

Derecho subjetivo y concepto de *ius*

Ernesto Rengifo García*

La pandectística

Muchos de los conceptos jurídicos modernos, tales como acto jurídico, negocio jurídico, relación jurídica, derecho personal, derecho real, obligación, contrato, testamento, acción, pretensión, excepción y, por supuesto, derecho subjetivo, de los que se valen profesores, juntas y abogados, y en los que se apoyan los estudiantes para interpretar y estudiar un determinado ordenamiento jurídico, fueron elaborados, con un alto grado de abstracción y refinamiento, por la ciencia jurídica alemana del siglo XIX y, más exactamente, por la doctrina llamada pandectista, dentro de la cual sobresalen los nombres de Puchta, Arndts, Bernardo Windscheid, Dernburg, Brinz, Keller, entre otros.

Los pandectistas escribieron exposiciones sistemáticas del derecho privado, tomando como base el *corpus iuris civilis*, y dentro de él, de manera principal, el *Digesto* o libro de Pandectas. Relevancia secundaria tuvieron las normas de derecho canónico, los preceptos derivados de las costumbres alemanas y las leyes imperiales, en su imponente labor científica.

La pandectística tomó, pues, su nombre en razón de que sus repre-

sentantes hicieron de los Pandectas o Digesto el objeto principal de su estudio. Se caracterizó por su marcada inclinación al conceptualismo y el rigor sistemático, y por darle valor actual a sus resultados teóricos, no obstante que sus materiales de trabajo —las fuentes romanas— pertenecieron a una experiencia jurídica pretérita.

A su permanente aspiración por eleaborar un sistema y a la particular relevancia que dio a la formulación de conceptos y de principios, se debe la importancia de la ciencia jurídica. La calificación de «científica» que su labor adquirió obedece, precisamente, al hecho de haber sistematizado y conceptualizado las fuentes romanas, y haberles dado a sus conceptos elaborados el carácter de actuales y vigentes.

La pandectística ha sido objeto, con ojos recientes, de muchas críticas, fundamentalmente por su olvido de la historia, en el sentido de que no tomó en consideración para la elaboración de su modelo los estudios y escuelas posteriores al *corpus iuris civilis*, ni tuvo en cuenta el derecho clásico y preclásico; por haber utilizado un método lógico-deductivo en su trabajo, presentando así un grave error epistemológico, por cuanto las fuentes romanas, generalmente, estaban inspiradas en un método casuístico; por elaborar conceptos y principios fundamenta-

* Abogado. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

dos en los textos de las fuentes romanas, cuando éstos, en realidad, no contenían definiciones sino meras soluciones a casos concretos; por haberse alejado de la vida real y de las decisiones jurisprudenciales, en razón de que su desarrollo es eminentemente teórico; por su carácter conservador y reaccionario, en la medida en que adecuó el derecho privado a los intereses de la burguesía productiva, en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania y, en fin, por haber construido un sistema demasiado rígido y cerrado en vez de un sistema abierto y flexible, capaz de adecuarse a las nuevas soluciones de la vida diaria.

Pese a lo anterior, la pandectística tiene una importancia inestimable dentro de la ciencia jurídica moderna. En efecto, su importancia se palpa en la influencia que tuvo y tiene en los estudios modernos del derecho, sobre todo a nivel conceptual y didáctico; pensemos, a manera de ejemplo, en la teoría general del negocio jurídico. También ella inspiró el B.G.B. o Código Civil Alemán de 1900, a tal punto que entre éste y aquélla no se presenta ninguna ruptura, sino, por el contrario, la obra legislativa recogió su sistemática, sus conceptos.

Así mismo, la pandectística trascendió el campo del derecho civil para llegar a otras áreas jurídicas, como el derecho público, penal y el derecho procesal. Se recuerdan los nombres de Laband y JllineK, para el primero, de Binding, para el segundo, y de Wach y Weisman para el tercero. Todos éstos auténticos pandectistas.

El fenómeno de la recepción de la doctrina pandectística ha sido enorme, sobre todo en los países europeos, en el Oriente y, por supuesto, en países latinoamericanos. Quien se dedica al estudio de un determinado ordenamiento jurídico, necesariamente ha de recurrir a sus resultados teóricos, a sus enseñanzas. «*La Pandectística* —afirma Giovanni Pugliese— *encontró sus críticos más numerosos y aguerridos entre otros teóricos generales, los filósofos, los metodólogos mientras los autores interesados en el derecho positivo también, si metodológicamente criticaron a los pandectistas, permanecieron en la práctica durante mucho tiempo fieles a su enseñanza*».¹

Concepto de derecho subjetivo en la doctrina moderna

«Il problema del diritto soggettivo si risolve nella sua storia o meglio nella storia dei suoi concetti».

Riccardo Orestano

El jusnaturalismo del siglo XVII y el racionalismo del siglo XVIII concebían el derecho en función del individuo. El derecho era el conjunto de facultades pertenecientes al individuo. Esta era la lógica del sistema, por cuanto se vivía en la época de la exaltación del individuo y de su libertad.

«El individuo era el núcleo del sistema», él era el creador del dere-

¹ PUGLIESE, Giovanni. «I Pandettisti fra Tradizione romanistica e Moderna Scienza del Diritto». *Revista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVII, serie III (Milán, 1973), p.130.

cho, a través de su libertad. El derecho y el Estado existían en la medida en que el individuo lo permitiera, y siempre y cuando sirvieran para garantizar su libertad individual. La libertad era el motor, la causa, el origen del derecho. El individuo dejó de ser objeto del derecho para convertirse en su creador.

El centro del sistema era el individuo: sus atributos, predicados y calidades eran sus derechos subjetivos. La noción de derecho objetivo fue degradada y, en consecuencia, se exaltó al máximo la idea del derecho subjetivo. El *prius* era el individuo; el *posterius*, el ordenamiento. El derecho objetivo tenía la mera función de tutelar los atributos innatos del individuo. Esta era la mentalidad iusnaturalista y racionalista.

La doctrina de los derechos subjetivos, elaborada en el plano filosófico, pasa al plano jurídico a finales del siglo XVIII e inicios del XIX: El individuo, de ser tratado filosóficamente en cuanto a su capacidad, manifestación de voluntad y actividad, vino a ser tratado en forma jurídica. Surgieron pues las teorías del sujeto de derecho, del derecho subjetivo y del acto jurídico, y de este último derivó el negocio jurídico.

Savigny negó la existencia de los derechos innatos del hombre, siendo consecuente con su posición crítica frente al individualismo. Bernardo Windscheid, uno de los más insignes representantes de la pandectística, definió el derecho subjetivo como «el poder de la voluntad del sujeto».²

² WINDSCHEID, Bernardo. *Tratado de*

Esta fue la definición corriente de derecho subjetivo dentro de la pandectística, influenciada por el iusnaturalismo y el racionalismo.

Es aquí precisamente donde se presenta lo que el profesor Riccardo Orestano llama «la gran ilusión» de la pandectística, «es decir, de poder transportar del plano filosófico-iusnaturalístico al plano jurídico-positivo la idea del individuo-sujeto de derechos, con todos sus atributos y sus predicados, y de poder constituir sobre la base de su 'potestad de querer' el sistema jurídico», por cuanto si bien existía armonía y coherencia interna en la construcción filosófica, en sistema jurídico se presentaba una íntima contradicción.³ En efecto, si para el derecho natural de esta época la voluntad era la fuente del derecho y el derecho objetivo tenía una función meramente protectora, es decir, era corolario y no presupuesto del derecho subjetivo, para el jurista, la presencia del derecho objetivo es elemento primario y no lo puede ignorar, como lo hicieron los filósofos, ni lo puede ver como mera consecuencia de los derechos subjetivos. De modo que se nota la gran incongruencia de querer construir un sistema jurídico que, de una parte, tome como centro de su construcción al individuo, y de otra, haga depender el valor y la existencia de los atributos del sujeto del derecho objetivo.

Pandectas. (Traducción de Fernando Hinestrosa). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976, Vol. I, p. 37.

³ ORESTANO, Ricardo. *Azione, Diritti Soggettivi, Persone Giuridiche*. Bolonia, 1978,

Sin embargo, en el mismo seno de la pandectística se fue reivindicando el derecho objetivo, en el sentido de darle prevalencia frente al derecho subjetivo y de reconocer la eficacia de la voluntad individual en los límites establecidos por la norma.

La ciencia jurídica alemana del siglo XIX se empeñó en redescubrir la norma, el orden jurídico. Se produjo una gran transformación en la concepción jurídica: de una consideración subjetiva se pasó a una consideración objetiva; el derecho público se colocó por encima del derecho privado; prevaleció el interés público sobre el interés privado, la sociedad sobre el individuo. Este cambio estuvo motivado por circunstancias de carácter histórico (la formación del imperio alemán y la estructuración del Estado bismarkiano); circunstancias ideológicas (teorías estatalísticas y, a la vez, socialistas, que tendían a rechazar las tesis individualistas y a realzar al Estado o a la sociedad); circunstancias filosóficas (triunfo del positivismo y del historicismo jurídico, que veían en la sociedad el fundamento del derecho), y circunstancias económicas (desarrollo de las fuerzas productivas). Nociones como grupo, sociedad, nación, Estado, adquirieron relevancia, tinte objetivo, y se opusieron al concepto de individuo.

En este orden de ideas, el derecho subjetivo ya no sería definido como el poder de la voluntad del sujeto, sino como un «interés jurídicamente protegido», según la famosa definición de Ihering. «*El derecho, que todavía para Savigny existía a causa de la libertad moral del individuo,*

*para Ihering es condición de existencia de la sociedad asegurada por el estado. A la voluntad individual se sustituye la voluntad objetiva. Antes que deducir el interés objetivo de los derechos subjetivos, éstos vienen derivados de aquél. La fuerza creadora del particular se transforma en fuerza creadora de la ley. A la autonomía privada se superpone la autonomía de ordenamiento. En el concepto de relación jurídica como relación entre sujetos de derecho subyace la relación del particular con la norma. El hombre, de causa del derecho, se convierte en efecto. La libertad cede el puesto, como concepto fundamental del derecho, a la norma».*⁴ En fin, es el triunfo del positivismo.

El mérito de Ihering consistió en romper con toda la tradición iusnaturalista y racionalista (Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Pufendorf, Thomasius, Kant, Wolff, Hegel), y con la pandectista, por ver el derecho no a partir de la idea del sujeto, del poder del individuo, sino por considerarlo un objeto, un interés reconocido y protegido por el Estado.

Nos encontramos así enfrentados a dos grandes concepciones: la subjetiva y la objetiva o positiva, que en general han determinado las incontables definiciones propuestas sobre el derecho subjetivo.⁵ La primera sobrevalora al individuo, mini-

⁴ *Ibid.*, p. 165.

⁵ Destacamos, entre otras, las siguientes: «El derecho subjetivo privado se puede definir como el poder jurídico individualizado, que al particular le corresponde en orden de interés en relación con otros sujetos, a los cuales

miza la norma: el derecho surge de la libertad individual; los derechos son atributos o cualidades del sujeto. La segunda sobrevalora la norma, minimiza al individuo: el derecho objetivo es priushistórico, lógico y genético del derecho subjetivo.

De esta manera, el pensamiento jurídico derivado de la pandectística tomó una directriz diferente de la de los ilustracionistas y en consecuencia, creó un nuevo sistema que tiene como elementos centrales la sociedad, la colectividad, el Estado, el orden jurídico.

Se ha tratado de mitigar la disputa entre el derecho subjetivo y el objetivo, haciéndolos parte de un mismo concepto, es decir, uniéndolos teóricamente como si fueran las dos caras de una misma moneda. A la vez se ha llegado al extremo de

incumbe, correlativamente, un vínculo cargado de sanción» (Emilio BETTI. *Instituzione di diritto romano*. Padua, 1947, Vol. I, p.34). «El derecho subjetivo es la señoría del querer, el poder de actuar (*agere licere*) para la satisfacción del propio interés protegido por el ordenamiento jurídico» (A. TORRENTE. *Manuale di diritto privato*. 9a. ed., Milán, 1975, p. 61). «La figura de poder sobre la cual se quiere atribuir, históricamente, el contenido más amplio de libertad y de inmunidad por controles externos, es representada por el derecho subjetivo [...] La ley habla de derecho y entiendo derecho subjetivo, a propósito de los poderes del propietario, del titular de un derecho real sobre cosa de otros, del acreedor [...] Mirado bajo el perfil de la tutela jurisdiccional, el derecho subjetivo, asume más específicamente el nombre de acción» (Pietro RESCIGNO. *Manuale di diritto privato italiano*. 4a. ed., Nápoles, pp. 237-238). «Se puede decir que el derecho subjetivo es la fundamental posición de ventaja otorgada a un sujeto por el ordenamiento» (M. MIGRO. *Gius-tizia amministrativa*. 3a. ed., 1983, p. 117).

negar la existencia del derecho subjetivo. Hans Kelsen, por ejemplo, en su *Teoría pura del derecho*, después de criticar el origen iusnaturista del dualismo derecho objetivo-subjetivo y el significado ideológico de esta distinción, habla de la reducción del derecho subjetivo a derecho objetivo. De esta manera, para Kelsen el derecho subjetivo es un simple efecto del derecho objetivo.⁶

Este recuento muestra, *grosso modo*, los avatares del concepto derecho subjetivo, esto es, su carácter primario frente al derecho objetivo, su carácter secundario, el intento de unirse con el derecho objetivo en una definición, su negación. Concluimos que es imposible elaborar un concepto del derecho subjetivo con validez universal, que sea aplicable a todas las experiencias jurídicas. Su definición estará condicionada por la época. El problema del derecho subjetivo es de carácter histórico; responderá a una ideología, a unos valores específicos.

Si bien los conceptos son útiles por cuanto, como instrumentos mentales, ayudan a captar mejor la estructura de la realidad, esto no puede inducir a tratarlos ahistóricamente, es decir, desconociendo que, como creaciones del espíritu, están condicionados por un espacio y tiempo determinados.

Ha triunfado la tesis estatista. El derecho subjetivo nace de una relación entre norma y derecho. Actual-

⁶ Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. En especial el capítulo IV.

mente se ve al derecho subjetivo como un aspecto subjetivo del derecho: la *norma agendi* (derecho objetivo) impone un determinado comportamiento intersubjetivo; si un sujeto cumple el precepto y otro no, el primero puede pretender que el segundo cumpla, y a tal efecto la ley le confiere una *facultas agendi* (derecho subjetivo) contra éste para obtener el comportamiento adecuado.

Modernamente se habla de situaciones jurídicas subjetivas, que son las posiciones susceptibles de ser asumidas por sujetos en sus relaciones con otros, es decir, situaciones que tienen carácter estático, no dinámico. Estas situaciones se distinguen en activas o de ventaja y pasivas o de desventaja. La típica situación de ventaja es el derecho subjetivo; de desventaja, es deber o la obligación jurídica.⁷

Se puede presentar una situa-

⁷ El derecho subjetivo sería la clásica situación subjetiva activa, que atribuye simplemente una ventaja al sujeto. De otra parte, para diferenciar «el deber» y la «obligación», se suele decir que el primero tiene un contenido genérico, en tanto que la segunda, uno específico o determinado. Pero del análisis de situaciones subjetivas reales, en especial del usufructo, enfiteusis, servidumbres, notamos que también se presentan obligaciones específicas en ellas. Por tal razón, se ha acogido el criterio de la intermediación para establecer la diferencia: la característica esencial del derecho de crédito es la intermediación mediante prestación que cumple otro sujeto; en las situaciones reales, la utilidad del titular depende de su propia actividad, y la intermediación asume no un función esencial, sino complementaria (relaciones nudo propietario con el usufructo, del propietario del suelo con el titular del derecho de superficie, etc.).

ción activa o de ventaja similar a la del derecho subjetivo, llamada «interés legítimo u ocasionalmente protegido», el cual, si bien es un interés del particular, contemplado por el derecho objetivo, no lo es de manera primaria sino solo ocasionalmente. La norma es emanada con el fin de proteger un interés general, colectivo, y no el interés del particular; sólo eventualmente, de reflejo, la norma protege el interés privado.

Existe también una situación intermedia llamada «derecho subjetivo susceptible de debilitamiento», que se tiene cuando la norma de derecho objetivo viene dictada expresamente para proteger los intereses del particular, pero este interés se encuentra tan compenetrado con un interés colectivo, que el Estado decide darle prevalencia al segundo, debilitando la importancia del primero. El ejemplo típico es el derecho de propiedad, el cual ya no es un derecho subjetivo perfecto, sino susceptible de debilitamiento por consideraciones de carácter social (expropiación).

En fin, queremos subrayar la historicidad del derecho subjetivo, por cuanto surge en una época en la que el individualismo es imperante, y la voluntad del sujeto, el centro de las relaciones sociales. Nace en el período histórico del reconocimiento a los particulares de derechos frente a otros sujetos privados y frente al Estado. En otras palabras, el derecho subjetivo, entendido como situación subjetiva activa que atribuye una ventaja al sujeto, pertenece a nuestra propia cultura, a nuestra propia lógica jurídica.

Dos opiniones opuestas

Estudiando el concepto de derecho subjetivo en la doctrina moderna, determinemos ahora si existió en la experiencia jurídica romana o si, por el contrario, se desconoció. Si el análisis concluye lo segundo, miráremos, entonces, qué significó para los romanos el concepto *ius*.

Tomemos primero en consideración el pensamiento que niega la existencia del derecho subjetivo en el mundo romano⁸. Dentro de éste ameritan particular atención las sugestivas ideas del profesor Michel Villey.⁹ En efecto, Villey, estableciendo una distinción filosófica según la cual el derecho se puede fundamentar objetiva o subjetivamente, sostiene que el derecho antiguo se concibe a través de una óptica material u objetiva, en tanto que el derecho moderno se concibe de una ma-

nera subjetiva. Resultan, por consiguiente, dos concepciones irreconciliables: el derecho antiguo define al *ius* como *res*, el derecho moderno como *potesta*.

Para el derecho romano lo importante es darle a cada quien lo suyo (*suum quique tribure*), en una visión natural del mundo; para el moderno, lo esencial es atribuirle poderes, facultades al sujeto privado. Se presentan, pues, dos formas de ser y pensar lo jurídico, de manera diversa e incompatible.

El *ius*, en el derecho romano, no era derecho subjetivo, sino *res* (cosa); el derecho significaba *id quod iustum est* («aquello que es justo»), y la función del jurista era la de efectuar una justa distribución de las cosas: *suum ius quique tribure* («darle a cada quien su derecho»).

El oficio del derecho, en esta visión objetiva, consistía en distribuir entre los hombres los bienes exteriores, que podían ser corporales o incorporeales¹⁰. «*Las cosas corporales, como el fundus [...] y además las cosas incorporeales que son bienes abstractos imaginados por el espíritu de los juristas y desprovistos de base*

⁸ En este sentido, véase: MONIER. «La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporeales» Studi Solazzi (Nápoles, 1948); Bernardo ALBANESE. «La successione ereditaria in diritto romano antico». Annali Palermo 20 (1949), p. 232; Michel VILLEY. «L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains». Revue d'histoire du droit (1946); *idem*. «Du sens de l'expression ius in re en droit romain classique». Mélanges de Visscher 2 (Bruselas, 1949); *idem*. «Le ius in re du droit romain classique au droit romain moderne». París, Publications del' Institut de Droit Romain, 1950; «Suum ius cuique tribuens». En: *Studi in onere di Pietro de Francisci*. Milán, Giuffré, 1956.

⁹ Todas las citas del profesor Michel VILLEY que siguen en este artículo son tomadas de la traducción española de Alejandro Guzmán y otros, de *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

¹⁰ GAYO II, 12: «Por otra parte, unas cosas son corporales, otras incorporeales». GAYO II, 13: «Son corporales las que se pueden tocar como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y, de este mismo modo, otras innumerables cosas». GAYO II, 14: «Son incorporeales las que no se pueden tocar, como son las que consisten en un derecho, así una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído [...] De la misma clase son las servidumbres urbanas y rústicas».

material, pero que no dejan de ser cosas, y, al mismo tiempo, como cosas corporales, bienes comerciales, objeto de comercio jurídico». ¹¹ Las cosas incorporales eran llamadas *iura* (derechos), como las servidumbres, el usufructo, las obligaciones, el derecho a heredar, pero no consistían en poderes otorgados a los sujetos, sino en *res*, en cosas, en objetos de distribución material. Extraña concepción para una mentalidad moderna: ¡la justa distribución era el principio que imperaba!

Villey sustenta sus apreciaciones, entre otras cosas, mirando el desarrollo que Gayo dio a sus *Instituciones* ¹². En efecto, el jurista romano afirmó en ellas que «todo el derecho que usamos o bien trata de las personas, o bien de las cosas, o bien de las acciones». Esto implica un enfoque sistemático objetivo, una descripción material del mundo jurídico ¹³.

¹¹ VILLEY. *Op. cit.*, p. 134.

¹² El manuscrito de las *Instituciones* de Gayo fue descubierto en el siglo pasado, en 1816, en la ciudad italiana de Verona, por Niebuhr. Su importancia radica en el hecho de que es la única fuente jurídica escrita durante el período clásico (últimos años del siglo I a. de C., hasta el final del siglo III d.C.) que nos ha llegado casi en su integridad, prestando así un invaluable ayuda a quien se interese por conocer el período de máximo esplendor del derecho romano. La obra se caracteriza por su facilidad de lectura, producto de la misma personalidad del autor, por cuanto Gayo fue, además de jurista, historiador, un gran maestro y un notable crítico. Gayo vivió en el siglo II d.C.

¹³ Gayo I. Así mismo, el texto aparece en Digesto I,5,1. Por «sistemática» se debe entender un orden de exposición, una colocación material de diversos argumentos según criterios de afinidad de instituciones, conexión lógica, de sucesivas deducciones, sin descono-

El *ius*, antes de ser atributo, cualidad, poder de un sujeto, es objetivo, es «fracción de cosas y no poder sobre las cosas». Los romanos observaban el derecho como cosa, como un objeto del mundo naturalmente social.

El derecho dejará de ser considerado como la justa petición, para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes inherentes a los individuos. Según Villey, la desviación del sentido de la palabra *ius*, hacia la idea de poder se presentó en la Edad Media: «Estamos en el momento copernicano de la historia de la ciencia del derecho, en la frontera de dos mundos. Nace un nuevo orden social, en el que el derecho individual será la cédula elemental, y que se construirá todo entero sobre la noción de potestas, elevada a la dignidad de derecho [...] El derecho natural es la palabra que gobierna la ciencia jurídica romana, así el derecho subjetivo es la palabra que gobierna el derecho moderno».¹⁴

Villey se manifiesta como un crítico acerbo de la modernidad. Alaba el lenguaje romano por considerarlo más inteligente que el nuestro y por ser producto de una cultura más alta. Sostiene que la noción actual de derecho, en virtud de la cual al individuo se le conceden poderes,

cer razones de carácter histórico y didáctico. Un ejemplo es el manual gayano —personas, cosas, acciones— perpetuado por las Instituciones justinianas.

¹⁴ VILLEY. *Op. cit.*, pp. 189-90. Según Villey, la noción moderna de derecho subjetivo aparece con Guillermo de Occam, en su *Opus nonaginta dierum* (1332); en ella se ve el paso del lenguaje romano al lenguaje moderno (*ibid.*, pp. 169 y ss).

podría ser testimonio de una «barbarie intelectual», y es el resultado de un contrasentido cometido en el lenguaje romano: «*Para asir el auténtico pensamiento de los juristas romanos, las verdaderas nociones romanas, sería preciso desprendernos de la Pandectística y de la romanística moderna y, todavía más, de la filosofía que ha servido de base a aquélla y a ésta*». En otras palabras, ser romano con los romanos, no distorsionar su mentalidad y lenguaje¹⁵.

Pero si los escritos de Villey niegan la existencia del derecho subjetivo, esto es, la idea de mirar la realidad jurídica desde el punto de vista del sujeto, el profesor Giovanni Pugliese afirma su existencia; los romanos concedieron atribuciones, facultades, poderes al sujeto; *ius* significaba «atribución subjetiva».¹⁶

Pugliese parte de una premisa metodológica diametralmente opuesta a Villey, según la cual si bien es cierto que los romanos no definieron el derecho subjetivo, esto no excluye la posibilidad, para el romanista, de estudiar la realidad jurídica romana a través de conceptos elaborados por la dogmática moderna. Los conceptos tienen un puro valor heurístico, son medios e instrumentos de conocimiento, antes que enunciados de verdad. Es legítimo, según Pugliese, usar términos, expresiones y conceptos de teoría general moderna

para poder verdaderamente comprender y apreciar la estructura del derecho romano. Sin el uso de estos conceptos, que para nosotros son familiares, el derecho romano, o cualquier otro derecho histórico, permanecería en un mundo cerrado dentro de sí, privado de significado e interés, «*sería como recitar delante de un público ignorante en griego una tragedia de Esquilo en el original*».¹⁷

Para Pugliese, el concepto no apareció, pero los romanos conocieron la realidad del derecho subjetivo, por cuanto el ordenamiento concedió específicas atribuciones al sujeto. Existieron situaciones de hecho que hoy en día se conocen como derechos subjetivos. En este orden de ideas, Pugliese comienza a cuestionar las argumentaciones que para Villey denotan una visión objetiva adoptada por los juristas romanos:

a) En primer lugar, Villey se funda en la sistemática de *Instituciones* de Gayo (*personae, res, actiones*) por ver en ellas un desarrollo objetivo del discurso jurídico.¹⁸ Para Pugliese, Villey ha exagerado la importancia del manual gayano, por cuanto, además, existieron otras «*Instituciones*», dentro de las cuales se destaca la de Florentino, por contener una siste-

¹⁵ *Ibid.*, p. 227.

¹⁸ Desde una perspectiva no filosófica, como la de Villey, sino fundamentalmente positivista, SAVIGNY dice: «*Persona, res, actio son pues, según Gayo, objetos de reglas de derecho, no de particulares derechos, o sea, constituyen una división del derecho objetivo, no del derecho subjetivo*» (SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. italiana, Vittorio Scialoja. Torino, 1986, Vol. I, 59, p. 391, nota c).

¹⁵ *Ibid.*, p. 135.

¹⁶ PUGLIESE. «*Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*». En: *Studi in onore de Arangio Ruiz. III*, pp. 223-260.

mática diversa¹⁹. Así mismo, en las «Instituciones» de Ulpiano, de las cuales se conservan pocos fragmentos, existe un texto que aparece en el Digesto I,3,41, donde se lee: «*Todo derecho consiste en adquirir, en conservar o en disminuir; pues o se trata del modo de adquirir algo, o de conservar la propiedad o el derecho, o de enajenarlos y perderlos*». Según Pugliese, este texto muestra un evidente planteamiento del sistema jurídico.²⁰

Pero aparte de las «Instituciones», enseña Pugliese, otras sistemáticas eran adoptadas por los juristas romanos. Así, en los libros *Tres iuris civiles* de Sabino, las *res* no tenían importancia y eran tratadas al final; en el Edicto, que era un sistema de acciones y otros medios judiciales, las cosas nada tienen que ver, por el contrario, «*constitula* [el Edicto] *un insuperable elenco de*

¹⁹ Florentino pospone las sucesiones a las obligaciones y la propiedad, y no menciona las acciones.

²⁰ Lo discutible es aceptar sin duda alguna la claridad del pasaje, porque si para Pugliese tiene una clara impronta de genuinidad, para otros, Alvaro D'Ors, por ejemplo, el texto ha sido objeto de retoques bizantinos. Para Bernardo Albanese, el texto no muestra una sistemática romana subjetiva, como pretende Pugliese, por cuanto el *ius* en acepción subjetiva no tiene, en absoluto, un valor general. Para Albanese, pues, el planteamiento romano es la sistemática gayana de las *res incorporales*. Por otra parte, si Villey valoriza las *Instituciones* de Gayo, Pugliese, en aras de la crítica, termina subestimando la importancia de la obra gayana. No olvidemos que el modelo elaborado por Gayo en su manual fue recogido por Justiniano para elaborar sus «Instituciones», y estas dos obras institucionales son el fundamento sistemático de los códigos modernos.

los derechos y de las atribuciones subjetivas conferidas a un individuo contra otro ¿Qué más claro ejemplo de planteamiento subjetivo?»²¹

b) Villey sostiene que las *res corporales*, esto es, aquellas que se pueden tocar «como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata», tienen un contenido que va más allá del puramente material. Por ejemplo, en derecho romano se transfería la *res*, no la propiedad. Esto significaba que las cosas de por sí contenían derechos o elementos jurídicos. Para Pugliese, en cambio, las *res corporales*, si bien susceptibles de valoración jurídica como objetos potenciales o actuales de determinados derechos, eran siempre consideradas porción de materia, antes que una combinación de materia y de derecho.²²

c) Villey realza el hecho de que los *iura* —herencia, usufructo, obligaciones, servidumbres—, en el esquema gayano, sean considerados *res incorporales*. *Iura* sería el término adecuado para expresarlas. Pugliese critica el atribuírsele a los romanos una valoración exclusivamente objetiva de los *iura* y su equiparación a las *res*, por cuanto ésta no fue idea central de la jurisprudencia romana, no obstante aparecer en las *Instituciones* de Gayo. *Iura* significaría derechos, atribuciones subjetivas, elementos que con las cosas forman

²¹ PUGLIESE. «Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo», p. 235.

²² Cfr. VILLEY. *Op. cit.*, p. 84. PUGLIESE. «Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo », p. 244.

el patrimonio de una persona.²³

Según Pugliese, el hecho de que Gayo no haya incluido derechos no patrimoniales (familia y derivados del status de persona) en la enumeración de las *res incorporales*, demuestra que la inclusión de los *iura* entre las *res* no es debida a su esencia de *iura*, sino únicamente a su cualidad de patrimoniales. Sólo en cuanto elementos del patrimonio, aquellos *iura* son llamados por Gayo *res*. Para Pugliese, pues, el calificar los derechos como *res incorporales* es, en el fondo, un puro recurso terminológico.²⁴

d) En este orden de ideas, Pugliese, como procesalista y como crítico de aquellos que ven el *ius* como un *res*, afirma que en los presupuestos sustanciales de la *actio in personam* y de la *actio in rem* está la prueba de que para Gayo el *ius* era algo similar al derecho subjetivo. Veamos los textos:

Gayo IV, 2: «*Es la acción personal aquella con la que demandamos al que nos está obligado en virtud de un contrato o como consecuencia de un delito; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar.*»

Gayo IV, 3: «*Una acción es real cuando afirmamos o bien que es nuestra una cosa corporal o que nos compe-*

te un derecho, tal como el de usar y disfrutar una cosa, o una servidumbre de paso, de conducción de ganado, de acueducto, de edificar más alto o de vistas; o bien cuando nuestro adversario nos opone al ejercicio de tales derechos la acción negatoria.»

De los textos sobre la acción personal y sobre la acción real, Pugliese afirma que se tiene la prueba definitiva de que para Gayo el *ius* no era *res*, sino quid similar a nuestro derecho subjetivo. No habría dicho Gayo que un derecho (*ius*) nos compete, si hubiera considerado este derecho como una *res*. Para Pugliese, la expresión *res incorporalis* constituye sólo un modo de indicar el *ius*.²⁵

e) Finalmente, Pugliese trae a colación muchas expresiones que implicarían atribuciones reconocidas al sujeto, y concluye que si bien no llegó a definir el derecho subjetivo como categoría unitaria, en razón de que los juristas romanos, por lo general, no eran dados a las especulaciones, sí conocieron los derechos subjetivos y, más exactamente, los elementos de éstos, pero en forma dispersa.²⁶

Las diferentes atribuciones subjetivas se recogían en las figuras del *ius*, *dominium*, *potestas*, *facultas* y *actio*, con la característica de que en

²³ Cfr. VILLEY. *Op. cit.*, pp. 88-89; PUGLIESE. «Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo», pp. 244-248.

²⁴ PUGLIESE. «Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo», pp. 248-249.

²⁵ *Ibid.*, p. 251.

²⁶ *Ius esse alicui, ius competere, ius habere, rem (hereditatem) alicuius esse, dominium habere, facultatem esse, facultatem competere, facultatem habere, potestatem esse, potestatem habere, licere, actionem esse, actionem competere, actionem habere (Ibid., p. 255).*

ellas se presentaban ligámenes y que el término *ius* mostraba la tendencia a designarlas a todas. Recuerda Pugliese, igualmente, que los romanos tuvieron perfecta conciencia de aquellas atribuciones, por cuanto adoptaron una visión subjetiva en el planteamiento de sus problemas jurídicos y que, además, es admisible que todas esas atribuciones subjetivas se puedan resumir en el concepto unitario de derecho subjetivo.

Así mismo, conviene decir que la «acción» puede considerarse un ejemplo típico de atribución subjetiva. El Digesto 44,7,51 nos trae la famosa definición de Celso: «La acción no es otra cosa que el derecho de reclamar en juicio lo que se me debe» (*Actio nihil aliud quam sibi debeat iudicio persequendi*).

Se discute la originalidad clásica del texto, y todo parece indicar que sea postclásico. Además, los modernos, al hacer la distinción entre «acción» y «pretensión», sostienen que Celso define la segunda y no la primera, por cuanto el concepto de «acción» es más general y hace referencia al poder que se tiene para requerir tutela jurisdiccional.

En derecho moderno es claro que la «causa» de la acción es nuestro derecho; en cambio, para la concepción de Villey, que niega la existencia del derecho subjetivo y que define el *ius* como cosa, el *ius* no es la causa de la acción, sino el «objeto» de la acción; así como se reivindica una cosa, se reivindica un *ius*. El ciudadano romano no negaba su proceso porque tuviera un derecho, sino por-

que una fórmula determinada se adaptaba a su situación.²⁷

En síntesis, Villey y Pugliese representan las dos posiciones doctrinarias opuestas por excelencia: *ius* como atribución subjetiva. Veamos de qué manera se manifiestan otros autores que se han ocupado del tema.

Posturas intermedias

El profesor Alvaro D'Ors, al inicio de su estudio sobre los aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*, expone su criterio metodológico: cuando se estudian las realidades jurídicas romanas debemos ser fieles a la estructura mental de los romanos; por consiguiente, se deben abandonar las categorías jurídicas de la dogmática moderna —derecho subjetivo, por ejemplo— para poder reconstruir los genuinos conceptos romanos.²⁸

²⁷ Cfr. VILLEY: *Op. cit.*, pp. 128 y 134. Posición cercana a la de Villey es la sostenida por Federico SCHULZ, quien dice: «El proceso civil es dominado por la autoridad del magistrado, en especial del pretor [...] A su libre arbitrio él concede o rechaza una acción o una excepción, obliga a la defensa o a la presentación de garantes, concede o rechaza la *in integrum restituito*, etc. Detengámonos en un sólo punto, la idea de un derecho subjetivo a la tutela jurisdiccional es del todo antirromana; una pretensión del individuo hacia el magistrado para que cumpla un acto de oficio no puede encontrar lugar en los conceptos romanos» (SCHULZ. *Ilprincipii del diritto romano*. Trad. italiana de Arangio Ruiz. Sansoni, 1949, p. 156; o traducción inglesa de Marguerita Wolff. Oxford, 1976, p. 178).

²⁸ D'ORS, Alvaro. «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*». En: *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milán, 1953, Vol. II, pp. 279-299.

El propósito de D'Ors es demostrar que *ius* no significaba «derecho subjetivo», sino «posición justa», y que el término comprendía aspectos objetivos y subjetivos, pero sin hacerse distinción —como, a diferencia, se hace en la moderna teoría general del derecho entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo—, por cuanto el *ius* era una realidad unitaria, un concepto único, más elástico, es decir, aplicable a muchos eventos.

Para los romanos, el *ius* era un término ambivalente o equidistante, por eso comportaba aspectos objetivos y subjetivos. Podía estar referido a un individuo o a una cosa. En el primer caso, cuando se dice *ius suum*, *ius meum* se evoca la idea de nuestro derecho subjetivo; en el segundo caso, referido a las cosas, no es que se llegara al absurdo de afirmar que la cosa tenía un derecho subjetivo, sino que *ius* quería decir «posición justa», «posición jurídica». La expresión *ius fundi*, por ejemplo, no significaba el «derecho del fundo», sino «la posición jurídica que ocupa el fundo».

D'Ors analiza los casos o las relaciones fundamentales en las que aparece la palabra *ius* y concluye que en todos equivale a «posición justa»; además, dice que la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa²⁹. Todas

²⁹ D'Ors analiza, entre otros casos: *ius dicere* significa declarar la posición que resulta justa de uno de los litigantes; *iustitia* es la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo suyo, pero el que la distribución tenga por objeto el *ius* quiere decir, no que se dé a cada uno su derecho subjetivo, sino que se le reconozca su posición justa; la *in iure cessio*

las personas y todas las cosas tienen su posición; cuando su posición es justa, tienen *ius*, y la *iustitia* pone fin a la contienda de posiciones declarando cuál es la justa, dando el *ius* a cada uno.

D'Ors termina afirmando que en la mentalidad de los romanos no era concebible la distinción entre «normatividad» y «titularidad de las facultades», principalmente por la pluralidad de las fuentes durante la época clásica; pero cuando la creación del *ius* se hizo monopolio del emperador, ella aparece. Los postclásicos fueron los precursores de los modernos en la distinción entre «norma» (derecho objetivo) y «facultad» (derecho subjetivo).

El derecho subjetivo representa, modernamente, un valor ideal de gran peso en el plano político, social

supone una cesión de una posición jurídica y no de un derecho subjetivo; *succesio in ius* significa sucesión en la situación jurídica, en el complejo de las relaciones jurídicas; *ius prohibendi* no es el derecho de oponerse, sino una posición de vecindad considerada desde el punto de vista de uno de los propietarios; *ius successiones* es posición justa de sucesor; *ius obligationes* equivale a posición de obligatoriedad; *ius dominii*, posición justa de dueño; *ius Quiritium*, posición justa de los quirites; *minus iuris*, posición jurídica inferior; *ius pignoris*, posición justa prenda; *ita ius*, esto no puede entenderse como derecho subjetivo, ni como norma, sino como posición de ejecutoriedad; en *sui* y *alieni iuris*, el *ius* se entiende como posición de independencia para el primero; para el segundo significa que su posición no es propia e independiente, que está sometida a la posición jurídica de otro; *ius conubii* significa posición justa de capacidad matrimonial, no derecho subjetivo de casarse; *ius postliminii* no supone un derecho subjetivo de regresar a casa, sino la posición justa de regreso a casa (*ibid.*, pp. 284-295).

y ético. Para Bernardo Albanese, dichos valores no fueron del todo ignorados en la experiencia romana, pero no fueron recogidos en una categoría lógica expresada con el término *ius* en acepción subjetiva.³⁰ El término *ius*, aunque sí frecuentemente utilizado en sentido subjetivo, no vino a considerarse jamás concepto a utilizarse en la exposición sistemática de los fenómenos jurídicos. Además, el *ius* tenía un campo de aplicación más amplio que el actual concepto de derecho subjetivo. En efecto, *ius*, en aceptación subjetiva, no sólo implicaba situación de ventaja —como lo es siempre en derecho moderno—, sino también de desventaja, o ambas a la vez, lo que demuestra coherencia en el pensamiento romano.³¹

Las situaciones subjetivas de ventaja se expresaban en numerosos términos. Entre otros, *potestas*, *manus*, *mancipium dominium*; mas existía —según Albanese— un término que, por referirse a estas situaciones y por su generalidad, se puede considerar análogo a la noción moderna de derecho subjetivo: la *actio*. Esta designaba el medio procesal en virtud del cual el sujeto hacía valer su propia situación de desventaja controvertida.

Albanese resalta el hecho de que la fundamental distinción de las ac-

ciones —*actio in personam* y *actio in rem*—, elaborada por la experiencia romana, se haya reflejado en la distinción que hacen los modernos de los derechos subjetivos.³² En el plano procesal, la *actio in rem* constituye el arquetipo conceptual del moderno derecho subjetivo absoluto o real, cuyo ejemplo, por antonomasia, es la propiedad; y la *actio in personam* constituye el arquetipo conceptual del moderno derecho subjetivo relativo o de crédito. Albanese recuerda que la experiencia romana de las acciones ha sido la base en la elaboración de los derechos subjetivos modernos.

Conclusión

El *excursus* doctrinario podría ser más extenso, pero nuestro propósito es mostrar la discusión y la manera como la han afrontado diversos autores, representantes destacados de la romanística contemporánea. La disputa se torna un problema de carácter dogmático e histórico, de derecho moderno y de derecho antiguo, del presente y del pasado.

El título I del libro I del Digesto, titulado «Sobre la Justicia del Derecho» (*De iustina et lure*), es interesante, no sólo porque «el principio es la parte más importante de cualquier cosa», como dice Gayo, sino también porque contiene diferentes acepciones del *ius*, y expone en forma sistemática algunas de sus divisiones.

³⁰ ALBANESE, Bernardo. *Premesse alto studio del diritto privato romano*. Palermo, 1978, pp. 197-201.

³¹ La locución *succedere in ius* (o *in universum ius*) expresa que una persona entre en las relaciones jurídicas ventajosas o desventajosas de otra. *Ius debitti* expresa la sujeción del deudor al acreedor.

³² Cfr. ALBANESE. *Premesse alto studio del diritto privato romano*, p. 32.

Este título dice que el *ius* «es la técnica de lo bueno y de lo justo» (*ius est ars boni et aequi*); «justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo» (*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*); «los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo» (*iurus praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*); «se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural» (*cum id quod semper aequum ac bonum est dicitur, ut est ius naturale*); «se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que —el pretor— aplica el derecho, dándose la denominación de lo que se hace» (*alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit*).

Además, el título I contiene la renombrada clasificación sistemática de *ius publicum* e *ius privatum*. Establece la distinción entre *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*. Determina que el *ius civile* puede ser *ius scriptum* o *ius non scriptum*; y recuerda la clasificación histórica de *ius civile* e *ius honorarium*.

Para efectos de esta exposición, interesa destacar fundamentalmente dos cosas: el *ius* no tiene una precisa y evidente connotación subjetiva, y no se establece la distinción entre el derecho objetivo (*norma agendi*), como se hace en las exposiciones modernas de la teoría general del derecho.

El *ius* no significa derecho subjetivo, entendido éste como poder, po-

testad, facultad, autorización, ventaja otorgada por el ordenamiento al individuo y protegida por el Estado. El *ius* tiene una connotación más amplia y extensa. Puede estar referido a las personas y a las cosas; puede implicar ventajas o desventajas para el sujeto y recoge aspectos objetivos y subjetivos en forma conjunta, sin hacer la distinción. Pero la ausencia de un concepto —derecho subjetivo— no es razón suficiente para sostener que los romanos no concedieron atribuciones al sujeto. Es perfectamente posible encontrar textos que denotan la presencia de prerrogativas, de facultades otorgadas, por cuanto el *ius* también tiene una interpretación subjetiva.³³ Lo que acontece es que en el derecho romano clásico el reconocimiento de derechos a los sujetos existe pero no se destaca, por la visión objetivista que tenía el ordenamiento; cosa diferente sucede en el derecho postclásico y justiniano, en el que el *ius* va adquiriendo un valor abstracto similar al derecho subjetivo moderno, en razón de la progresiva tendencia al dogmatismo y la teoría.

Así mismo, el *ius* no es un concepto general que sirva para explicar las atribuciones concedidas por el ordenamiento romano. La jurisprudencia romana es reluctante a la abstracción y a la elaboración de conceptos generales, unitarios y re-

³³ Se debe aclarar que la interpretación subjetiva del *ius* no prescinde de un valor objetivo: la prerrogativa, la facultad, es al mismo tiempo una atribución del derecho objetivo. Véase: Carlo GIOFREDI. «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel romano». BIRD, Vol. LXX, pp. 227 y ss.

finados, que sirvan para explicar sistemáticamente los fenómenos jurídicos. Ella prefiere el hecho, el problema. Su método es casuístico, no lógico-deductivo. Conoce todos los tipos de contratos, analiza sus elementos, pero no define el contrato; conoce las diversas obligaciones, su estructura, pero no elabora el concepto general de obligación; conoce las clases de negocios, establece la distinción entre *negocios mortis causa* y *negocios inter vivos*, pero no define el negocio jurídico. En cambio, el método del jurista moderno —quizás en medio de empinados anaqueles saturados de libros— es el de totalizar, generalizar mediante el uso de categorías lógicas. Trabaja con el concepto, con la idea, antes que con la realidad y la práctica. ¡Seguimos siendo fieles herederos de la pandectística!

Ahora bien, si el concepto de derecho subjetivo no tiene origen romano y más bien surge como noción histórica, en cuanto es expresión del individualismo, nos preguntamos: ¿Es posible proyectar esta categoría jurídica en el pasado romano para interpretarlo o estudiarlo?

Unos dirían que la concepción moderna del derecho subjetivo es imposible de transportar al ordenamiento jurídico romano, principalmente porque ella es expresión de una visión subjetiva del derecho, en tanto que el derecho romano posee una visión objetiva del mismo. Otros, partiendo de la base de que el derecho subjetivo es una construcción jurídica central en el derecho moderno, dirían que sí; de esta manera también se vería al derecho romano

como un sistema de derechos subjetivo. Nosotros creemos que el derecho romano reconoció múltiples facultades al sujeto; en últimas, «todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres» (*hominum causa omne ius constitutum*), con la característica de que en Roma, junto a la idea de potestad, actuaba el concepto de limitación o la idea de solidaridad en las actividades normales de la vida.

Si la noción de derecho subjetivo surge «cuando la voluntad individual se convierte en el centro del grupo social, no puedo menos que ver al individualismo triunfante, a despecho de las formas más evolucionadas de la vida de relación», afirma Francesco de Martino.³⁴ En la experiencia romana la situación es bien diversa, ella nos da pruebas de su carácter antiindividualista. De Martino ilustra esta característica del derecho romano con el análisis de un gran número de instituciones romanas, dentro del cual destacamos, a manera de ejemplo, las siguientes: En el sistema de las fuentes del derecho romano, la voluntad individual jugaba un modestísimo papel, puesto que la sociedad romana se regía por su *ius civile*, fundamentado en la costumbre y la tradición. En el campo comercial, la voluntad individual se encontraba fuertemente limitada por la forma, la tipicidad de los negocios y la costumbre.

En cuanto a la propiedad y los

³⁴ DE MARTINO, Francesco. *Individualismo y derecho romano privado*. Trad. española, Fernando Hinestrosa. Bogotá, 1978, p. 12.

derechos reales, se ha querido ver en el derecho romano un claro ejemplo de individualismo, pero en esta materia existen principios que niegan esta afirmación: concebir la posesión de buena fe como un derecho afín de la propiedad; prohibición de usucapir las *res furtivae o vi pessesae*, aun por un tercero de buena fe; el régimen de adquisición del tesoro, en que se asignaba una participación apreciable al descubridor; el destino de la *nova species*, en que, según la tesis proculeyana, era exaltada la fuerza de trabajo sobre la propiedad de la materia especificada, la sujeción de la propiedad territorial a fines de interés general. Así mismo, la copropiedad es una construcción típicamente romana.

En materia de obligaciones se destaca que los contratos consensuales —compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato— estaban fundamentados en un criterio social y ético, como la buena fe reconocida judicialmente por el pretor; además, la idea del derecho clásico de actuar con criterios objetivos en materia de responsabilidad aquiliana en el campo delictual.

Múltiples podrían ser los ejemplos, pero bastan los anteriores para «adoptar una actitud escéptica y crítica delante de los asertos tenidos por verdades inconclusas», como afirma Hinestrosa, y ver que el derecho romano no es una experiencia individualista, ni es fundamento del capitalismo insolidario, sino, por el contrario, un sistema jurídico en el cual prevalecen los intereses sociales.

Hecha esta aclaración, no se pue-

de concluir que filosóficamente hablando es imposible traspasar la noción de derecho subjetivo, con todo su peso ideológico, a la experiencia jurídica romana para interpretarla y explicarla. Además, nos damos cuenta de la relatividad de las categorías lógicas o jurídicas, en relación con la variabilidad de la fenomenología del derecho. Sería un gran adefesio identificar derecho subjetivo con *ius*; pero entonces, y éste es el interrogante que nos preocupa: ¿Cómo exponemos el derecho romano?, ¿cómo lo describimos?

Creemos en la necesidad metodológica de valernos de los conceptos modernos para estudiar el derecho romano, no porque sean más sabios o porque sean producto de una mentalidad más avanzada, por cuanto no es así, sino por la facilidad que el manejo adecuado de ellos representa para el estudiante o, en fin, para el intérprete, en razón de que por el hecho de ser actuales y conocerse suficientemente, por ser expresión del derecho vigente, ya hacen parte de nuestro acervo cultural jurídico. «Manejo adecuado» significa admitir, por ejemplo, que la noción de derecho subjetivo pertenece a nuestra propia cultura, a nuestra lógica jurídica, y por tanto no es un concepto absoluto, ahistórico.

Un discurso objetivo del derecho romano, en el cual no se tomen en cuenta criterios, conceptos, categorías o principios modernos, creemos que es imposible. El punto no es el de imponer éstos en la descripción del pasado, porque somos conscientes del grave error epistemológico en que se incurriría, sino utilizarlos como pun-

tos de referencias jurídicas: la moderna y la romana.

Las categorías modernas se deben usar con cautela, con sentido histórico y con insoslayable apego a las fuentes. El punto tampoco es el dogmatizar la historia, sino instrumentalizar las categorías con el fin de hacer del derecho romano una experiencia accesible y comprensible a estudiantes; de otra forma, la realidad jurídica romana sería objeto de estudio únicamente de filólogos, filósofos, arqueólogos, y no de juristas o abogados.

No es tanto la idea de la actualización (*Aktualisierung*), de la que nos hablara Koschaker en su famoso libro *Europa y el Derecho Romano*,

sino la de vulgarización —si se nos permite el término— del derecho romano, esto es, despertar el interés por la más grande experiencia jurídica que ha vivido la humanidad, y saber que en ella se encuentran muchas soluciones a los interrogantes que el hombre moderno se plantea. El derecho romano no debe ser inagotable y estéril erudición de pocos; está obligado a ser objeto de conocimiento de muchos.

El presente es una categoría abstracta inasible, que sólo tiene sentido si se le mira en relación con el pasado o el futuro. Pues bien, limitándonos a nuestra área de estudios, que sea el pasado jurídico romano el que continúe dándole sentido a nuestro «presente».