vid. GONZÁLEZ DÍEZ, E., *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta 2005*, vol. I (A-L). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2005, pp. 377-380, y bibliografía, s. v. Giner de los Ríos, Francisco (1839-1915).

5 Vid. CORONAS, J. R., *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta 2005*, vol. I (A-L). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2005, p. 104, s. v. Aramburu Zuloaga, Félix Pío de (1848-1913).

6 Vid. CORONAS, J. R. – PELÁEZ, M. J., *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta noviembre de 2006*, vol. I (A-L). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2006, p. 95, s. v. Álvarez Buylla, Adolfo (1850-1927).

7 Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta 2005*, vol. II (M-Z). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2006, pp. 525-526, s. v. Sela Sampil, Aniceto.

8 Vid. PELÁEZ, M. J. – PINO ABAD, M., *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, hasta 2005*, vol. I (A-L). Ed. y coord. M. J. Peláez, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga, 2005, pp. 85-86, s. v. Altamira Crevea, Rafael (1866-1951).

9 Vid. MELÓN FERNÁNDEZ, S., *Un capítulo en la historia de la Universidad de Oviedo (1883-1910)*, Oviedo, IDEA, 1963; OSORO HERNÁNDEZ, A., *Revista de Asturias (1877-1883 y 1883-1889): literatura, ciencia y sociedad en los orígenes del 'Grupo de Oviedo'*, Oviedo, Universidad, 2007; PRADO, G. H., *El Grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del krausoinstitucionalismo asturiano: aportes para un postergado debate*, Oviedo, KRK, 2008.

los cursos de Extensión Universitaria, las Colonias Escolares, estancias en el extranjero, promoción del deporte, etc.¹⁰

Una tercera nota consistió en acercar las ideas políticas del grupo, cuya ideología era de izquierdas, pero no partidistas, salvo casos particulares, a las circunstancias concretas del sistema electoral español, y su contribución personal para salir del círculo vicioso en el que se encontraba, criticando abiertamente las corruptelas existentes, así como estimulando el necesario cambio de perspectiva científica, moral y ética, para beneficio general de los españoles¹¹.

II. RELEVANCIA DEL PRÓLOGO DE CLARÍN EN EL CONTEXTO UNIVERSITARIO ESPAÑOL DE AQUEL MOMENTO

Santiago Melón¹² destaca la inspiración de estos intelectuales en el krausismo, que comenzó su singladura en España el año 1854, con las conferen-

10 Destacaba Melón Fernández que en 1886 viajaron a Alemania, con Giner de los Ríos, dos de los institucionistas ovetenses, entre ellos Adolfo Posada, y fruto de su experiencia en la modalidad pedagógica, surgió la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos, que promocionó Buylla, con respaldo de la mayoría de los catedráticos asturianos, e incluía las siguientes secciones: 1. Sociología y Política, dirigida por Posada. 2. Economía, por Buylla y 3. Historia y Problemas contemporáneos, por Sela y Altamira, en la que desarrollaban trabajos personales los alumnos, con sesiones en la Biblioteca, en la que, tras una exposición del tema por un profesor o un alumno, se daba inicio a una conversación sobre la materia, huyendo de todo dogmatismo, porque el objetivo era formar hombres. Se fomentaron las relaciones interuniversitarias y encuentro científicos de todo tipo, especialmente pedagógicos, y se desarrollaron tanto la Extensión Universitaria como las Universidades populares, además de favorecer el viaje a América de Rafael Altamira. MELÓN FERNÁNDEZ, S., *Un capítulo en la Historia de la Universidad de Oviedo (1883-1910)*, Oviedo, IDEA, 1963, pp. 44-87.

11 Las notas distintivas de los institucionistas de Oviedo, formado estrictamente por Posada, Buylla, Sela y Altamira, pero cuyos rasgos vienen compartidos por el resto de integrantes del claustro universitario, reducido a Facultad de Derecho, hasta la recuperación en 1895 de la Facultad de Ciencias, son: 1. Alto sentido patriótico y universitario. 2. Deseo de mejorar la enseñanza. 3. Acción social en medios extrauniversitarios. 4. Carencia de compromisos doctrinales o partidistas. Estas características se conjugaban en el mismo claustro, porque hay profesores institucionistas, que participan plenamente de la fundación de Giner, pero también hubo regionalistas, como eran Canella y Félix de Aramburu y Zuloaga, ambos rectores de la Universidad asturiana; algunos conservadores, como Díaz Ordoñez, elogiado por Clarín, o el carlista Estrada y Villaverde, o el experto en los foros, Rogelio Jove y Bravo, y como nexo común a todos, Clarín. MELÓN FERNÁNDEZ, S., op. cit., pp. 33-42.

12 La promoción del Partido Republicano con nuevas ideas frente al conservadurismo imperante en el Principado de Asturias, y la defensa de nuevos candidatos para representar intereses generales, desde una óptica de ruptura con el pasado y acercamiento a los problemas de los ciudadanos, explican la aparición en la escena política, con respaldo de los universitarios citados, de Melquíades Álvarez, primero como concejal, y más tarde ganando por primera vez las elecciones a Diputado a Cortes en 1898, mereciendo ya, el 6 de diciembre de 1896, un palique de Clarín, publicado por el Heraldo de Madrid, de máxima repercusión política y social en toda España. Vid. por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Melquíades Álvarez...*, op. cit., pp. 32-48.

cias dictadas por Julián Sanz del Río, de modo que sus seguidores pretendían construir una España moderna, y lograr una ascensión económica y social de la burguesía, fundándose, para lograr el objetivo la Institución Libre de Enseñanza, a la que perteneció, como hemos señalado anteriormente, el sector de profesores más significativo del Grupo de Oviedo, a excepción de Clarín, que tuvo mucha cercanía en los inicios, pero viendo algunas características de la misma, optó por mantener su posición autónoma¹³.

En estas coordenadas se mueve el prólogo¹⁴ del entonces catedrático de Economía Política¹⁵, que vierte sus planteamientos de Filosofía del derecho, materia a la que pretendió desde sus primeros escritos, y más tarde académicamente, hasta que se hizo cargo de la misma en su Universidad, abandonando la anterior cátedra de Derecho romano, que una década más tarde desempeñaría brillantemente su principal discípulo, en quien veía encarnado el proyecto vital que tanto había defendido, especialmente en colaboraciones

13 Señala Melón indica las siguientes características que definen a esta Institución desde su nacimiento: 1º. Reacción y desvinculación de todo lo que significase mundo estatal u oficial. 2º. Preocupación pedagógica, desde la génesis de carácter moral hasta el cuidado del cuerpo. 3º. Aconfesionalidad. 4º. Patriotismo y preocupación social, ampliando y revitalizando el concepto de patria. Se trata de formar hombres, comprometidos ya con la acción social. 5º. Se olvidan del vínculo cultural con Francia, aunque no se interrumpe totalmente, pero se orientan los contactos con Alemania e Inglaterra, de modo que uno de sus puntos de vista novedosos será la promoción de viajes al extranjero, logrando su feudo de actividad en el Ateneo, las Bibliotecas, Museos y Universidades, unido a un boletín de difusión. Tres hechos fueron sus consecuencias: 1. Gran actividad de información y copiosa labor de traducción. 2. Influencia de la mentalidad sociológica sobre disciplinas afines, y 3. Renovación pedagógica. MELÓN FERNÁNDEZ, S., op. cit., pp. 21-229.

14 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Versión española de Adolfo Posada, profesor de la Universidad de Madrid, con un prólogo de Leopoldo Alas (Clarín)*, Madrid, Libr. General de Victoriano Suárez, 1882.

15 Sobre las circunstancias de su redacción, sirvan las palabras del traductor de la obra de Ihering, el asturiano Adolfo Posada, con ocasión de la edición de 1921: «El prólogo a Ihering, de Clarín, escrito casi de un tirón, en Oviedo, estimábalo Giner como uno de los trabajos de más intensa profundidad y de más substancia de nuestra literatura filosófica-jurídica: muy rectamente pensado y nítidamente escrito, como obra de pensador y literato. El maestro de la Central solía leer en su clase de Filosofía del Derecho algún trozo del prólogo de Alas (o de su estudio sobre El Derecho y la Moralidad), callándose el nombre del autor, y preguntaba: —Vamos: ¿de quién será esto? Y los discípulos citaban nombres y nombres de los grandes... —¡No, no!— decía el maestro—: el trozo es de Leopoldo Alas. Con emoción profunda recorremos ahora las pruebas de esta nueva edición de *La Lucha por el Derecho*. Folleto y prólogo avivan en el alma recuerdos de días inolvidables de lejana juventud. Por instantes parecemos oír de nuevo a Alas leyéndonos su prólogo; y, como entonces, experimentamos la sensación de escuchar una voz genial, de gran pensador y de soberano artista. Que este prólogo, luminoso, escrito en 1881, conserva toda su fuerza; merece ser leído y estudiado ahora; profetizó a veces; tiene, en general la perenne oportunidad de los escritos concebidos con alma de filósofo y ejecutados con pluma de artista, como obra de quien sabe llegar a la esencia de las cosas y evocar ideas de valor eterno». VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Versión española de Adolfo Posada, profesor de la Universidad de Madrid, con un prólogo de Leopoldo Alas (Clarín)*, nueva edición, Madrid, Libr. General de Victoriano Suárez, 1921, pp. V-VIII.

periodísticas, Melquíades Álvarez González¹⁶, su protegido, quien fundaría el Partido Reformista¹⁷, y al que pertenecieron, entre otros, Manuel Azaña o el filósofo José Ortega y Gasset.

Leopoldo Alas se siente muy satisfecho con sus compañeros de claustro, y no exclusivamente con los institucionalistas, aunque del krausismo heredó¹⁸ la preocupación ética, el sentido universitario, y la dedicación a la tarea de formar hombres, si bien no compartió con esta corriente su sectarismo orgulloso, que les llevaba a situarse por encima del resto de colegas, en un mal complejo de superioridad moral, ni tampoco se le pudo achacar «la fe en palabrerías y el tufillo a convento», que implicaba una adhesión a postulados de grupo, es decir, la actuación como una secta, cuyo enfoque era claramente contrario a su forma de entender la vida, en plena libertad de espíritu¹⁹.

III. PRINCIPALES CONSIDERACIONES DEL CATEDRÁTICO OVETENSE

Clarín defiende el planteamiento de Ihering²⁰ a favor de la legitimidad de la lucha por el derecho, que exige, por necesidad, un esfuerzo energético y cons-

16 Vid. OLIVEROS, A. L., *Un tribuno español: Melquíades Álvarez y González*, La Habana (Cuba), Ramiro F. Moris, 1947; Gijón, Silverio Cañada, 1999; CUBER, M., *Melquíades Álvarez: el orador, el hombre, el político, sus ideales, su consecuencia, su integridad*, Madrid, Reus, 1935; GARCÍA VENERO, M., *Melquíades Álvarez: historia de un liberal, prólogo de Azorín*, Madrid, Alhambra, 1954 y 2ª ed. ampl., Madrid Tebas, 1974; ÍÑIGO FERNÁNDEZ, L., *Melquíades Álvarez: un liberal en la Segunda República*, Oviedo, RIDEA, 2000; RODRÍGUEZ, A. A., *Melquíades Álvarez*, Gijón, libros del Peixe, 2003; Asturianos universales, Madrid, Páramo, 1997; ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, M. Mª., *Tesis doctoral inédita de Melquíades Álvarez*, Oviedo, Universidad, 2006; ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, M. y otros, *Melquíades Álvarez: discursos parlamentarios*, Oviedo, Nobel, 2008..

17 ÁLVAREZ, M., *El Partido Reformista: discurso pronunciado por D. Melquíades Álvarez en el Hotel Palace de Madrid el día 23 de octubre de 1913 (1916)*, Madrid, imp. de J. López, 1916; id., *Discurso pronunciado por D. Melquíades Álvarez en el acto político del Teatro de la Comedia de Madrid, el día 27 de abril de 1930*, Madrid, Partido Reformista, secretaría general, 1930; id., *Discurso pronunciado por D. Melquíades Álvarez en el acto político del Teatro de la Comedia de Madrid, el día 14 de mayo de 1933*, Madrid, Gráfica Mundial, 1933; id., *Antología de discursos. Estudio preliminar. José Girón Garrote*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2001; Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2002; GIRÓN GARROTE, J., *Los partidos políticos en Asturias (1875-1923): los partidos republicanos, reformista, socialista y comunista*, Oviedo, Nobel, 2013.

18 MELÓN FERNÁNDEZ, S., op. cit., p. 41.

19 Sobre el pensamiento filosófico krausista y el influjo o adhesión al mismo de Clarín, vid. por todos, GARCÍA SAN MIGUEL, L., *El pensamiento de Leopoldo Alas «Clarín»*, en Apuntes de clase de «Clarín». Recogidos por José María Acebal. Comentarios Luis García-San Miguel y Elías Díaz, Oviedo, Caja de Ahorros de Asturias, 1986, pp. 17-44; DÍAZ, E., *La Filosofía jurídica de los krausistas españoles: Giner y Clarín*, eod. loc., pp. 45-96.

20 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., pp. XXII y XXIII. Sobre la biografía del jurista alemán, vid por todos, WOLF, E., *Rudolf von Ihering – Otto von Gierke*. Trad. al español por A. Truyol Serra, Madrid, RDP, 1940, pp. 3-72.

tante, hasta el sacrificio, «para conquistar el reino de la justicia, que no viene de la mano por sí solo», impugnando las teorías del fundador de la Escuela Histórica, F. C. von Savigny, con una concepción abstracta del derecho.

El concepto de derecho, para que se cumpla, a tenor del planteamiento clariniano exige «que la voluntad de un ser libre y con conciencia preste las condiciones que de él dependen como medio para el fin racional de los seres capaces de finalidad jurídica», de modo que si no concurre la buena voluntad libremente prestada, el derecho, por su parte no se cumple, aunque la fuerza y la lucha servirán para hacer efectiva la prestación del medio que cumple el fin²¹.

Puesto que se niega a que las normas jurídicas queden en una mera abstracción, sin relación inmediata con los problemas jurídicos del ciudadano, Leopoldo Alas pone ejemplos de lucha por el derecho en dos ámbitos de Derecho privado muy concretos. El labrador que defiende su tierra contra el que pretende arrancarle su posesión: lucha por el derecho, porque si no puede conseguir que su adversario voluntariamente ceje en su empeño, logra que el Estado intervenga y respalde su condición en defensa de su derecho, a través de la coacción, «que sanciona en último caso la declaración explícita, a que también el Estado está obligado, de los títulos legítimos con que posee el propietario»²².

21 Pone como ejemplo uno de los múltiples que analizó la jurisprudencia romana del período clásico, y que tuvo aplicación hasta la supresión del instituto de la esclavitud en el siglo XIX: «todo esclavo tiene derecho a la libertad, el dueño tiene obligación de dársela, pero voluntariamente no se la concede; interviene la ley, y a pesar de los esfuerzos del que comete la injusticia, para mantenerla, el Estado restablece el derecho, libra al esclavo. Aquí se trata de la misma materia, del mismo medio: del derecho de libertad... la libertad se consigue, y en el lenguaje corriente, se dice que el derecho se ha realizado, pero en el concepto del derecho que doy por bueno y en cuya virtud se opone la objeción que combato hay que distinguir: el derecho de la relación primera no está cumplido», porque el dueño del esclavo, a quien la ley obliga a manumitir, no lo hace voluntariamente y es injusto, no cumple con el derecho; pero el Estado, tomando conciencia de la injusticia, la deshace, porque estaba obligado, respecto del esclavo, a procurarla la libertad coactivamente, y esta es otra relación de derecho en la que el Estado ha cumplido, pudiéndose afirmar en este respecto que el derecho se ha realizado. VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., pp. XXVIII-XXIX.

22 Menos preciso se muestra en su reflexión acerca del mundo laboral: «en la antigüedad, cuando era vil y siervo, hasta la situación presente en que disputa ya al capital el predominio en la distribución del producto, aspirando a llevar a las leyes la sanción de sus pretensiones», porque aquí la lucha consistió en ir obligando al Estado a interponer su fuerza; muchas veces, ni el Estado, ni el que gozaba el privilegio de explotar al trabajador, habrán cedido de buen grado», y en esas situaciones entra la lucha por el hecho, una vez adquirida la conciencia de la injusticia que sufrían, «de combatir hasta el sacrificio por el hecho de la emancipación del trabajo. Esto era luchar por el derecho: unir las fuerzas, propagar la convicción de la justicia que asistía al trabajo», hasta eliminar las barreras que impedían el logro de sus legítimas pretensiones.

Negando la validez de la teoría del Contrato social de Rousseau²³, Clarín defiende la vida colectiva, generada mediante pacto, como fundamento histórico del Estado: «en efecto, así ha sucedido y así se han formado pueblos tan poderosos como Roma, según observación profunda en el *Espíritu del Derecho romano* del mismo Ihering²⁴, debe en gran parte su eminente espíritu jurídico y su poderoso carácter a ser producto de la unión artificial de tres pueblos»²⁵.

Es indiscutible, después de las investigaciones históricas realizadas durante los ciento cincuenta años, que en la Península Itálica habitaban en el siglo VIII a. C. diversos pueblos indoeuropeos²⁶, y en la región del Lazio, donde surgió Roma como Ciudad-Estado, hubo una temprana relación con la federación de Alba-Longa, lugar originario de los hermanos Rómulo y Remo, siguiendo el modelo de las poleis griegas.

Desde otro punto de vista, hubo la confluencia de varias tribus étnicas, porque a la derecha del Tíber estaban los etruscos, con su propio lenguaje, pero en Velletri, la lengua era el volsco, mientras los sabinos, provenientes de Cures, se asentarían en el Quirinal, formando la tribu de *Tities*.

Estos últimos se unieron a los romanos, que integraban la tribu de los *Ramnes*, y se habían instalado en el Palatino, en el gobierno de Rómulo, romano, y Tito Tazio, sabino, aunque no todo fue pacífico en el proceso de fusión. Más tarde tuvo lugar la ampliación posterior de la *urbs*, bajo los Tarquinius, que daría lugar a la segunda fase de la comunidad política, quedando estructurada con tres tribus, al adicionarse la de los Luceres, de modo que encontramos reyes de origen romano, pero también de otras procedentes, como los etruscos, uno de los cuales fue Servio Tulio, bajo cuyo mandato

23 ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*. Trad. de F. de los Ríos, Madrid, España-Calpe, 1975; id. *Du contrat social: chronologie et introduction* par P. Burgelin, Paris, Garnier-Flammarion, 1975; id. *Du contrat social, précède de La démocratie selon Rousseau*, par J. P. Siméon, Paris, Seuil, 1977.

24 IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano*. Abreviatura por F. Vela, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 117-121, publicidad de la vida jurídica y plástica del derecho.

25 Se está refiriendo a los originarios del Palatino, que formaban la tribu de los Ramnes; los del Quirinal, de origen sabino, que formaron la tribu de Tities, por su héroe epónimo Tito Tacio, y los de las zonas boscosas próximas, relacionadas con Alba Longa, lugar de procedencia de Rómulo y Remo, que conformaron la tribu de los Luceres.

26 Al norte de la Península, los galos o celtas; en el nordeste, los vénetos; hacia el territorio entre los Alpes y el Mar Mediterráneo, los ligures; en el centro, hacia el mar, los etruscos; lejos de la costa, los italiotas, divididos en latinos y umbrosabélicos. Por debajo de estos los volscos, ecuos y hérnicos, pero en la región más cercana a Nápoles, habitaban los oscos, y en las poblaciones costeras, las colonias de la Magna Grecia.

Roma quedaría finalmente configurada políticamente, con treinta curias, diez por cada tribu²⁷.

Hoy se estima que antes de la aparición de la comunidad política romana, los grupos sociales preurbanos estaban formados por grupos de cabañas, *vicus*, que dominaba un territorio, *pagus*, con multitud de elementos de cohesión interna entre ellos, como eran los *sacra* y un poder superior en el grupo, *pater gentis*²⁸. Consecuencia del desarrollo comercial, puesto que Roma está junto al Tíber, y en una zona de fácil tránsito de una orilla a otra, a través de la Isola tiberina, se fue produciendo la agregación de vecinos, concurriendo gentes de diversas procedencias, manteniendo la actividad agropecuaria, pero fomentando el comercio, como era el de la sal, así como los intercambios con los etruscos y las colonias de la Magna Grecia.

27 Vid. DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, RDP, 1954, pp. 19-72; ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del derecho romano*. Trad. de la 2ª ed. ital. por F. de Pelsmaeker e Ivañez, 2ª ed., Madrid, Reus, 1963, pp. 18-30; CRIFÓ, G., *Lezioni di Storia del Diritto romano*, 3ª ed., Bologna, Monduzzi, 2000, pp. 39-50; AA. VV., *Roma e il Diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 3-24; GUILLÉN, J. *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. II. La vida pública*, Salamanca, Sígueme, 1980, pp. 17-39.

28 Aunque es *communis opinio* en la romanística, según la cual, la *gens* es un grupo social intermedio entre la familia y la *civitas*, han existido múltiples teorías entre los autores: para Niebuhr, la *gens* es posterior a la *civitas*, y nacería al dividirse la *civitas* en curias o distritos; en criterio de Rodríguez Adrados, las curias se dividieron en gentes por razones militares; según Ugo Coli, la *gens* nace cuando un grupo social quiere diferenciarse de los demás en base a su linaje, y Arangio Ruiz entiende que la *gens* es un organismo añadido a la *civitas*. Perozzi cree que la *gens* es un organismo primitivo, anterior a la familia y a la *civitas*, y se pertenece a una sola gens como nos e puede perteneces a dos estados a la vez, aunque actualmente haya casos de doble nacionalidad. De Martino entiende que la *gens* es una organización política y De Francisci un conjunto de familias con culto propio e interés económico común, de modo que el aspecto determinante de su aparición es una causa económica, para la explotación agrícola del *pagus*. No se puede olvidar que la *gens* tiene dioses propios, ceremonias de culto propios, fiestas, asambleas, sanciones como la calificación de *homo sacer* o el *exilium*, e incluso normas. Recordamos la síntesis realizada por Fuenteseca Díaz, quien al señalar el origen de la *civitas* como comunidad política, afirma que está sin resolver el problema de la organización precívica, ya que sigue debatiéndose, desde el siglo XIX, si Roma es resultado de la desagregación de núcleos de población más grandes, como la horda, aunque este planteamiento es minoritario en la ciencia moderna, o resultado de la agregación de núcleos más pequeños, como fueron la familia y la *gens*. El primero nos resulta muy conocido, porque llega hasta nuestros días, aunque la familia originaria romana no se basaba en la cognación, sino en el vínculo de agnación o sometimiento al poder del jefe del grupo o paterfamilias, único titular del patrimonio, aunque etimológicamente familia tuvo diversos significados. En menos conocida, por falta de datos, es la *gens*, que presentaba una organización de tipo político, y la integrarían varias familias con un antepasado común, del que no se tenía memoria, y regida por el *pater gentis*, constituyendo el eslabón intermedio entre la familia y la *civitas*. Los principales grupos de gentes dirigieron durante muchos siglos la vida política y social romana desde la Monarquía hasta finales de la República, como vemos por el *nomen gentilicium*, que portaban sus integrantes, aunque en Derecho privado cada vez fue perdiendo mayor relevancia, de la que existen recuerdos en las fuentes acerca de su intervención en cuestiones de herencia intestada o tutela. FUENTESECA DÍAZ, P., *Lecciones de Historia del derecho romano*, Salamanca 1970, pp. 24-26.

Sorprende que Clarín utilice diferentes axiomas en latín, sin indicar el origen, y con muy diverso alcance, como la figura literaria, que es un proverbio antiguo, «*Aquila non capit muscas*»²⁹, o que, a propósito de la autonomía, sostenga paladinamente «el pueblo es soberano *in partibus infidelium*», cuya expresión se aplicaba en la Curia católica a los obispos nombrados para sedes episcopales de pueblos infieles, en las que no tenían la obligación de residir, y metafóricamente pasó a significar al que desempeña un oficio solo nominalmente, y más próximo *natura non facit saltum*, que es del sueco Carl Linneo, y su *Filosofía Botánica*, a mediados del siglo XVIII, pero posteriormente acogido por Gottfried Leibniz, en uno de sus Ensayos, y por Charles Darwin en el origen de las especies, como antídoto para eludir el esfuerzo personal, porque la evolución, de forma mecánica, dará por sí misma siempre el mejor resultado, conforme a leyes universales ajenas a la voluntad humana.

En otro lugar del mismo texto³⁰, arengando, como si fuera un mitin político, recuerda las palabras seductoras de algunos políticos, dirigidas al ciudadano normal, para que abandone la política y un proyecto ideal, acudiendo a la fuerza que está en sus manos y por ella al poder, «es decir, gozar los bienes terrenos, porque sí, porque puedes, *quia nominor leo*. Esto es lo práctico, lo positivo; lo demás engaño, farsa, retóricas que no entiendes». La frase latina está tomada de una fábula de Fedro³¹, porque me llamo león, es decir, porque tengo el derecho del más fuerte, algo que rechaza Clarín.

No deja de elogiar la obra del mismo Ihering, *El Espíritu del Derecho romano*, donde Clarín resalta cómo el jurista alemán explica la deficiencia de los que son filósofos, pero no jurisconsultos, a la hora de abordar los problemas jurídicos, aludiendo a sus abstracciones en materia de principios, y la carencia de apreciaciones concretas en el momento de abordar las distintas instituciones jurídicas, sin exceptuar al mismo Kant, porque toman como básicas y universales (el pandectismo) unas «instituciones de Derecho, relaciones y clasificaciones que fueron así por motivos históricos».

29 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. II.

30 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. XXI.

31 FEDRO, A. L., *Fabulae Aesopiae*, vol. I, Londini, Valpy, 1822. Fábula V, vv. 3-11, pp. 52-53: *Vacca et capella, ovis et leo/ Vacca et capella et patiens ovis injuriae./ socii fuere cum leone in saltibus./ Hi cum cepissent cervum vasti corporis/ sic est locutus, partibus factis, Leo:/ Ego primam tollo, nominor quia leo/ secundam, quia sum fortis, tribuetis mibi;/ Tum, quia plus valeo, me sequetur tertia;/ Malo afficietur, si quis quartam tetigerit./ Sic totam praedam sola improbitas abstulit.* Andaban por montes un león, una cabra, una vaca y una oveja. Consiguieron cazar un ciervo corpulento, y después de hablar entre ellos, hicieron cuatro partes del animal, pero dijo el león: La primera parte me pertenece, porque me llamo león («*quia nominor leo*»); la segunda me la dais, porque soy fuerte; igualmente, la tercera porque valgo más que vosotros; y si alguien me disputase la cuarta tendrá mal resultado. De este modo, se quedó con todo el ciervo, mediante una sola injuria. La conclusión resulta evidente: no conviene asociarse con los poderosos, porque se quedan con todo el provecho y sólo dejan el trabajo a los débiles.

Hecha la distinción entre derecho objetivo o norma positiva, u orden legal de la vida, que es obra humana, producto de las generaciones, y derecho subjetivo o su concreción en el derecho de la persona, Alas ataca cualquier intento de ver en el primero normas inmutables, y defiende la lucha por la reforma científica del derecho, contraponiendo al jurista inglés, «gran fanático de la tradición», con el romano, al que califica de «atrevido y reformista»³², sobre cuya especial característica insiste el docente de Derecho romano, con una valoración muy precisa: «toda la historia del derecho estricto y su transformación demuestra lo que dejo afirmado. Era el romano sabiamente reformista»³³.

Otro aspecto, que destaca del prólogo, es la importancia que Ihering había otorgado al derecho procesal, del que duda que en Roma pudiera asumir ese calificativo, y al que atribuye «una importancia suma como fuente del derecho, importancia que desconocen los demás romanistas en su mayor parte»³⁴.

Este aspecto procesal es el que distingue al sistema jurídico romano del período republicano y clásico respecto del moderno, porque los derechos subjetivos dependían de su protección por parte del magistrado, de modo que sin acción no había derecho, aunque el pretor podía modificar las existentes, ampliar su ámbito de aplicación y crear las acciones que juzgara convenientes³⁵, lo que contrasta con el ordenamiento de nuestro tiempo, heredado del

32 Cf. IGLESIAS, J., *Roma. Claves históricas*. Madrid. Universidad Complutense, 1985, pp. 21-42; id., *Iter iuris. Escritos histórico-jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 11-27; id., *Estudios romanos de Derecho e Historia*, Barcelona, Ariel, 1952, pp. 27-54. Toda la historia del pueblo romano se caracteriza por su habilidad y especial aptitud para asumir las reformas que le imponían las circunstancias más relevantes por las que atravesaba la comunidad, como vemos en el tránsito de la Monarquía a la República, o la madurez de esta última con la plena incorporación a la vida política del grupo social que era marginal en los orígenes, así como la institucionalización y normatividad de la vida pública, en constante evolución a lo largo de los siglos, que les permitió encarar las reformas sustanciales en los momentos de crisis, sustituyendo la estructura de gobierno de modo progresivo y con plena adaptación a las nuevas necesidades, aunque eso implicara el abandono de un viejo esquema, que había sido muy operativo durante siglos, pero entonces ya inadecuado y principal obstáculo para la organización política de la comunidad.

33 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. XXXV, nota 1.

34 Basta recordar las palabras con las cuales Álvaro d'Ors inicia su manual, en la parte relativa al procedimiento de las acciones: «El acto jurídico por excelencia es la acción, es decir, la actuación enderezada a obtener una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) del juez competente... Las acciones son el tema del derecho procesal». D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968, p. 72.

35 Ursicino Álvarez, examinando el nacimiento y protección de los derechos subjetivos, enseña que el primer problema actual consiste en ver cómo nacen los derechos subjetivos que reconoce el ordenamiento a los particulares, de qué manera se pueden ejercitar las facultades que le son reconocidas, y en qué forma resolver las hipótesis que surjan con ocasión del ejercicio de dichas facultades, si se produce la resistencia de las personas obligadas a respetarlas y, en determinados casos, a satisfacerlas. Este planteamiento contrasta con el Derecho romano, porque dejando al margen el antiguo *Ius Quiri-*

iusnaturalismo racionalista, en el que se argumenta en sentido opuesto, «porque tengo derecho puedo defenderlo en el tribunal»³⁶.

Avanzando unas ideas, que hoy son acervo común de los romanistas, recuerda de Inhering que el derecho fue apareciendo con la ocasión, o lo que es lo mismo, para dar atención a las necesidades de los ciudadanos, y en esta tarea «el trabajo de los primeros jurisconsultos³⁷, aquellos que no por ser hoy menos apreciados y conocidos dejan de haber sido los principales autores de aquel derecho³⁸, -con remisión al *Espíritu del Derecho romano*-, consistía principalmente en descubrir las relaciones jurídicas, su enlace y división en la práctica, en la vida del derecho, en los casos reales concretos»³⁹.

tium, donde se reconocían los poderes de paterfamilias identificados con *manus, potestas, mancipium*, en Derecho avanzado de la República y en época clásica «es la acción protectora la que primeramente nació, y gracias a ella se fue configurando el poder jurídico que constituye la esencia del derecho subjetivo». ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho romano. T. I. Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano*, Madrid, RDP, 1955, pp. 161-162.

³⁶ El ordenamiento del *Ius civile* romano se fundamenta en las acciones, y gracias al magistrado jurisdiccional, se evolucionó de las pocas y rigurosas acciones de la Ley, a un sistema basado en el edicto magistratual, en el que figuraban los remedios a los que podía acudir el ciudadano, pero también, si no se encontraba el idóneo en el elenco edictal, el magistrado concedía la oportuna acción, ya que no solamente se limitaba a aplicar las existentes, sino que ampliaba su campo de protección con las acciones ficticias y útiles, pero incluso las creaba *ex novo*, con *actiones in factum*, y en esta tarea contaron con el asesoramiento de los jurisconsultos, a los cuales debemos multitud de figuras jurídicas modernas, como la protección en caso de dolo, o las acciones que amparan los contratos consensuales de compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, entre otras muchas figuras de Derecho privado. Cf. GUARINO, A., *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli, Jovene, 1950, pp. 389-406.

³⁷ Sobre la jurisprudencia pontifical, y primeros jurisconsultos seculares del siglo II a. C., vid. DE FRANCISCI, P., op. cit., pp. 292-301.

³⁸ Hay que tener presente que la jurisprudencia republicana no es un conglomerado de nombres que se manejen indistintamente, como demostró Kunkel, con su *Origen y posición social de los juristas romanos* (KUNKEL, W., *Die Romanistischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, Köln, Böhlau, 2001), que pertenecieron a la *nobilitas* durante el siglo II a. C. y al *ordo equester* en el I a. C., como si hubieran carecido de personalidad individual propia, antes al contrario, desde el siglo II a. C. se puede observar la aportación singular que hicieron al desarrollo del Derecho romano, desde la triple tarea que resume su actividad: *agere, respondere y cavere*, con la creación de los principales conceptos sobre los que se asentaron las instituciones jurídico-privadas, tales como los de *obligatio, actio, dominium, ususfructus, haereditas, regula catoniana, actio de dolo*, etc. y las primeras sistematizaciones del *Ius civile*, como la de Quinto Scaevola, sin olvidar que muchos de ellos desempeñaron importantes cargos magistratuales. Vid. SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1946; LOMBARDI, L., *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*. Rist. inalt., Milano, Giuffrè, 1975; CANNATA, C. A., *La giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 1974; VACCA, L., *Contributo allo studio del método casístico nel Diritto romano*, rist. con ap., Milano, Giuffrè, 1982; SCARANO USANI, V., *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 1997; MAGALLÓN IBARRA, J. M., *La senda de la jurisprudencia romana*, México, UNAM, 2000; CASADO CANDELAS, M. J., *Una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*, Valladolid, Universidad, 1994; CARCATERRA, A., *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, Jovene, 1966.

³⁹ VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. XXXVII. Si algo ha distinguido a los juristas romanos es su casuismo. Vid. Sobre la jurisprudencia republicana, vid. por todos,

La evolución de la jurisprudencia romana desde los primeros siglos de la República, hasta el momento final de su crisis, tiene una referencia obligada en el *Enchiridion* de Pomponio⁴⁰, que es jurisconsulto del siglo II d. C., quien haciendo historia de los principales juristas redacta un fragmento, que se ha conservado en el Digesto⁴¹:

Muchísimos y muy grandes varones han profesado la ciencia del Derecho civil; pero en este momento debemos hacer mención de los que tuvieron mayor estima en el pueblo romano, para que aparezca de qué jurisconsultos y de qué calidad de personas nació y se transmitió este Derecho. A la verdad, de todos los que alcanzaron esta ciencia, se afirma que nadie la profesó públicamente antes que Tiberio Coruncanio, ya que sus predecesores procuraban mantener el derecho civil en secreto, y se limitaban a evacuar las consultas, más que enseñar a los que querían aprenderlo.

Una segunda característica de esta jurisprudencia republicana fue su continuidad interna, y a ello se refiere el mismo jurista Pomponio: «... después de esto trataremos a continuación de la sucesión de los autores, porque no puede subsistir el derecho, si no encontramos un jurisperito a través del cual diariamente se pueda mejorar»⁴².

Esta premisa, permite a Clarín afirmar que «por eso, es imposible estudiar con fruto la historia jurídica de Roma, especialmente en la época del derecho estricto, sin atender muy principalmente al procedimiento, para cuyas necesidades se crearon tantos ingeniosos medios que fueron determinando el delante de aquel derecho, que había de llegar a llamarse, si no con propiedad, con justo entusiasmo, la razón escrita»⁴³.

COING, H., *Zur Methodik der republikanischer Jurisprudenz: zur Entschbung der grammatisch-logischen Auslegung*, Studi Arancio Ruiz, vol. I, Napoli, Jovene, 1950, pp. 365-388; KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos*. Trad. de Juan Miquel, Valladolid, Universidad, 1964; GUARINO, A., *Il método della giurisprudenza*, en Labeo 9 (1963) 259 y ss.; CRIFÓ, G., *Recenti pubblicazioni e discussioni sulla metodologia dei giuristi romani*, ZAUMA 2 (1968) 5 y ss.; D'IPPOLITO, F., *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*, Napoli, Ed. Sc. Italiane, 1978.

40 Vid. BRETONNE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, Ed. Sc. Ital., 1971, pp. 111-190; id., *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965; id., *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, en Labeo 16 (1965) 7 y ss.

41 D. 1, 2, 2, 35. Pomponius. Libro singulari Enchiridii. *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt, sed qui eorum maximae dignationis apud populum romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur; ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus vacare potius, quam discere volentibus se praestabant.*

42 D. 1, 2, 2, 13. *Post hoc deim de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit quotidie in melius produci.*

43 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. XXXVIII. Sobre la identificación del Derecho romano como *ratio scripta*, y sus raíces en la tradición jurídica francesa, a partir de

Esto demuestra que el derecho, como ley del Estado y como convicción del pueblo, y como costumbre y como obra artística de la jurisprudencia, es obra del trabajo humano, y obra que exige esfuerzos y lucha constante con muchos obstáculos de distinto género, porque se lucha contra la ignorancia, pero sobre todo «se lucha con los intereses que el derecho necesita contrariar, a saber, los propios del que vive de lo injusto»⁴⁴.

En otro lugar, puesto que defiende la unidad del ordenamiento, impugna que se divida en derecho político y administrativo, en público y privado, añadiendo: «y esto que es muy bueno para que los estudiantes aprendan mejor, es de consecuencias deplorables en la realidad de la vida, porque se toma la división escolástica en un sentido que no se debe tener...», abandonando el sentido del derecho real, y quedándose en la abstracción⁴⁵.

También denuncia Clarín, adhiriéndose a Ihering, que falta al derecho moderno «la publicidad y plasticidad del derecho romano antiguo»⁴⁶, y por esta causa se le confunde con otros elementos de la vida»⁴⁷.

la *Coûtume d'Alais*, reedactada entre 1216 u 1222, vid. por todos, GUZMÁN, A., *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1981, pp. 1-2.

⁴⁴ Definía Celso, citado por Ulpiano, «*ius est ars aequi et boni*», D. 1, 1, 1. Ulpiano libro primo instit. Vid. RICCOBONO, S., *Ius est ars boni et aequi*, en BIDR 49-50 (1947) 223 y ss.; id., *La definizione del ius al tempo di Adriano*, en BIDR 53-54 (1948) 5 y ss.; ARNÓ, C., *Ars aequi et boni*, en AATO 75 (1939-1940) 36 y ss.; IGLESIAS, J., *Estudios. Historia de Roma – Derecho romano – Derecho moderno*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, pp. 67-85. No podemos olvidar que Ulpiano define la jurisprudencia: «*Jurisprudencia... iusti atque iniusti scientia*»: D. 1, 1, 10, 2. Ulpiano libro primo reg. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1966; BEHREND, O., *Begriff und Definition in den Quellen* en ZSS 74 (1957) 352 y ss.; BIONDI, B., *Universalità e perennità della giurisprudenza romana*, en *Scritti giuridici*, vol. I. Diritto romano. Problemi generali, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 427-446; BRETONE, M., *La logica dei giuristi di Roma*, Labeo 1 (1955) 74 y ss..

⁴⁵ Con ocasión de sus exposiciones en clase, al abordar las materias del curso introductorio, no duda en afirmar: «El derecho exige agudeza de entendimiento para saber aplicar las leyes en los distintos casos, y el juriconsulto debe hacer simultáneamente el estudio histórico y filosófico de las leyes, como hacen Savigny y Ihering respecto del derecho romano». *Apuntes de clase de D. José Álvarez-Buylla Godino, del curso 1899-1900*, en GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Leopoldo Alas Universitario*, Oviedo, Universidad, 1990, p. 125.

⁴⁶ Recordaba Sciascia, la celebrada «*subtilitas*» y «*elegantia*» del estilo del jurista republicano Servio Sulpicio Rufo, que escribe a su amigo Cicerón unas palabras admirables de condolencias por la muerte de Tulia, dos cartas que son un modelo de estética en su género particular; también habría que recordar el *Liber bene dictorum* de su contemporáneo Aulo Cascelio, brillante orador y mordaz consulente, del que conocemos irónicas respuestas, famosas tanto por su contenido jurídico como por la brillantez de la formulación cáustica. Mayor interés presentan las obras jurídicas de los fragmentos conservados en el Digesto de Justiniano y algunos fuera de la Compilación. Cf. SCIASCIA, G., *Elegantiae iuris*, en BIDR 51-52 (1948) 377 y ss.; id., *Lingua e stile dei giuristi romani*, *Varietà giuridiche*. *Scritti brasiliani di Diritto romano e moderno*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 259-262. Vid. WATSON, A., *Narrow, rigid and literal interpretation in the later Roman republic*, en TR 37 (1969) 351 y ss.

⁴⁷ VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. XLIV.

La publicidad de las normas vigentes se hacía en Roma, desde los inicios de la República, con la exposición en el foro, tal como recuerda la tradición con las XII Tablas, pero hay que tener presente que antes de la votación de la ley pública, en su modalidad de *lex rogata*, definida por Ateyo Capitón, citado por Aulo Gelio, «*generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*»⁴⁸, y por Gayo⁴⁹, reiterado por Justiniano, es un mandato del pueblo a propuesta magistratal⁵⁰, mientras Papiniano la define como «*communis reipublicae sponsio*»⁵¹, se anunciaba la convocatoria de la votación con treinta días de antelación, según unos, o el *trinundinum*, según otros, acompañada del texto o *promulgatio*, que tenía lugar mediante anuncio verbal o por tablillas de madera expuestas en lugares públicos, de tal manera que el ciudadano votaba personalmente el *dies comitialis*, ya que no había actividad política en la asamblea mediante representación.

Hasta la expansión territorial de la Segunda Guerra Púnica, la generalidad de ciudadanos estaba presente en las sesiones del *populus romanus*, porque de ejército centuriado se pasó a comicio por centurias, donde se votaban los principales acuerdos vinculantes para toda la comunidad, comenzando por la declaración de guerra o *lex de bello indicendo*⁵².

La idea de plasticidad es un término que puede designar la imagen de los ciudadanos acudiendo a los recintos en los que se dividían las unidades votantes, curia, centuria o tribu, y el sistema de votación, con el interrogatorio verbal en el inicio, pero más tarde en voto secreto-escrito, a través de la tablilla, con vigilantes o *custodes ad cistam*, pertenecientes a otra unidad de voto diferente, tanto para la recogida del soporte, como del ulterior depósito, sin olvidar la *renuntiatio*, etc.

Tienen gran actualidad sus reflexiones sobre la intervención del ciudadano para contribuir a la transformación del derecho privado, a fin de que la historia de éste le de un carácter original, en cuanto producto de la voluntad del pueblo⁵³, pero Clarín matiza: «no se trata de defender la teoría, más sentimental que otra cosa, de la variedad pintoresca, estética, de los derechos nacionales: cuando esa variedad sea natural producto de la historia, respé-

48 AULO GELIO, *Noct. Att.* 10, 20, 2.

49 Gai I,3: *Quod populus iubet atque constituit*.

50 Inst. Iust. 1, 2, 4: *Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*

51 D. 1, 3, 1. Papiniano libro primo defin. «*Lex est commune praeceptum...*».

52 Una exposición sucinta pero precisa del proceso de elaboración de la ley rogada, vid., AA. VV., *Lineamenti di Storia...*, op. cit., pp. 210-216; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 11ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 119-120.

53 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., pp. LXIV-LXV.

tese; pero no hay por qué procurarla... Lo que sostiene es que ese derecho semejante o diferente, debe ser obra propia de cada pueblo, creado al paso de su propia historia. Roma hizo todo su derecho para sí, nació todo él de la médula de su vida y de su enérgica y reflexiva voluntad y conciencia; y sin embargo, el Derecho romano llegó a ser el Derecho común, casi el único por mucho tiempo en Europa»⁵⁴.

Si se adopta, por la sociedad, el combate contra las doctrinas del fatalismo perezoso y enervante, en la que no se lucha por mejorar la normativa positiva, podrá producirse un renacimiento⁵⁵, «porque ya la historia nos habla de un pueblo en que el derecho, con toda su realidad y eficacia, tal como entonces podía ser, se cultivó como vocación especial en todas las condiciones... Sí, fue Roma; el pueblo que, antes de conquistar el mundo, lucha por hacerse dueño de sí mismo. Ihering indaga las causas que hicieron de Roma la Nación del derecho; encuentra como principal característica el egoísmo; un egoísmo noble, no el torpe egoísmo individual...⁵⁶ el sentimiento de la propia dignidad y de la justicia que se le debe, sentimiento que después se extiende a toda la patria, y llega a hacer del derecho del Estado una religión. Pero, ¿cómo había nacido ese Estado? Había sido producto de la voluntad, de la intención y del trabajo, de la lucha por el derecho⁵⁷; el pueblo romano fue resultado de las

54 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. LXIV, nota 1. Se está refiriendo al fenómeno de la recepción que tuvo lugar en el Medievo, y es la base de todos los ordenamientos positivos modernos, especialmente de los europeos. Vid. ERMINI, G., *Corso di Diritto comune*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1952; id., *Curso de Derecho común. 1. Génesis y evolución histórica. Elementos constitutivos. Fuentes*. Trad. por J. G. Martínez y Martínez, Cáceres, JGMM-Morgado, 1998; CORTESE, E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992; id., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001; VINOGRADOFF, P., *Roman law in medieval Europe*, Hildesheim, G. Olms, 1961; SOLIDORO MARUOTTI, L., *la tradizione romanistica nel diritto europeo*, 2 vols., Torino, Giappichelli, 2001-2003; SANTINI, G., *Materiali per la storia del Diritto comune in Europa*, dos vols, Torino, Giappichelli, 1996; CARVALE, M., *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, Common lae nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi, 2005; TORRENT, A., *Fundamentos del derecho europeo: ciencia del Derecho, Derecho romano, ius commune, derecho europeo*, Madrid, Edisofer, 2007.

55 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., pp. LXVII-LXVIII.

56 Sobre este punto volvió a insistir Clarín en su Discurso académico de inauguración del año 1891-1892, y tratando del egoísmo utilitarista que en Roma fue un egoísmo nacional, constituyendo una gran fuerza y sin el carácter bajo y repugnante del egoísmo individual. Este egoísmo nacional es tolerable por lo que tiene de sacrificio, cuando lo tiene, a un bien superior de una sociedad, aunque sea limitada... Cuanto más democrático es un país, cuanto más influye el ciudadano en el gobierno y más garantías tiene de ser libre y no ser molestado, más patriota se hace, porque el egoísmo nacional en esta situación exige menos del individuo y le da más. El *civis romanus* defiende en Roma sus derechos políticos y privados, aplicando casi siempre el egoísmo nacional a los bárbaros, a los extraños, sacrificándolos efectivamente a la patria". CLARIN (Leopoldo Alas), *Folletos literarios. VIII. Un discurso*, Madrid, lib. de F. Fe, 1891, en GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Leopoldo Alas, Universitario*, Oviedo, Universidad, 1990, pp. 49-51.

57 Vid. BURDESE, A., *Manual de Derecho público romano*. Trad. de A. Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 1-28.

transacciones a que tres pueblos vecinos⁵⁸, pero no hermanos, tuvieron que avenirse para poder conllevar su vida, llena de azares y peligros; allí empezó la convención (el derecho), siendo algo reflexivo impuesto por la necesidad. Hegel mismo reconoce en los orígenes de Roma este carácter de convención y de lucha que tanto influyó en su vocación definitiva⁵⁹: la necesidad le dio la lucha por tarea; la lucha la hizo aguerrida, le dio fuerza; con la fuerza le vino la energía de la voluntad; con ésta el genio creador del derecho.

El derecho público⁶⁰ no nació en Roma de abstracciones, sin que fue una extensión natural del derecho privado⁶¹; la guerra obligó a formar el ejército; la institución militar creó el Estado político, que no era más que la

58 El rapto de las sabinas es descrito por Tito Livio 1, 9, 1-16, después de haber descrito la petición de connubium a los vecinos, a los que enviaron embajadores *«qui societatem connubiumque novo populo peterent»*, y esta fue la respuesta: *«nusquam benigne legatio audita est; adeo simul spernebant, simul tantam in medio crescentem molem sibi ac posteris suis metuebant. Ac plerisque rogitantibus dimissi, equod feminis quoque asylum aperuissent; id enim demum comprar conubium foro. Aegre id Romana puber passa, et baud dubie ad vim spectare res coepit. Romulos aegritudinem animi dissimulans ludos ex industria parat Neptuno equestri solemnes... Indici deinde finitimis spectaculum iubet... Multi mortales convenere, studio etiam videndae novae urbis... iam Sabinorum omnis multitudo cum liberis ac coniugibus venit. Invitati hospitaliter per domos cum situm moeniaque et frequentem tectis urbem vidissent, mirantur tam brevi rem Romanam crevisse. Ubi spectaculi tempus venit deditaque eo mentes cum oculis erant, tum ex composito orta vis, signoque dato iuventus Romana ad rapiendas virgines discurrit. Magna pars forte, in quem quaeque inciderat, raptae; quasdam forma excellentes primoribus patrum destinatas ex plebe homines, quibus datum negotium erat, domos deferebant...»*. Cf. ARANGIO RUIZ, V., op. cit., pp. 21-22.

59 En las fuentes literarias, especialmente en Tito Livio, hay múltiples referencias a estas guerras de conquista, pero también a los pactos o ligas que celebraron los romanos con otras comunidades étnicas diferentes, afirmando De Francisci que resulta imposible conocer cuántas y cuáles fueron las ciudades federadas en las diversas fases. En tiempos de Tarquinio, ateniéndonos a la tradición, la liga debía comprender ocho comunidades: Túsculo, Aricia, Lanuvio, Tibur, Cora, Pometia, los *Laurentes* y los *Ardeates Rutuli*, y frente tuvieron la confederación Volzca, contra la que Roma tuvo que luchar mucho tiempo, aunque por agregación de este tipo de pactos se debió llegar a treinta ciudades federadas. Según el *foedus Cassianum*, situado cronológicamente el año 493 a. C., se hizo un pacto de igualdad entre los romanos y los latinos antiguos. DE FRANCISCI, P., op. cit., pp. 34-39.

60 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., p. LXVIII-LXXI.

61 En criterio de Vincenzo Giuffrè, del primer período que comprende de la mitad del siglo VIII a. C. al siglo IV a. C., cuando se forman las asambleas populares, desaparece la figura del rey por reacción popular, se producen las guerras de supremacía de Roma en Italia que cambian totalmente la perspectiva de la economía, es un tiempo muy compacto, gobernada la vida ciudadana por los antiguos *quirites*, es decir los patricios. La consolidación de la *respublica* nacional, hasta el siglo I a. C. hizo que desapareciera el exclusivismo de las gentes patricias en la gestión de los intereses comunitarios, y se verifica una compacta solidaridad de intereses entre elementos de estirpes diversas, patricios-plebeyos, *nobilitas-ordo equester*, respecto de una organización de los intereses públicos, sólido hacia el interior y monolítico hacia el exterior, que llevará al dominio de todo el Mediterráneo. Desde el siglo I d. C. hasta mediados del III d. C., las relaciones sociales, la organización estatal, la economía agraria e industrial-mercantil, junto a múltiples manifestaciones culturales se adaptan a la dimensión universal del dominio romano, con la consolidación de un poder superior unitario central, si bien no es lo mismo el período augústeo al adrianeo y menos en la crisis militar del siglo III. Vid. GIUFFRÈ, V., *Il Diritto pubblico nell'esperienza romana*, Napoli, Jovene, 1977, pp. 101-102.

reunión de las gentes *in procinctu*⁶²; de los *castra* nacieron los *comitia*⁶³; y el Estado, que empezó siendo las gentes armadas para la guerra, subsistió en la paz, se hizo Estado civil, pero sin que perdiese jamás ni su rigor de milicia disciplinada, ni los vestigios de su origen familiar y gentilicio. Así, nunca desapareció en aquel derecho público el sentido de la realidad que en su fondo debe existir; siempre se creyó en la solidaridad de los intereses, de los derechos, sin recurrir a teorías abstractas y poéticas de patriotismo; se supo por la tradición y por experiencia que todos eran del Estado, y el Estado de todos... de todos los que hubieran asistido a su creación paulatina, o en adelante conquistaran este derecho de ciudadanía con todas sus prerrogativas. Los plebeyos lo conquistaron⁶⁴. Y como allí todo había nacido de la misma realidad, de la carne viva de las gentes⁶⁵, derecho público y derecho

62 Una de las formas de testamento más antigua es el testamento ante los compañeros de armas, preparados para entrar en combate. Gayo 2, 101: «En un principio, hubo solamente dos clases de testamento, ya que o se hacía en los comicios calados (curiados, presididos por el *pontifex maximus*), los cuales solo se reunían dos veces al año (24 de marzo y 24 de mayo) para esta actividad, o se hacía *in procinctu*, es decir, cuando se tomaban las armas por causa de guerra, ya que se llama *procinctus* a un ejército que está ya armado y próximo a partir para la campaña. Por ello, uno se hacía en tiempo de paz y ocio, mientras el otro en el instante anterior a salir para la guerra». Solo queda como recuerdo histórico en tiempos de Cicerón, *De nat. deor.* 2, 3, 9.

63 El comicio era la asamblea del *populus romanus*, mientras el concilio se refería a reuniones de la plebe. En Roma hubo comicios desde la monarquía, pero su composición varió a lo largo de los primeros cinco siglos de existencia de Roma, ya que en origen era una asamblea aristocrático-gentilicia y formaba el comicio con treinta curias, mientras que fue relevado en número de integrantes, y sobre todo criterio de participación, así como por la integración de la plebe, en el comicio por centurias, que utilizó un criterio timocrático, distribuyendo a los ciudadanos en 193 centurias, y en la última etapa, consolidada en el siglo III a. C., los *comitia tributa*, con 35 tribus y criterio de participación según domicilio o territorial. Fue el *exercitus centuriatus* transformado en *comitia centuriata* el motor de la vida política y militar romana durante la República.

64 Se ignora el origen de la plebe, pero no hay duda que sus primeras conquistas para equipararse con los patricios, que disfrutaban de estructura gentilicia, se produjo en el siglo V a. C., pasando de las huelgas y reconocimiento del tribuno, a la redacción de las XII Tablas y aprobación de la *Lex Camuleia*, el año 445, mientras que el acceso a las magistraturas no tuvo lugar hasta el siglo IV, y la incorporación en los sacerdocios en régimen de igualdad con el patriciado tuvo que llegar con la *Lex Ogulnia*, del año 300, accediendo al senado desde el año 312, con la *Lex Ovinia*, mediante la provisión de vacantes por haber desempeñado anteriormente cargos magistratuales, y el 286 a. C., con la *Lex Hortensia*, lograron la *exaequatio* del plebiscito a la *lex*, de modo que desde ese momento sus normas, aprobadas en el concilio, tienen la misma vigencia general para todos los ciudadanos que la *lex comitalis*.

65 No aparece como magistrado de la República romana, pero nada de la evolución republicana se puede entender sin la actividad del tribuno. Es un cargo de la plebe, creado por acción revolucionaria, a principios del siglo V a. C., y el grupo social que representaba consiguió que se reconociera su *sacrosanctitas*, quedando su persona como inviolable, sin que nadie pudiera atentar con él, y tuvo poder. Además de ejercer la tarea de *auxilium latio adversus consules* y a favor de la plebe, como defensores y garantes de la misma, pudiendo convocar y presidir los concilios de la plebe; era como un fiscal de la comunidad, ejerciendo un control político y oposición a la actividad de los magistrados patricios, especialmente de los cónsules, y del senado, ya que tuvo derecho de veto contra las decisiones que los magistrados republicanos pudieran tomar en perjuicio de su clase, normalmente en materia fiscal, leva

privado⁶⁶, la plebe en sus conquistas sucesivas, modelo eterno de valor, arte y constancia, no aspiraba a derechos o garantías del orden político tan sólo, sino que atendía al propio tiempo al derecho privado; se hacía el plebeyo tribuno⁶⁷, censor⁶⁸, cónsul⁶⁹, pontífice⁷⁰; pero además pedía el *connubium* con

y reparto de tierras públicas, así como poseía un gran poder de *coercitio* para castigar a los ciudadanos que cometieran delitos. Vid. AA. VV., *Lineamenti di Storia...*, op. cit., pp. 177-185.

66 Es una clasificación con fines pedagógicos del período clásico, aunque las expresiones están presentes a finales de la República, y a la que se refiere Ulpiano en D. 1, 1, 1, 2: «*Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad utilitatem singulorum pertinet*», reiterado en Inst. Iust. 1, 1, 4 mientras que desde otro punto de vista, el de la inderogabilidad por los particulares, Papiniano en D. 2, 14, 38, afirma: «*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*», en consonancia con Ulpiano en D. 50, 17, 45, 1: «*Privatorum conventio iuri publico non derogat*», aunque también hay normas de derecho privado, que por su trascendencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los particulares, como la responsabilidad derivada del dolo, o eximir al tutor de rendir cuentas de su gestión, etc.. También, en el citado fragmento D. 1, 1, 1, 2 e Inst. Iust. 1, 1, 4, a propósito de la división, por lo que se refiere al Derecho privado, se afirma su triple origen: «*est triperitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*», mientras del público se alude a su contenido: «*in sacris, in sacerdotibus et in magistratibus*».

67 Recuerda Torrent Ruiz, que el tribuno de la plebe carecía de *imperium*, pero gozaba de *potestas*, y en este ámbito tuvo la «*summa coercendi potestas*», a la que se refiere Aulo Gelio, Noct. Att. 13, 12, 9, ya que ello le permitía imponer multas, embargar bienes, poner bajo arresto, e incluso imponer penas capitales a los que atentaran contra su persona. A veces fueron instrumentos del Sanado, llegando a impulsar el procesamiento de otros magistrados que cometían actos ilícitos o violaban el orden político. Disfrutaron de *ius edicendi*, además del *ius agendi cum plebe*, y según algunos, en virtud de una *lex Atinia de tribunis plebis*, de la segunda mitad del siglo II a. C. también de *ius agendi cum patribus*. Desde el siglo III a. C. fue una institución mixta patricio-plebeya, y no pudieron oponerse ni a dictadores ni a censores, acabando como instrumento demagógico, especialmente desde los Gracos. TORRENT RUIZ, A., *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, Universidad, 1985, pp. 184-189; id., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 1385-1387, s. v. *tribuni plebis*.

68 Esta magistratura patricia, ordinaria, curul, *sine imperio*, pero no permanente, elegida e investida en el comicio por centurias, y duraba en el ejercicio del cargo hasta 18 meses, pero se elegía cada lustro. Aparece relacionada con la organización de estas asambleas del *populus*, ya que el criterio timocrático de participación en este comicio exigía la identificación de los ciudadanos y su patrimonio, que eran tareas del censo. Según la *Lex Villia Annalis*, del año 180 a. C., en el *cursus honorum*, la censura estaba situada en el escalón más alto, y a la misma solamente se accedía después del consulado. Estaba integrada la magistratura por dos personas, que formaban una candidatura cerrada, y además de la actividad referida, era muy trascendente el juicio de moralidad o nota censoria que realizaba de cada ciudadano, con graves repercusiones si era mala, en la vida personal y social, en la vida política del afectado, sin olvidar la administración del patrimonio inmobiliario del Estado.

69 Era una magistratura ordinaria, patricia, curul, *cum imperio* y permanente, de duración anual, integrada por dos colegas, constituyendo la magistratura de mayor relevancia social en la República, de modo que se hizo coincidir su aparición con el origen de esta forma de gobierno, asumiendo además la eponimia. Su función principal fue el *imperium militiae*, o dirección del ejército, base de la expansión territorial por conquistas de Roma, que no podían ejercitar dentro de las murallas de la Ciudad más que el día del triunfo. Gozaron del *ius agendi cum patribus* y *cum populo*, del *ius edicendi* y de la *coercitio*, además de la *iurisdictio*, aunque el 367 a. C. se creó la figura específica del pretor para que realizara esta función.

70 De todos los colegios sacerdotales, los pontífices tuvieron una repercusión directa en el ámbito jurídico, ya que eran los depositarios del calendario, así como de las formas y ritos exigidos para la validez de los actos jurídicos que realizaban los ciudadanos. Ese saber estuvo oculto, estuvo reservado

los patricios⁷¹, quería la igualdad en el derecho familiar⁷² como en el derecho de los honores⁷³. Todos sabemos la eficacia de aquellos procedimientos de la plebe romana: tenían conciencia de su valer, de que eran necesarios en Roma, y tenían conciencia de la importancia de lo que pedían, porque allí el derecho se miraba como lo que es, como una condición indispensable para la felicidad que cabe alcanzar en esta vida... para el plebeyo de Roma⁷⁴ el derecho era algo con que se hacía el pan, tan necesario como la harina. Eran allí las luchas jurídicas guerras de vecindad, tan feroces y sangrientas a veces como estas suelen serlo; pero había la ventaja de que el romano sabía siempre bien lo que le importaba el defender su causa: esta conciencia de su valer le daba mucho aliento para combatir por ella. Un día se reclamaba tierra que labrar; otro el perdón de deudas contraídas por bien de la República; otro una dignidad, un oficio público; otro un código de leyes para todos iguales⁷⁵;

a los patricios, hasta que a finales del siglo IV a. C. se publicaron las fórmulas de las *legis actiones*, y en la siguiente centuria el pontífice máximo Tiberio Coruncanio emitió sus *responsa* en público, completándose esa publicidad merced a Sexto Elio Poeto Catón y sus *Tripertita*. Hasta ese momento, los pontífices tuvieron el monopolio jurídico, interviniendo decisivamente en cuestiones relativas al ámbito de la familia y de las herencias, concentrando en su grupo las tres tareas que resumen la labor jurisprudencial: *agere, respondere y cavere*.

71 Aunque el acceso de la plebe al matrimonio con miembros del grupo patricio era una de sus aspiraciones con el decenvirato legislativo, lo cierto es que no se recogió dicha equiparación en la *Lex Duodecim Tabularum*, pero ante las presiones de la plebe, para la que era una grave discriminación que no pudieran formar unas justas nupcias, ya que ello implicaba que sus descendientes no eran hijos legítimos y quedaban excluidos de la aristocracia patricia, el tribuno Gayo Canuleyo logró que los patricios cedieran con la abolición de esa prohibición de *conubium*, el año 445 a. C., según testimonio de Tito Livio, y se aprobó la norma conocida como *Lex Canuleia*.

72 Probablemente, Clarín se está refiriendo no a la equiparación jurídica de todos los miembros de una familia, ya que esa estructura jerárquica, con base agnaticia, era propia del *ius civile* y determinaba que el paterfamilias tenía: *patria potestas*; *dominica potestas*; personas *in mancipio* y la *manus maritalis*, si además de las nupcias hubo una *conventio in manu*. Por consiguiente, no hay tal igualdad en el grupo doméstico, y la plebe era consciente de este esquema de subordinación, por línea de varón y agnación, sino a la igualdad para regirse por las mismas consecuencias jurídicas en caso de descendientes legítimos, los cuales quedaban en el grupo paterno, según que el progenitor fuera el *paterfamilias*, o de su jefe, si era *alieni iuris*.

73 El *cursus honorum*, fijado por la *Lex Villia*, antes citada, estableció el siguiente orden de acceso a las magistraturas: cuestores, ediles curules, pretores, cónsules y censores, dejando un período de vacancia de cargos durante dos años, y estableciendo la edad mínima para aspirar a la magistratura de cuestor, que era la más baja, los diez años de incorporación en el ejército, es decir, 27 años de edad.

74 El enfrentamiento patricio-plebeyo, separados los dos grupos sociales porque el primero tenía estructura gentilicia y el segundo carecía de la misma, se produjo en Roma entre el siglo V a. C. y el III a. C., ya que entonces los últimos estaban excluidos de la participación política y de los órganos de gobierno, pero desde que tuvieron acceso a las magistraturas, con el respaldo protector del tribuno, y participación, aunque escasa, en la distribución del *ager publicus*, sin perder de vista que sus normas o plebiscitos tuvieron fuerza vinculante para todos los ciudadanos, explican que en el siglo II y I a. C. ya no se hable de esa dicotomía, sino de *nobilitas* y *ordo equester*, que tiene un fundamento muy diferente.

75 Debe referirse a la Ley de las XII Tablas, que fueron elaboradas por una doble comisión legislativa, cuyos resultados fueron muy diversos, ya que la primera del año 451 a. C. redactó las diez

y ora venía abajo la monarquía por un ataque al honor de un solo romano⁷⁶, ora caía el poder dictatorial de los decenviros solo por vengar el ultraje de Virginia⁷⁷.

Entendían aquellos hombres su derecho⁷⁸, porque lo *tenían en casa*, porque Roma, el Estado, empezaba y acababa en Roma⁷⁹. Se luchaba por la *ciudad* como hoy se lucha por la propia vida y por el hogar; el derecho no estaba en los libros ni en las tablas del edicto tan sólo; andaba por las calles,

primeras con aplauso general de los ciudadanos, mientras la segunda, del año 450 a. C., presentó las conocidas como «*tabulae iniquae*», y con desaprobación ciudadana, que expulsó a los decenviros e instauró de nuevo en el gobierno republicano a dos cónsules, en el año 449 a. C., si damos credibilidad a la tradición de Tito Livio. No se trata de un código, compuesto al estilo actual, por unos técnicos o políticos especializados, sino que los decenviros recogieron por escrito las principales reglas que imperaban en el seno de la colectividad, y las publicaron, para general conocimiento, de tal manera que Tito Livio afirma que es «*fons publici et privati iuris*», y Cicerón, que se aprendían los preceptos de dicho cuerpo normativo «*ut carmen necessarium*».

76 La tradición historiográfica romana vincula la expulsión de la realeza última, de origen etrusco, con el episodio de Lucrecia, mujer de Tarquinio Colatino, patricio romano, descrito por Tito Livio, *Ab urbe condita* 1, 57, 1 a 1, 59, 2. Sitiando una población vecina, se disputó entre los hijos de Tarquinio el Soberbio y otros nobles romanos acerca de las virtudes de sus mujeres, de modo que acordaron remitir a Roma una embajada que verificase la actividad que desarrollaba cada una. El premio a la virtud correspondió a Lucrecia, que estaba hilando, y Sexto, uno de los hijos de Tarquinio el Soberbio, intentó seducirla, pero no lo consiguió, y ante la conducta violenta del seductor, se suicidó, de modo que otro noble romano, Junio Bruto, arengó a sus conciudadanos, y con ayuda del marido agraviado, derrocaron el régimen de la Monarquía, proclamando la República con dos cónsules. Esta leyenda tiene escasos visos de verosimilitud, pero es indudable que el rey fue expulsado de Roma, como muestra la fiesta del *regifugium*, que se celebraba el 8 de diciembre. Vid. FÓGEN, M. Th., *Storie di Diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*. Trad. de la ed. ital. a cura di A. Mazzacane, Bologna, Il Mulino, 2005. Rec. de RODRÍGUEZ MONTERO, R., en AFDUC 11 (2007) 1132-1136.

77 Es el episodio de la joven plebeya Virginia, reivindicada como esclava por un cliente de Appio Claudio, presidente de los decenviros, con el fin de entregarla a su libre albedrío, y cuyo padre, para salvar su deshonra, le dio muerte. Cf. DE FRANCISCI, P., op. cit., pp. 105-109; ARANGIO RUIZ, V., op. cit., pp. 67-69; FÓGEN, M. Th., *Storie di Diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*. Trad. de la ed. ital. a cura di A. Mazzacane, Bologna, Il Mulino, 2005. Rec. de RODRÍGUEZ MONTERO, R., en AFDUC 11 (2007) 1136-1150.

78 VON IHERING, R., *La lucha por el Derecho. Prólogo...*, op. cit., pp. LXXI-LXXII.

79 Pocos romanistas han sintetizado mejor la doctrina en esta materia, como Fuenteseca: «La conformación material misma de Roma, como ciudad, se refleja en su estructuración política como ciudad-Estado. Sus formas de vida colectiva van cristalizando en instituciones políticas hasta convertirse, durante el apogeo republicano, en una fórmula ejemplar de *civitas*: la *respublica* romana. La *polis* había significado la primera manifestación de vida ciudadana —cívica— colectiva, es decir, auténticamente política, bajo el imperio de normas o leyes establecidas por sus propios ciudadanos. La *civitas* romana es una comunidad —*respublica*— de *cives* donde la *lex* —concebida como norma suprema y general— se considera un producto de la voluntad colectiva. Solamente la condición de *civis* da derecho a la participación en la vida ciudadana plena. La *civitas* es un organismo político que tiene incluso unos límites materiales. Más allá de sus muros impera el mando militar y deja de regir el derecho propio de la ciudad: *ius civile*. Es la expresión perfecta de la Ciudad-Estado. El *civis* realiza en la comunidad política el ideal de *libertas*. Esta forma de vida política cristaliza en formas jurídicas propias que son, a la vez, creación y razón de ser de la convivencia política: Estado y Derecho, «ordenamiento jurídico», son un correlato». FUENTESECA DÍAZ, P., *Lecciones...*, op. cit., p. 17.

al aire libre; se movía, se le veía ir y venir de la consulta al foro; estaba en el mercado y en los comicios... El rumor que a lo lejos se oía al llegar a Roma era la voz del derecho, era la *stipulatio*⁸⁰, era el testamento en los comicios⁸¹, era la fórmula solemne de la *mancipatio*⁸², coro majestuoso; era el monólogo de la *in jure cessio*⁸³; era el elegante hablar del sabio *prudens*⁸⁴, conciso y severo; era la gárrula retórica del hábil y fogoso *orator*⁸⁵. Pero el rumor crecía,

80 Se trata del contrato formal más usado en Roma y servía para múltiples fines. Se servían de su figura no solamente los particulares para dar protección a ciertas relaciones jurídicas que les interesaban, sino que el mismo pretor la utilizaba para proteger judicialmente relaciones que no estaban amparadas por el Derecho civil, obligando a las partes afectadas a que celebraran una relación de *obligatio*, tutelada por la *actio iuris civilis*. Este contrato servía además para crear obligaciones subsidiarias en garantía de obligaciones ya existentes o para asegurar, como en la *cautio usufructuaria*, que un derecho real sobre cosa ajena fuera ejercitado dentro de los límites fijados por la ley, o también para limitar y regular el ejercicio de un derecho, como la obligación del tutor de amparar el patrimonio del pupilo. También sirvió para garantizarse y predisponer una defensa judicial contra futuros eventos, como en la *cautio damni infecti*, o para evitar perturbaciones futuras, como en la *cautio de amplius non turbando*. Vid. VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, rist., Roma, Ed. Ricerche, 1972, pp. 463-472.

81 Se trata del *testamentum calatis comitiis*, otorgado ante el comicio por curias y presidido por el *Pontifex Maximus*, el 24 de marzo y el 24 de mayo.

82 Es un modo derivativo de adquisición de la propiedad, acto legítimo y negocio jurídico del *ius civile*, característico de las *res mancipi*: fundos en suelo itálico, animales de tiro y carga, *-qui collo dorsore domantur-*, servidumbres rústicas primitivas (*iter, actus, via* y *acqueductus*) y los esclavos. Gayo I, 119, escribe la forma de su realización, en presencia del *libripens*, que sostiene la balanza, y cinco testigos, ciudadanos romanos púberes, estando presentes el *mancipio dans* y el *accipiens*, así como una cierta cantidad de bronce. De compraventa real se convirtió en un negocio jurídico abstracto de carácter formal, para transferir la plena propiedad del objeto al adquirente, surgiendo la responsabilidad por *auctoritas*.

83 Es otro negocio jurídico bilateral formal ficticio de transmisión de la propiedad, pero servía para tantos *res mancipi* como *nec mancipi*. Consiste en la reivindicación fingida de la propiedad por el cesionario frente al cedente, actual propietario, cuya fórmula refiere Gayo II, 24, pero también Ulpiano en Tit. ex corp. Ulp. 19, 9-10: *Quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. In iure cedit dominus: vindicat is, cui ceditur: addicit praetor*. Todavía se menciona en una constitución imperial del año 293 d. C., pero después ya no aparece, por lo que debió quedar en desuso, máxime si la bipartición del proceso se extingue con la *Cognitio extra ordinem*.

84 Vid. GUARINO, A., *L'ordinamento giuridico romano*, 5ª ed., Napoli, Jovene, 1990, pp. 261-261-266, «*i prudentes e il ius civile*», y pp. 424-442, la jurisprudencia clásica; BRETONE, M., *Storia del Diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, pp. 153-321; IGLESIAS, J., *Vida y sobrevivida del Derecho romano*, Granada, Comares, 1998; id., *Las fuentes del Derecho romano*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 51-68; id. *Espíritu del Derecho romano*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, especialmente al analizar el apartado Derecho, realidad social y justicia, pp. 16-34.

85 Vid. por todos, LANFRANCHI, F., *Il diritto nei retori romani. Contributo alla Storia dello sviluppo del Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. XIII-XXI, bibliografía y pp. 29-41, consideraciones generales sobre los retóricos; GRIMAL, P., *Cicéron*, París, Fayard, 1986; ALBERTE GONZÁLEZ, A., *Cicéron ante la retórica: la auctoritas platónica en los criterios retóricos de Cicéron*, Valladolid, Universidad, 1987; id., *Historia de la retórica latina: evolución de los criterios estético-literarios desde Cicéron hasta San Agustín*, Amsterdam, A. M. Hakkert, 1992; ACHARD, G., *Pratique rhétorique et idéologie politique dans les discours «optimates» de Cicéron*, Leyden, E. J. Brill, 1981; HARRIES, J., *Cicero and the jurists: from citizens' law to the lawful state*, London, Duckworth, 2006; POWELL, J. – PATERSON, J., *Cicero. The Advocate*, Oxford, University, 2006, con una amplísima introducción.

el tribuno arengaba a los suyos, estallaba la tempestad, el estrépito se hacía horrisono, la plebe se marchaba; no se oía su justa pretensión y se iba... se iba para volver con la justicia ¡Y también aquellos ruidos formidables de motín y de la revolución eran la voz del derecho!

Como referencia para apoyar estos calificativos, de jurisperitos reformistas, el catedrático ovetense coloca en el punto de reflexión la existencia de las dos escuelas jurisprudenciales de época clásica, con precedentes y origen republicano, sabinianos y proculeyanos, porque surgidas en el último siglo de la República romana alcanzaron su apogeo en el Principado, hasta los Severos⁸⁶.

De esa experiencia jurisprudencial, Leopoldo Alas deduce que hubo reformistas en ambos grupos de jurisperitos, y no puede olvidarse que la actividad del magistrado jurisdiccional, especialmente el pretor, fue en realidad obra de los jurisperitos, para lo cual se sirve de los romanistas franceses⁸⁷, representados por Charles Maynz⁸⁸.

86 Vid. por todos, BAVIERA, G., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, ed. anast., Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970, que dedica el capítulo tercero, a las relaciones entre las dos escuelas, su carácter, la mutua relación y las controversias en las que se produjo enfrentamiento, sin olvidar el influjo que tuvieron en el desarrollo posterior del Derecho romano, pp. 120-140; GARZÓN FUNES, L., *Sabinianos y proculeyanos (Algunas de sus discrepancias)*, BUC 10 (1946) 563 y ss.; GROSSO, G., *Labeone e Capitone. Tradizionalismo e conformismo dei giuristi*, en *Quaderni di Roma* 1 (1947) 335 y ss.; LEVY BRUHL, H., *Dissensiones prudentium*, en *Syntelesia Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli, Jovene, 1964, pp. 532-545; CANNATA, C. A., *Lineamenti di Storia della giurisprudenza europea*, 2ª ed. I. *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 51-71; KASER, M., *Storia del Diritto romano*, trad. del alemán de la 2ª ed., por R. Martini, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1977, pp. 182-214; BRETONNE, M., *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma, Bardi, 2008.

87 En España tuvo mayor repercusión la obra de Ortolán, cuyas Instituciones de Justiniano fueron traducidas al castellano. Cf. ORTOLÁN, J. L. E., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, con el texto, la traducción al frente y las explicaciones debajo de cada párrafo, precedida de la Legislación romana, desde su origen hasta la legislación moderna, y de una generalización del Derecho romano según los textos conocidos antiguamente ó mas recientemente descubiertos*, 5ª ed. rev. y aum., trad. por F. Pérez de Anaya y M. Pérez Rivas, dos tomos, Madrid, lib. de Leocadio López, 1884.

88 MAYNZ, Ch., *Cours de Droit romain. Précédé d'une introduction contenant l'Histoire de la Législation et des institutions politiques de Rome*, 4ª ed., t. I (tres tomos), Bruxelles, Bruylant-Christophe et compagnie, 1876. Estas son sus palabras: «Nous venons de voir les jurisperitos agir dans le *forum*, soit comme membres du conseil qui siège à côté du magistrat, soit pour assister leurs clients dans les débats qui peuvent se présenter devant le magistrat, *in iure*. Ils pouvaient les assister également dans les débats plus étendus et plus animés qui avaient lieu in iudicio, devant les juges civils et criminels. Tel fut sans doute l'usage pendant longtemps; mais, à partir du septième siècle, il s'opéra une division du travail de la défense judiciaire. Les jurisperitos continuèrent de prêter leur ministère pour les questions de droit, mais ils abandonnèrent à des orateurs les plaidoiries animées et souvent passionnées devant les juges. Ce n'est pas que les qualités de jurisperito et d'orateur eussent y été incompatibles; certes non, mais on les trouvait rarement réunies dans le même personnage. C'était par la guerre et par l'éloquence judiciaire que les jeunes romains s'ouvraient la carrière politique, tandis que la science du droit était plutôt l'apanage des hommes mûris par l'étude et par l'âge». *Ibid.*, pp. 236-237. Al tratar de la jurisprudencia clásica, Maynz no duda en sostener: «Il avait existé de tout temps à Rome des dissidences d'opinion

Clarín aparece, en algunas de sus peculiares características, como pensador adscrito a la corriente krausista española, representada por su maestro Francisco Giner de los Ríos, aunando elementos sociológicos con los positivistas, pero en un sistema armónico. Rechaza abiertamente el positivismo mecanicista, y afirma tajantemente la moralidad del Derecho. Aunque está influenciado por las ideas de Rousseau, en este prólogo muestra claramente su punto de vista crítico, rechazando la identificación del derecho como fruto de la mera convención social, sin que tenga un referente en el valor de la justicia.

Defensor del sociologismo jurídico⁸⁹, es partidario de la objetividad de la realidad frente a la subjetividad, recordando que hay un compromiso social en interés de la colectividad⁹⁰, pero no olvida que la idea de justicia sin libertad es un absurdo⁹¹, y sin la de Dios es imposible.

entre les prudentes; mais, sous le règne d'Auguste, ces dissidences devinrent assez systématiques pour constituer la division des jurisconsultes en deux sectes ou écoles distinctes. Les fondateurs de ces deux écoles furent Labéon et Capiton», para intentar fundamentar el carácter que diferenciaba una escuela de juristas respecto de la otra: a) un carácter político, porque los proculeyanos eran de tendencia más liberal, mientras que los sabinianos eran partidarios del despotismo; otros ponen el acento en la tendencia filosófica, mientras que otros se fijan en el método, ya que los sabinianos tratan de fundamentarse en la experiencia y en la jurisprudencia de otros juristas o tribunales, mientras los proculeyanos son más independientes aplicando el derecho con una lógica rigurosa, y sacando de los principios aquellas consecuencias adecuadas. Hubo juristas de las dos escuelas próximos al poder político imperial del siglo I d. C., y juristas sabinianos perseguidos por los emperadores, contribuyendo eficazmente al desarrollo normativo. Eod. loc., pp. 290-293.

89 Cf. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Leopoldo Alas, Universitario*, Oviedo, Universidad, 1990, pp. 129-132.

90 Como recuerda Monereo Pérez, para Ihering la lucha por el derecho es un deber moral, pero también puede serlo, en determinadas ocasiones, no ejercitar los derechos, teniendo que adaptarse la norma positiva a las exigencias de una sociedad en constante cambio, ya que la norma positiva no surge espontáneamente del espíritu del pueblo, como defendía la Escuela Histórica, sino que es producto histórico derivado de las ideas que van surgiendo y de los fines convenientes a la sociedad, cuyo reconocimiento exige, en cada momento, la actitud de lucha, para juntar los esfuerzos y cambiar el orden positivo existente, dando satisfacción al fin. MONEREO PÉREZ, J. L., IHERING, R. von, *La Lucha por el derecho. Estudio preliminar*, Granada, Comares, 2008, pp. VII-VIII.

91 Probablemente resonaban en sus oídos las máximas de la jurisprudencia romana, como la de Gayo en D. 50, 17, 122: «*libertas omnibus rebus favorabilior est*», y las instituciones que fueron creadas *ad hoc* para aplicar el principio del «*favor libertatis*», tal como recuerda Ulpiano: «*multa contra iuris rigorem pro libertate sunt constituta*», en D. 40, 5, 24, 10. En este ámbito, recordamos que los juristas romanos, amparados en este principio, defienden que nace libre el hijo de una esclava, si ha sido libre en cualquier momento del período de la gestación, y por ello Justiniano, en C. Iust. 27, 11, 4 enuncia el principio general que para determinar el *status* del recién nacido hay que aplicar el criterio de la concepción, o el del nacimiento, según el que mayor beneficio otorgue al individuo. No podemos olvidar, la aplicación del *ius postliminii* y la *fictio legis Corneliae*, así como el beneficio de Justiniano, a tenor del cual, si un esclavo común es manumitido por uno de los copropietarios, se hace libre, aunque debe indemnizar al resto de condueños.

IV. SEGUNDA EDICIÓN CASTELLANA DE LA OBRA DE IHERING

La posterior edición castellana de *La Lucha por el Derecho*, fue objeto de unas páginas de introducción, en 1921, por parte del traductor Adolfo Posada, y en ella empieza por recordar:

«Hace de esto ya sus cuarenta años, Leopoldo Alas, Clarín en el mundo de las Letras, estudiaba con entusiasmo, con el que ponía en todas sus labores, las obras del gran romanista Ihering, el artista insuperable del Derecho, que quizá atraía a Clarín más como artista que como jurisconsulto. Por aquel entonces, leía Alas el *Espíritu del Derecho romano*. Cierta día —lo recordamos con perfecta claridad— llegábamos a la tertulia que teníamos en una mesa en Fornos, con un folleto del profesor alemán, de quien todas aquellas tardes Alas nos hablaba. Lo habíamos encontrado curioseando en la biblioteca de don Manuel Pedregal⁹², biblioteca que fue nuestra gran mina en los años del aprendizaje madrileño; una excelente biblioteca de hombre público y de jurista, en la que tropezábamos siempre con los últimos libros, al día; así eran aquellos políticos de la Revolución: Salmerón, Azcárate, Moret, Gabriel Rodríguez Pedregal... Gentes curiosas, cultas, de cátedra o de Ateneo, y gentes de ideas y de acción... Pues bien: llegábamos aquella tarde con el folleto de Ihering *La Lucha por el Derecho*, ansiosos, impacientes, seguros de darle un buen rato al maestro, a quien ya debíamos mucho, muchísimo. Alas recogió el folleto, que allí mismo empezó a leer, y se lo llevó. Al día siguiente nos decía Leopoldo: —¿Por qué no traduce usted este folleto? Yo le pongo un prólogo. Y he ahí toda la historia de este librito, al que tenemos especialísimo afecto: fue el primero en que figuró nuestro modestísimo nombre»⁹³.

92 Sobre este asturiano, entre otras referencias, vid. AZCÁRATE, G. de, *Manuel Pedregal y Cañedo: biografía*, Gijón, O. Bellmunt y compañía 1897; PEDREGAL Y CAÑEDO, M., *Concepto de la democracia*, Madrid, M. P. Montoya y compañía, 1882; id., *Estudios políticos*, Oviedo, Brid y Regadera, 1868; id., *Estudios sobre el engrandecimiento y la decadencia de España*, Madrid, F. Góngora y compañía, 187; id., *El matrimonio y el divorcio en el derecho internacional privado*, Madrid, imp. viuda de M. Minuesa de los Ríos, 1892.

93 Concluye Adolfo Posada: «Don Victorino Suarez aceptó cariñoso nuestra proposición de editar el librito. Se tradujo el folleto de Ihering, y allá en Oviedo corregimos con Alas las pruebas. A la vez, escribía Clarín el prólogo, en el cual reflejaba y razonaba una posición de su alma inquieta y entusiasta. Fue, en efecto, el prólogo al trabajo de Ihering ocasión adecuada para que Leopoldo —discípulo de Giner, cuyas enseñanzas recogiera años antes en su clase del doctorado— desahogase su espíritu entonces en actitud de protesta frente a la pobreza de ideales, asfixiante como nunca, en tales días».

V. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, podemos recordar que la obra original de Ihering había sido editada una década antes de su aparición en España, y desde entonces ha recibido múltiples traducciones a diversos idiomas, además de reimprimirse con el prólogo de Clarín a lo largo del siglo XX y en los inicios del XXI. Partiendo del aforismo jurídico o máxima, *ubi societas ibi ius*, el jurista germano reflexiona sobre qué es el derecho, para qué sirve el derecho y cuándo existe realmente el derecho, por encima de esquemas lógico-formales. Con dicho principio jurídico se indica que el ordenamiento jurídico es el elemento que caracteriza y resulta imprescindible en cualquier organización social.

Si tenemos presente que hay una pluralidad de organizaciones sociales en el seno del grupo político, también pueden ser numerosos los conjuntos normativos en razón de las necesidades de organización y regulación que experimenten, como ocurrió en Roma con el ordenamiento propio de los *Cives romani*, *Ius civile*, como estatuto personal, diferenciado del que venía aplicado a los peregrinos o *Ius Gentium*, salvo la parte de su propio derecho que les había sido reconocido a través del *foedus* o *pactum*, y que en época reciente puede verificarse en las normas aplicadas al mundo del deporte, a las relaciones internacionales, etc.

Esta teoría de la socialidad del Derecho⁹⁴, que es la que propugna Clarín, se contrapone a la tesis de la estatalidad del Derecho, condensada en el aforismo *ubi civitas, ibi ius*, o lo que es lo mismo, donde hay un Estado, allí también existe una ley. El derecho no siempre coincide con el ordenamiento estatal, si bien se inserta, de ordinario, en las sociedades políticas, y se encuadra en el ámbito del ordenamiento del Estado.

Conforme a la tesis resumida en el aforismo citado, el ordenamiento jurídico se caracteriza por el hecho de gozar del aparato coactivo del Estado, para imponer obligatoriamente su cumplimiento, empleando, si es necesario, incluso la fuerza. El ejercicio de la coacción física, respecto de los miembros de un Estado, corresponde exclusivamente a los entes políticos, aunque su contenido normativo coincide, total o parcialmente, con las reglas vigentes en las sociedades políticas.

Clarín muestra mayor apego al primer enfoque, aunque reconoce la legitimidad del Estado, con el que deben colaborar los individuos, a fin de que las reglas imperantes en la comunidad respondan a un criterio de justicia real, y

⁹⁴ AA. VV., *Il latino in tribunale. Brocardi e termini latini in uso nella prassi forense*, dir. por F. del Giudice, Nápoli, ed. giur. Simone, 2000, pp. 241-242.

no meramente a una justicia formal, tanto desde el punto de vista del proceso de elaboración parlamentaria, como desde los contenidos.

Dos aspectos queremos destacar en la obra de Ihering⁹⁵, que prologa Clarín: en primer lugar, que al estudiar el Derecho romano, observa que existe una exacta correlación entre lo que sentían los ciudadanos de Roma y la normativa jurídica que venía asumida por el Estado, porque la ley pública es el producto de la voluntad popular, y expresión de las necesidades que tiene la sociedad, a las que debe dar respuesta el Derecho.

De otra parte, Ihering pone énfasis en la efectividad del Derecho romano, dimanante del hecho bien contrastado en la República, porque sus principios no venían impuestos por el Estado, sino que nacían de la misma sociedad, uno de los cuales era la «satisfacción del sentimiento legal», que vivían los diferentes sectores de la población.

En 1892, merced al trabajo de Príncipe y Satorres, se publicó íntegramente en sus cuatro tomos, en la Villa y Corte, la traducción de la obra de Ihering, intitulada *El Espíritu del derecho romano*⁹⁶, y ese mismo año vio la luz, también en castellano, otra obra del jurista alemán, clásica en su bibliografía y monumento jurídico del siglo XIX, *Teoría de la posesión*⁹⁷, con introducción del mismo traductor de la *Lucha por el Derecho*, Adolfo Posada, quien se alegra de poner en castellano, a disposición de la juventud poco experta en idiomas extranjeros, ni tan siquiera el francés, un libro y una producción científica del profesor de Göttingen.

Entre las ideas básicas del planteamiento de Ihering, Posada insiste en el necesario trabajo de renovación, o mejor de revisión, de las instituciones jurídicas, para no encasillarlas en un contexto social, muy diferente a aquel en el que vinieron a la luz, ante el riesgo de convertirse en «formas fijas e invariables», al margen de las nuevas necesidades sociales, para lo cual es insustituible la crítica y la investigación, a partir del Derecho romano y doctrinas de los pandectistas.

El asturiano citado resaltaba que Ihering fue «un romanista decidido», probablemente en el inicio uno de los discípulos de Savigny, aunque luego se convirtió en su franco y leal adversario, no solo del fundador y corifeo de

95 El título original alemán de la obra es: *Der Kampf um's Recht*, y su primera edición: Wien, Manz, 1872.

96 IHERING, R. von, *El Espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo: versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres*, Madrid, Casa editorial Bailly Bailliere, 1877-1892. El éxito editorial hizo que se hiciera una segunda tirada, con los cuatro tomos, en Madrid, De Bailly-Bailliere e hijos, 1895.

97 IHERING, R. von, *Teoría de la posesión*. Versión española y estudio preliminar sobre la vida y obras por A. Posada, Madrid, RGLJ, 1892.

la Escuela Histórica citado, sino también de Puchta y de Bruns, buscando el sentido realista, que rompe con los formalismos lógicos que encasillaban a este grupo de romanistas, para dar respuesta a las necesidades que el Derecho romano no puede satisfacer⁹⁸.

Ihering, según Posada⁹⁹, tiene una original intuición del derecho, por varios componentes. En primer lugar, por el predominio en el estudio del Derecho romano, ya que merced al mismo rompe con el criterio formalista, y proclama el método realista de investigación, lo cual no obsta para que se deje sentir el influjo de los estudios históricos del Derecho romano, como demuestra que en su idea del derecho desempeñan un papel predominante el elemento económico, junto al fin y el estímulo. En segundo lugar, por la importancia que asigna al aspecto social del Derecho, dirigido a la utilidad o provecho de los individuos, pero sin olvidar que es indispensable la garantía del mismo, por lo que define al derecho como «interés jurídicamente protegido», que exige el respeto profundo a los fines humanos, protegidos por la coacción del Estado.

Terminamos con las palabras del jurista alemán Ihering, al tratar de la importancia del Derecho romano, en las que afirma «nunca penetrará el Derecho romano en la ciencia por la puerta del principio de la nacionalidad», y aunque no lo presencié, tuvo ya su aplicación en la Alemania de Hitler.

Por ello, podemos finalizar con otras reflexiones del jurista alemán, con valor pleno en la actualidad:

«En el fondo, como en la forma, todas las legislaciones modernas se basan en el Derecho romano, que ha llegado a ser para el mundo moderno, como el cristianismo, como la literatura y el arte griego y romano, un elemento de civilización, cuya influencia no se limita únicamente a las instituciones que hemos perdido. Nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, en una palabra, son romanos; si se puede llamar romana una cosa de una verdad universal, que sólo los romanos han tenido el mérito de haber desenvuelto hasta su más alto grado de perfección... A través del Derecho romano, *en él y más allá de él*: tal es para mí la divisa que reasume toda su importancia en el mundo moderno»¹⁰⁰.

Beatriz García Fueyo

Universidad de Oviedo

98 GONZÁLEZ POSADA, A., *Teoría de la posesión. Prólogo...*, op. cit., p. 9.

99 GONZÁLEZ POSADA, A., *Teoría de la posesión. Prólogo...*, op. cit., p. 13.

100 PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano. Desarrollo histórico y exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano. Con una introducción sobre la importancia del Derecho romano por Rudolf von Ihering*, Buenos Aires, Universidad, 1994, pp. 19-26.