

1-40016

340.1
V749et
1976
c1

COLECCIÓN JURÍDICA
SERIE MAYOR



ESTUDIOS EN TORNO A LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO

Michel Villey

© Michel Villey, 1976
Inscripción N° 45.132
Ediciones Universitarias de Valparaíso
Casilla 1415, Valparaíso
Derechos Reservados

Edición de 2.000 ejemplares

Diseño gráfico:
Alejandro Rodríguez Musso
Allan Browne Escobar

Impreso en los talleres
de Alfabetá Impresores Ltda.
Lira 140 - Santiago - Chile

HECHO EN CHILE

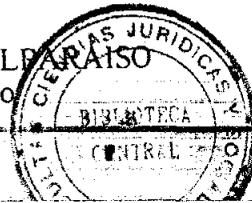
UNIVERSIDAD DE CHILE - DERECHO



35601000712434



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO



para emprender esta traducción; a la Editorial francesa Dalloz y, desde luego, a los profesores de la Universidad Católica de Valparaíso, Le Roy, López, Pierry y Bartolucci y a la profesora Mobarec, de la Universidad de Chile, en Santiago, quienes con sus traducciones han hecho posible este volumen.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
Universidad Católica de Valparaíso.

I
LOS ORIGENES
DE LA
NOCION DE DERECHO SUBJETIVO*

* Comunicación presentada a la Société d'Histoire du Droit, en junio de 1953. Publicada en *Archives de Philosophie du Droit*, 2 (1953-1954), p. 163 ss., ahora, en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* 2 (Dalloz, París, 1962), cap. XI, p. 221 ss. Traducción de Alejandro Guzmán (Universidad Católica de Valparaíso).

I. UNA CONTROVERSIA EN TORNO AL SENTIDO DE LA PALABRA "JUS"

A comienzos del s. XVII, iniciando su gran tratado *De Jure Belli ac Pacis* con una serie de definiciones preliminares, Grotius describe así el sentido del término *jus*: "*Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*"¹ [El derecho es la cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente].

Esta es la definición misma del derecho subjetivo: cualidad atribuida a una persona y, más precisamente, ya que ante todo se trata del Derecho propiamente dicho (*proprie aut stricte dictum*), facultad de tener o de hacer cualquier cosa. Y Grotius esclarece su fórmula enumerando las diversas clases de derechos: este *jus* puede ser un poder sobre sí mismo (*potestas in se*: la libertad); un poder sobre otros (*potestas in alios*: por ejemplo, el poder paternal); un poder sobre las cosas (*potestas in re*: *dominium*, en cuyo derredor se distinguen diferentes especies).

¹ GROTIUS, *De jure Belli ac Pacis*, lib. I, cap. 1, párr. 4: "*Ab hac juris significatione diversa est altera sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur. Quo sensu jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum... Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur; minus perfecta, aptitudo... 5. Facultatem juris consulti nomine sui appellant; nos posthac jus proprie aut stricte dictum appellabimus; sub quo continentur: potestas in se (libertas); in alios (ut patria dominica); dominium plenum sive minusplenum..."* [Hay una significación de derecho distinta de ésta, pero de la cual viene, y que se refiere a la persona. En este sentido, el derecho es una cualidad moral que compete a la persona para tener o hacer algo justamente... La cualidad moral perfecta se llama facultad; la menos perfecta, aptitud... 5. Los juriscónsultos, para denominar la facultad, emplean precisamente esta palabra; en lo futuro, nosotros la llamaremos derecho en sentido propio y estricto; el cual implica: la potestad... sobre sí mismo (libertad); hacia otros (como la potestad del padre o del amo); el dominio pleno, el menos pleno, etc.].

Yo no propongo esta definición como un modelo de elegancia ni tampoco de nitidez y precisión. De hecho, el contexto nos prueba que Grotius no hizo del sentido subjetivo más que una de las acepciones de la palabra *jus*, y que él no concebía al derecho subjetivo de una manera perfectamente delineada². Poco nos importa. Yo recojo esta definición por la celebridad de que ella ha gozado durante dos siglos, por su larga fortuna, por el significado nuevo y pleno que sus lectores antiguos le han atribuido; todo lo cual nos autoriza para ver en ella el origen de un pensamiento de tipo individualista.

Es notable, en efecto, que este pasaje de Grotius, para nosotros tan sin importancia, haya llamado fuertemente la atención de la gente de su siglo. Toda la Escuela del Derecho Natural lo cita o, a lo menos, se inspira en él. Algunos, no sin reconocer en su estilo enfático una deuda hacia su primer inventor, han querido completar esta definición famosa: Pufendorf tiene en memoria la definición de Grotius cuando ve en el derecho una *qualitas moralis* [cualidad moral], esta cualidad "por la cual nosotros dominamos, sea a las personas sea a las cosas"; pero, añade él, un derecho es siempre lo opuesto, la contrapartida de una deuda, de una obligación pasiva; esta significación subjetiva de *jus* será frecuente o la más ordinaria (*frequentissimum*)³. Thomasius comenta largamente la misma definición de *jus* "*secundum stylum Grotii*" [según

² Se habrá podido, en efecto, notar en el texto citado en la nota precedente, que la acepción de derecho subjetivo es para Grotius una acepción derivada. El significado original de la palabra *jus* sería "aquello que es justo" o, más bien, "aquello que no es injusto" (*quod injustum non est*) según lo enseña la Escolástica tradicional de Santo Tomás a Suárez. Además, Grotius reconoce, en el mismo pasaje, que el *jus*, en lugar de estar atribuido a la persona (*qualitas personae competens*), puede también calificar una cosa: "*rem interdum sequatur, ut servitutes praediorum quae jura realia dicantur, comparatione facta ad alia mere personalia*" [A veces sigue a la cosa, como las servidumbres prediales que se llaman derechos reales, en comparación con los otros meramente personales]. He aquí quien, sin ser muy claro, da testimonio de sus dudas al apartarse de la antigua tradición romana.

³ PUFENDORF, *Elementarum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660), lib. 1, def. 8: "*frequentissimum est, ut sumatur pro qualitate illa morali, qua recte, vel personis imperamus vel res tenemus, aut qua eadem nobis debentur. Sic communiter juris nomine venit potestas tam in personas quam spectat peculiariter jus in re dicitur...*". [Es muy frecuente que se tome por aquella cualidad moral, en virtud de la cual rectamente, o bien imperamos sobre las personas o bien tenemos una cosa o bien la misma nos es debida. Así, comúnmente, en la palabra derecho se incluye la potestad tanto hacia las personas cuanto hacia las cosas, sean nuestras o ajenas, y la cual, cuando se refiere particularmente a la cosa, se llama derecho sobre una cosa...]. Texto análogo en el tratado del Derecho de la naturaleza y de gentes. En el párrafo siguiente está señalada la correspondencia entre el derecho y la obligación, su contraria.

el estilo de Grotius], la corrige en algunos puntos, y menciona que Grotius ha tocado aquí la acepción esencial de la palabra⁴. Para Feltmann, se trata del primer sentido de la palabra, "*princeps intellectus*", y Feltmann enumera con amplitud, en su tratado *De jure in re et ad rem*, las diferentes especies de derecho entendido como "facultad" o "*praelatio moralis*" [preminencia moral] o "*potestas hoc vel illud faciendi*" [potestad de hacer esto o aquello]: derecho subjetivo sobre las personas, derecho sobre las cosas y derecho a las cosas (*ad res*, derechos personales)⁵.

⁴ THOMASIVS, *Fundamenta juris naturae* (1718), lib. 1, cap. 5, párr. 1: "*Jus sumitur varie; potissimum vel pro norma actionum, vel pro potentia agendi in relatione ad illam normam secundum stylum Grotii. S. Cum notorium sit, jus et obligationem esse correlata, jam facile ex doctrina correlatorum constabit, quid sit jus in altero significato quando scilicet sumitur pro potentia agendi in relatione ad normam, sive pro attributo personae...*" [Derecho se toma en varios sentidos: principalmente, o bien como norma de las acciones o bien como potencia para actuar en relación con dicha norma, según el estilo de Grotius. 8. Como es notorio, derecho y obligación son correlativos, y constará fácilmente por la doctrina de los correlativos qué es derecho en su otro significado, es decir, cuando se toma como potencia para actuar en relación con la norma o como atributo de la persona...]. En el párrafo 23, las críticas se dirigen a la división grotiana de *jus* en *perfectum* o *imperfectum*: "*nam omne jus est perfectum*" [pues todo derecho es perfecto]. 59. "*Pergo ad jus quatenus denotat potentiam ad normam relatam seu, ut Grotius loquitur, quatenus denotat attributum personae*" [... Continuo con el derecho: en qué medida denota una potencia referida a la norma o, como dice Grotius, en qué medida denota un atributo de la persona].

⁵ FELTMANN, *Tractatus de jure in re et ad rem* (1665), cap. 1, párr. 27: "*Princeps autem intellectus est ille, per quem usurpatur pro jure quod cuique reddendum*. 28. *Et nihil aliud est quam praelatio moralis qua alter venit ante alterum in commoditate*. 31. *Ex quo manavit ut facultas atque potestas quae cis hoc vel illud faciendi diceretur jus...*" [El principal sentido es aquel por el cual se recupera, por el Derecho, lo que debe restituirse a cada uno. 28. Y no es otra cosa que un valor moral por el cual uno con exclusión de otro goza de una ventaja. 31. Se llama derecho aquello de lo cual ha emanado cualquier facultad o potestad de hacer esto o aquello]. Como Grotius, Feltmann se encuentra incómodo con los textos romanos que atribuyen un *jus* a las cosas (*jura praediorum* [derechos de los predios]): 34. "*Utrumque ergo tam qualitas rei quam facultas quam homo circa eam habet jus dicitur*" [Por tanto, se llama derecho tanto a la cualidad de la cosa cuanto a la facultad que un hombre tiene acerca de ella], pero se libra calificando dicho uso de impropio: "*sed responsum habeat hoc quod rei qualitas non appellatur jus nisi improprie...*" [Pero ello tenga su respuesta en esto: no se llama derecho a la cualidad de una cosa, sino impropiamente]. Feltmann se refiere expresamente a Grotius varias veces; es a propósito de la subdivisión de los *jura* que él toma, en contra de De Felde, la defensa del Magnus Hugo [gran Hugo] (cap. 13). Se podría agregar a estos ejemplos muchas otras definiciones sacadas de los autores de la Escuela del Derecho Natural y de las escuelas cercanas: WOLF, *Institutiones du droit de la nature et des gens* (trad. Luzac, 1772), 1.2.46: "*Facultas seu potentia moralis agendi*" [Facultad o potencia moral de actuar] el traductor francés se remite a Grotius). BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, A, 66, 1ª parte, cap 7: "en primer lugar, el derecho se toma a menudo como una cualidad personal, una potestad, un poder de actuar, una facultad".

Pero mejor que los discípulos y los admiradores, son los adversarios quienes nos instruyen: el autor de un *Tractatus juris universi*, un cierto Jean De Felde, ha hecho aparecer, en 1652, *Notas de críticas al Tratado de la Guerra y de la Paz*. He aquí su nota sobre la definición de *ius*: "eso que los juristas romanos expresaban con el adjetivo *suum* [lo suyo], la *facultas*, Grotius declara que lo llamará *ius* en sentido estricto (*ius stricte appellaturum*). Yo no sé si él tiene razón en esto: pues —prosigue De Felde—, ¿cómo conceder al autor que la libertad, por ejemplo, sea un *ius*? La libertad es una facultad, pero jamás los antiguos la han hecho un *ius*". Lo mismo observa del sujeto del poder paternal o dominical, y también de la propiedad. Los juristas romanos no han clasificado el *dominium* entre los *iura* [derechos] y, por el contrario, ellos oponían *dominium* a *ius*. De Felde cita aquí textos bien conocidos, como la ley 13 de *damno infecto*, los cuales oponen (*contradistingunt*) a los derechos propiamente dichos (usufructo, prenda, servidumbre) el *dominium* que no constituye un *ius*⁶. De la misma forma, Grotius ha contravenido el lenguaje romano calificando la soberanía de *ius eminentis*⁷ [derecho eminente]. De una manera general, De Felde reprocha a Grotius el haber dado a *ius* un sentido mucho más amplio: *in hac auctoris definitione reprehendum esse videtur, quod genere aliquo latissimo usus est*⁸ [parece que debe reprocharse a esta definición del autor el que se ha empleado (*ius*) en una amplísima categoría]. El *ius*, según el uso romano más correcto, no era apto para designar toda especie de derecho subjetivo.

Uno de los miembros más célebres de la Escuela holan-

⁶ Vid. infra, p. 38 s.

⁷ J. DE FELDE, *Notes sur Grotius* (ed. Amsterdam 1653), párr. 5: "*Facultatem nomine sui venire juris consulti Seque ius stricte appellaturum ait, nescio an satis bene. Nam libertatem nemo facile ius in se vocabit nec dominium ius in res videtur proprie dici posse, nec fortasse pater in liberos, aut dominus in servos ius proprie habere dicitur. Etenim nom quempiam facile praesertim veterum philosophorum invenies, qui libertatem ius in semetipsum dicat. Consentiant mecum leges romanae l. 13, p. 1. et 19, de damno infecto quae dominium iuri contradistingunt libertatem vero nusquam ius aliquod in nosmetipsos appellebant...*" [La facultad que con este nombre aparece en los jurisconsultos, dice él (Grotius) que habrá de llamarse derecho sobre sí mismo, ni parece que puede decirse propiamente que el dominio es un derecho hacia las cosas, ni, quizá, que el padre hacia sus hijos o el dueño hacia sus siervos tengan un derecho propiamente tal. En efecto, no encontrarán fácilmente a nadie, sobre todo entre los antiguos filósofos, que diga que la libertad es un derecho hacia sí mismo. Conmigo están de acuerdo las leyes romanas l. 13., p. 1 y 19, de *damno infecto* que distinguen el dominio del derecho...].

⁸ DE FELDE cit en n. 7, párr. 4.

desa de Jurisprudencia elegante, Huber, ataca especialmente a Grotius por haber incluido a la propiedad bajo el concepto de derecho. El emprende en este punto una polémica con Feltmann, alegando, contrariamente a Grotius, que jamás los romanos han calificado el *dominium* de *ius in re*: *Dominium nusquam ius in re a veteribus appellari*⁹ [El dominio nunca es llamado derecho sobre una cosa por los antiguos]. Por lo demás, las expresiones *ius in re*, *ad rem*, *in personas*, estas divisiones entre especies de derechos subjetivos, constituyen barbarismos, invenciones de autores recientes, de "canonistas y acursianos", novedades tan contrarias a la elegancia como al verdadero uso romano¹⁰. Feltmann, por su parte, replica ampliamente en nombre del gran Hugo Grotius¹¹ ("*Magnus Hugo*").

Esta es una polémica fuertemente sugerente, cuyo alcance histórico no se podría, por otra parte, falsear. Los adversarios de la fórmula de Grotius, De Felde y Huber, por ejemplo, no son hostiles a su lenguaje. De Felde no tiene ninguna repugnancia en hacer de *ius* una *facultas*, puesto que él incluye estas palabras en su propia definición¹²; Huber admite, en fin

⁹ Esta polémica reproducida en el tratado de FELTMANN, *De iure in re et ad rem*, o que se la puede encontrar separadamente en varias ediciones (*Opera*, II, 259; *Disgressiones*, I, IV, cap. X; *Repetitae animadversiones*, etc.) es muy larga; no se puede citar aquí más que breves extractos: *Animadversiones*, cap. 14: "*alterum quod in me tibi displicet, est id quod obiter scripsi dominium forte nusquam ius in re a veteribus appellari, sed et quidem opponi ut in l. 19 de damno infecto. Monstrare volebam ista vocabula ius in re non fuisse veteribus usurpata pro stabilo termine artis... Memento tamen hoc tibi incumbere uti probes dominium a veteribus ius in re appellari*" [otra cosa mía que le ha desagradado, es aquello que escribí al pasar de que el dominio quizá nunca es llamado derecho sobre la cosa por los antiguos y, por el contrario, le opuse lo que se dice en l. 19 de *damno infecto*. Quería mostrar que las palabras *ius in re* no han sido usadas por los antiguos como un firme término de su técnica... Recuérdate que te incumbe probar que el dominio es llamado *ius in re* por los antiguos]. Si es verdad que Ulpiano habla de dominio *in re*, *in fundo*, Feltmann jamás logró aportar un texto que calificase el dominio de *ius*.

¹⁰ FELTMANN cit. en n. 9, cap. 6.

¹¹ FELTMANN, *Tractatus de iure in re et ad rem*, cap. 13. La discusión está dirigida a la vez contra Huber y Jean De Felde. Limitémonos a citar el párr. 8: "*Sic cum magnus Hugo scripserat, dominium esse ius... Feldenius per ius sine ulla ratione... nihil aliud voluit intelligi quam potestatem quae non in ipsius rei substantiam sed potius in rei accidentia comparata est, ut servitutis et pignoris ius*" [Así como el gran Hugo escribiera que el dominio es un derecho... De Felde, sin ninguna razón, por derecho... no quiso entender otra cosa que una potestad establecida no sobre la sustancia de la cosa misma sino mejor sobre sus accidentes, como el derecho de servidumbre y de prenda].

¹² DE FELDE cit en n. 7, párr. 4: "*Ego definirem ius facultatem aliquid agendi circa alterum quo iustum obtineatur*" [Definiré el derecho como facultad de hacer algo respecto de otro, para obtener lo justo] (la palabra justo está tomada en un sentido estricto, y concierne solamente a las relaciones con otros; esta definición se presenta como más estricta que la de Grotius).

de cuentas, como útil y como consagrada por el uso reciente la expresión *jus in re*: "Yo no tengo ninguna intención de negar" —precisa él— (*non sum hujus animi*)— que ahora que todas estas nociones han sido introducidas por los canonistas y recibidas por la Escolástica, el *dominium* deba ser tratado como *jus in re*. La controversia que nos enfrenta no es, pues, sobre el fondo mismo de las cosas, sino solamente sobre el uso romano¹³. El único verdadero reproche que dirigen contra Grotius sus adversarios, se refiere a la novedad de su definición. Hacer de *jus* el derecho subjetivo puede ser oportuno, pero va contra la tradición de los jurisconsultos romanos.

Acerca de este preciso punto (como a menudo sucede en esta clase de polémicas) no hay verdadero desacuerdo. El mismo Grotius, ¿no tuvo acaso el cuidado de advertirnos que estaba consciente de innovar? Esta facultad (el derecho subjetivo) de la que estamos tratando, dice él, los juristas romanos la designaron con la expresión "lo suyo"; nosotros, en adelante, la llamaremos "*jus*"¹⁴. Lo mismo se observa en la mayoría de sus discípulos: si Graswinckel, más grotiano que Grotius, emprende torpemente la justificación del lenguaje de su maestro por el uso romano¹⁵, Boecler no recurre más que a los precedentes escolásticos¹⁶. Pufendorf usa una fórmula análoga a aquella de Grotius: "Así como la mayoría de las otras clases de poder tienen un nombre particular, a esta cualidad, en virtud de la cual se concibe que nos sea debida alguna cosa, nosotros hemos encontrado apropiado asignarle, de una manera particular, la palabra "*jus*"¹⁷. Thomasius se re-

¹³ Op. cit. en n. 9, cap. 14: "*De re ipsa nihil inter nos controversias sed de usu vocabulorum apud antiquos*" [Acerca de la cosa misma ninguna controversia hay entre nosotros, y ella versa tan sólo sobre el uso de las palabras entre los antiguos].

¹⁴ Vid. Supra n. 1.

¹⁵ GRASWINCKEL, *Stricturae ad censuram*; DE FELDE, *Ad libros Hugonis Grotii* (1654). Esta dúplica de Graswinckel es, por otra parte, extremadamente débil.

¹⁶ BOECLER, *In H. Grotii... commentatio* (1663), p. 79 ss., luego de referirse a Cassendi y Hugo De Roy (que no pueden haber influido en Grotius), recuerda la doctrina de la Escolástica tardía. Discute bastante pobremente las objeciones de Jean De Felde.

¹⁷ PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, lib. 1, cap. 1, párr. 20 (trad. Barbeyrac) (éd. Bale, 1771, p. 20). Pufendorf estaba bastante consciente de ciertas discordancias entre la nueva definición y el uso tradicional: *ibid.*, p. 20: "Hay todavía que destacar aquí que ordinariamente se sitúa en el rango de los derechos a cosas en las cuales, hablando exactamente, entra un poder y un derecho propiamente dicho, pero que incluyen al mismo tiempo algunas obligaciones, cierto honor u otra cosa parecida. Ej., el derecho de burguesía o *jus civitatis*...".

fiere al "*stylum Grotii*", considerándolo como una manifestación de originalidad¹⁸, y Feltmann, en la embriaguez de su polémica con Huber, entona un himno en versos latinos de alabanza a la novedad¹⁹.

Que el lector no vaya a menospreciar esta vieja querrela de sabios, que perturba la paz de las escuelas a todo lo largo del siglo XVII. Si nosotros la hemos relatado en detalle, no es porque sintamos gusto por esta clase de controversias. Pero ella es muy instructiva, nos obliga a ciertas verificaciones inesperadas, revela un inmenso problema.

Las afirmaciones de Grotius y de sus adversarios entorpecen ciertas creencias tradicionales. ¿Es posible que a comienzos del siglo XVII haya sido tan novedoso reconocer la acepción subjetiva de *jus*? Nociones tales como las de derecho real, derecho personal, derecho de propiedad (que suponen recibido el concepto de derecho subjetivo), que han llegado a ser para nosotros tan familiares, ¿tendrán ellas un origen reciente? La más extendida noción de nuestra técnica jurídica (que reposa sobre aquellos conceptos), la visión subjetiva de nuestra Ciencia jurídica, todo ello, ¿será moderno y no romano? Grotius, Pufendorf, Thomasius, Feltmann, De Felde, Boecler, Huber parecen hacernos una confesión.

Es verdad que podría incurrirse en la tentación de no conceder credibilidad a estos autores, antaño tan ilustres y hoy día tan poco leídos. Cuando ellos nos hacen oír verdades tan sorprendentes, una solución sería la de acusarles de ignorancia, a menos que una tentativa de verificación nos obligue a tornar el reproche contra nuestros propios prejuicios. Ciertamente, no es necesario hacer una investigación completa. El examen de las definiciones dejadas por los teóricos del Derecho romano clásico, del de la Edad Media y del de principios de la Edad Moderna más algunos sondeos practicados en el lenguaje de los prácticos, acaso nos permitirán juzgar si se puede afirmar que a principios del s. XVII se ha producido en la Historia del pensamiento jurídico una tan importante *cisura*.

¹⁸ Vid. supra n. 4.

¹⁹ FELTMANN cit. en n. 5, p. 221: "*Noncano prisca, Nova enim pariter praesantiora - Jucenis est Jupiter qui regnat - Olim Saturnus imperabat*" [No canto a las cosas antiguas. Pues a la vez más excelentes son las nuevas - Joven es Júpiter que ahora reina - En otro tiempo imperaba Saturno].

II. LAS DEFINICIONES ROMANAS

1. DIGESTO I, *De iustitia et iure*

Los romanistas no nos han dado aún la historia semántica del término *ius*. Los principales autores de diccionarios aparecidos hasta el presente, parecen contentarse con clasificar sus fichas bajo los diferentes sentidos modernos de la palabra: así, Heumann-Seckel, cuyo artículo se divide, de un modo general, en sentido objetivo (regla-ley) y subjetivo (facultad); pero los ejemplos que trae cuadran mal con las rúbricas.

En defecto de soluciones seguras y definitivas, un método de aproximación, si bien terriblemente burdo aunque no tan desprovisto de valor como se le podría imaginar, sería el de aproximarnos a las definiciones romanas. No por haber utilizado menos fichas que Heumann-Seckel, Ulpiano o Paulo estaban seriamente informados del sentido que ellos querían dar a *ius*; es posible recurrir a su sentimiento, a condición de usarlo con precaución.

A despecho de ese prejuicio tan extendido, de que los romanos habrían olvidado la teoría, sus definiciones generales son suficientemente numerosas. Se sabe que los compiladores del Digesto reunieron en el título I (*De iustitia et iure*) lo sustancial de las introducciones a los manuales de la época clásica. La serie de definiciones que se puede esperar de autores a los cuales este género era familiar²⁰, está presente en ese sitio: aquélla de Ulpiano para la etimología (*ius de iustitia*: D. 1. 1. 1. pr.); aquélla tan célebre de Celso (*ars boni et aequi* [arte de lo bueno y equitativo]: D. 1. 1. 1. pr.), y también el pequeño y sumario tratado de Paulo acerca de los varios sentidos de la palabra *ius* (*ius pluribus modis dicitur*)²¹.

²⁰ Vid VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain* (Paris 1945), p. 64 - 81.

²¹ D. 1. 1. 11: "*Ius pluribus modis dicitur; uno modo id quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale, altero modo quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est civile nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Praetor quoque jus reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione jus dicitur locus in quo jus redditur, appellatione collata ab eo quod fit in loco ubi fit. . .*" D. 1. 1. 12 (Marciano, 2 instit.): "*Nonnumquam jus etiam pro necessitudine dicimus veluti "est mihi ius cognationis vel adfinitatis"* [La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que es siempre justo y bueno, como es el Derecho natural, otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el Derecho civil; y no con menos razón se llama Derecho, en nuestra ciudad, al Derecho honorario. Se dice tam-

[Derecho se entiende de varias maneras]: D. 1. 1. 11). En la Edad Media, los glosadores comentaron extensamente estos textos, materia de elección para sus trabajos de Escuela; muy en especial, el de Paulo (*ius pluribus modis*) que proporcionaba la ocasión para una síntesis.

Bien entendida, esta serie de definiciones no debe tener acogida entre nosotros sino con reservas. Ellas trasuntan la influencia de la Filosofía griega, y puede ser que en su mayoría sean definiciones, más que de la palabra latina *ius*, de la palabra griega *dikaion* [lo justo - el Derecho], y antes que del Derecho de los prácticos romanos, del Derecho natural *grato a los griegos* (del Derecho derivado de la Justicia, del *aequum et bonum* [equitativo y bueno], de la *aequitas constituta* [equidad establecida]).

Si nosotros aspiráramos a descubrir ahí el sentido de la palabra *ius*, válido para el tiempo de las XII Tablas, estas tardías fórmulas no tendrían ninguna seguridad; pero dejaremos esa tarea a los especialistas (y sin duda descubrirán ellos algunos significados de esta palabra más alejados aún del moderno). Se trata aquí del lenguaje de la Jurisprudencia clásica. Hacia la época clásica, la Filosofía griega, es decir, la cultura general de la Antigüedad, de ninguna manera un arte de especialistas, ha penetrado íntimamente el pensamiento romano. En el resto, ninguna razón hay para recusar un testimonio firmado por Paulo, Ulpiano o Celso. Si las definiciones de que se trata tienen mucho de Aristóteles y de sus sucesores, ellas no han entrado en el sistema del Derecho romano si no es por la voluntad de sus constructores. Esta introducción al *Corpus Juris Civilis* (el primer título del Digesto) presenta un contraste notable con los capítulos preliminares (o partes generales) de los modernos tratados de Derecho. Estos últimos no dejan jamás de mencionar el sentido subjetivo de la palabra *jus*, y mientras en los siglos XVII y XVIII éste se hace a menudo (tal como en Pufendorf, Thomasius o Feltmann)

bién que el pretor aplica el Derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, claro está, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que el pretor debería hacer. Se llama Derecho, en otro sentido, al lugar en que se aplica el Derecho, dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace. . . D. 1. 1. 12: Algunas veces también empleamos la palabra derecho en la acepción de parentesco, como al decir "tengo derecho de cognación o afinidad". Esta misma concepción del sentido fundamental de *ius* (aquello que es justo en virtud de diversas fuentes) se encuentra representada en las varias definiciones de los Derechos natural, de gentes y civil, en D. 1. 1. 1. 6, en Inst. 1. 1; 1. 2, etc. Ella no parece haberse alejado de aquella, familiar a Cicerón, de la *aequitas constituta* [equidad constituida].

el primer o principal sentido de la palabra²², la teoría romana omite completamente decirnos que *ius* puede significar derecho subjetivo. Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el Digesto, relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la Justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales)²³, y después, un pequeño número de sentidos derivados (el Arte de lo justo, el lugar en donde se pronuncia lo justo, accesoriamente, el vínculo de parentesco). Se podría también suponer, lo que es improbable²⁴, una omisión debida a los compiladores. Mas, por el contrario, la mayoría de los glosadores, comentando el texto de Paulo (*ius pluribus modis dicitur*) pusieron de manifiesto su pretensión de ser exhaustivo. Ellos señalan que *ius* aun puede significar ley, acción, cosa incorporal... ¿y qué más? *Ius quoque appellatur cibus delicatior* [Derecho es también llamado el manjar más delicado], tenían ellos la costumbre de señalar, para sazonar esta seca enumeración. Pero estos excelentes concedores del texto romano no mencionan que *ius* tenga el sentido de derecho subjetivo²⁵.

²² Vid. supra, p. 26.

²³ Vid supra n. 21. Se notará que este significado antiguo de la palabra *ius* no encuentra su exacto correspondiente en nuestro actual sistema de pensamiento. Para nosotros, el término derecho evoca, sea el significado objetivo, la ley, sea el derecho subjetivo, pero no normalmente lo justo (*aequum, bonum aut utile* [lo equitativo, lo bueno o lo útil]). La doctrina expresada por Paulo, Ulpiano o Cayo corresponde a aquella de Aristóteles, cuando define lo justo; o a aquella de Santo Tomás cuando trata del significado del término *jus* (vid. infra n. 25).

²⁴ El Bajo Imperio es, en efecto, una época de progreso de la idea de derecho subjetivo (vid. nuestro estudio sobre *Le "jus in re" du droit romain classique au droit moderne, en Conférences faites à l'Institut de Droit Romain* (París, 1950) 6, p. 188, 196) [vid. infra p. 126-134]. Parece muy improbable, pues, que Justiniano haya en este punto mutilado la doctrina clásica.

²⁵ La *Glossa Ordinaria* de Acursio a D. I. 1. 11 no agrega nada a la doctrina de Paulo. Más ricos son: el Tratado de Azo (comentario al *principium* de las Instituciones) en donde se enumeran quince significados distintos (cfr., sin embargo, infra n. 51); el de las *Quaestiones de juris subtilitate* (ed. Fitting), p. 54: *aequitas constituta* [equidad constituida]; *ars boni et aequi* [arte de lo bueno y equitativo]; *locus in quo fit* [lugar en que se ejerce]; *necessitudo* [vínculo de parentesco]; *constitutio pertinens ad aequitatem* [lo que constituido pertenece a la equidad]; *cognatio* [parentesco de sangre]; el de la *Summa de varietatibus actionum*, de Placentino (ed. Pescatore), p. 8: *juris ratio* [medida del Derecho]; *constitutio* [constitución]; *cibus delicatior* [el más delicado manjar]. Bartolo, Baldo y Paulo de Castro, en sus comentarios a D. I. 1. 11, no mencionan el sentido subjetivo. La misma laguna se encuentra en el *Decretum* de Graciano. Señalemos todavía los rápidos trazos del tratado de Santo Tomás,

Ciertamente, todo esto no es suficiente para nuestra prueba, pues el inventor de una definición no podría pretender incluir en ella todos los sentidos y matices sutiles que el vulgo atribuye a una palabra; un término de uso tan frecuente es susceptible de recibir, en el lenguaje corriente, una infinidad de acepciones, y la definición teórica no podría hacer mención de todas. A lo más, debería ella esforzarse por describir los principales significados, de los cuales derivan, a los cuales se remiten las acepciones menos importantes. Del hecho de que la exposición teórica del *Corpus juris* no contenga la acepción subjetiva de Derecho, nosotros no debemos concluir su total inexistencia. Pero sí, que llevamos cierta razón al suponer que dicha acepción no tendría sino un lugar muy secundario y que ella no se afirma con suficiente nitidez. ¿Se puede entonces afirmar que una noción haya salido del limbo, tanto, que en ninguna parte está conscientemente dilucidada?

2. ALGUNAS TRADUCCIONES RUTINARIAS

Tal es exactamente la paradoja a la cual ya nos hemos visto conducidos por una vía muy diferente, partiendo del estudio del plan de las Instituciones. Pero nos es necesario hacer frente a algunas obstinadas reservas y críticas emanadas de romanistas puros²⁶, que lueven sobre nuestra cabeza. ¿Qué necesidad hay de recurrir a métodos tan complicados, nos hacen notar; qué necesidad de ventilar la quintaesencia de los sistemas romanos (o de acumular definiciones escolásticas), cuan-

IIa. Hac. q. 57 a. 1 ad 1: "*Hoc nomen primo impositum est ad significandam ipsam rem justam; postea autem derivatum est ad artem quae cognoscitur quid sit justum; et ulterius ad significandum locum in quo jus redditur...*, et ulterius dicitur etiam jus quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet justitiam facere licet etiam id quod decernit sit iniustum" [El vocablo Derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó hasta denominar el Arte con que se discierne qué es lo justo; después, hasta designar el lugar donde se administra el Derecho... , finalmente también se llama Derecho a la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva resulte inicuo]. Esta es exactamente la doctrina de Paulo, Cfr. todavía la definición de DANTE, *De Monarchia* 2. 5: "*Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio*" [Derecho es la proporción real y personal de un hombre hacia otro]. Aquí continúa prevaleciendo la misma concepción objetiva. La traducción de *jus* por "*droit*" en francés vulgar (*Recht-right*) confirma plenamente nuestra tesis. *Droit* implica conformidad a una línea preestablecida, y traduce indiferentemente a *jus* y *justum*. "*Droiture*" ["Derechura", "rectitud"] denota el estatuto de los particulares (cfr. las traducciones francesas del Digesto B.N. ms. 20. 118, fol. 3 V; ms. 495 fol. 1, del s. XIII; ms. 197, del s. XIV).

²⁶ PUGLIESE, "*Res corporales*", "*res incorporales*" e il problema del diritto soggettivo, en *Studi Arangio-Ruiz* 3, p. 244 ss. Nosotros estamos un poco sorprendidos por la tesis que Pugliese nos atribuye en este artículo.

do tenemos textos en abundancia? En Roma, ¿no se habla a cada instante de *ius utendi*, es decir, del derecho subjetivo de utilizar tal o cual cosa? ¿de los *iura eundi* [derechos de pasar], *agendi* [de actuar], *altius tollendi* [de sobre-elevar] o *respondendi* [de dar respuestas jurídicas]? La Justicia, ¿no está ella misma definida, en el primer título del Digesto, como la virtud consistente en atribuir a cada uno su derecho subjetivo - *ius suum cuique tribuendi*? El litigante, ¿no afirma acaso que él procede *suo iure* [por su derecho]? El heredero, ¿qué sucede *iure difuncti* [en el derecho del difunto]?, etc.

Estamos pesarosos de no poder emprender la tarea, propiamente infinita, de examinar uno por uno todos estos textos que se nos oponen, en tan gran número, que se omite investigar su significado preciso. Pero una observación: la traducción, desde el punto de vista que nos ocupa, no es tan fácil como se cree a primera vista, es decir, antes de haber visto y comprendido el tema de la discusión. No hay traducción perfecta que no implique cierta traición; nosotros tenemos el hábito de otorgar a las palabras romanas el sentido involucrado en los términos del vocabulario moderno, los cuales no les son enteramente adecuados, sino desde ciertos puntos de vista. No seamos, pues, cándidos. Un simple ejemplo: cuando Gai. 2. 12 ss. procede a la enumeración de las diversas especies de *iura* (*ius eundi* [derecho de pasar], *ius altius tollendi* [derecho de sobre-elevar], *stillicidium avertendi* [derecho de desviar las aguas-lluvia]), nos tentamos, por hábito, de entender: derecho (subjetivo) de pasar por el campo del vecino, derecho de sobre-elevar la casa, de rehusar acceso a la aguas-lluvia. Pero cuando la lista prosigue con la mención del *ius non altius tollendi* [derecho de no sobre-elevar], *stillicidium non avertendi* [derecho de no desviar las aguas-lluvia] (cfr. D. 8.2.2.) llega a ser claro que nuestra traducción inicial era incompleta: el dueño del fundo sirviente no tiene el derecho (facultad activa), sino que la obligación pasiva de no sobre-elevar su casa (*non altius tollendi*) o de dejar escurrir las aguas-lluvia (*stillicidium non avertendi*). Derecho de ser sometido a una obligación, esto no tiene ningún sentido. El *ius* es una institución que puede importar tanto cargas como ventajas. Nosotros traducimos *ius* por derecho, pero sólo por facilidad²⁷.

²⁷ El verdadero sentido de *ius* en expresiones similares es aquel que Gayo mismo tiene el cuidado al indicarnos: "*res incorporales = res quae iure consistunt*" [cosas incorporales = cosas que existen por el Derecho]; ellas se de-

De la misma manera, estamos tentados de traducir *ius utendi* por facultad, poder, derecho subjetivo de usar tal o cual cosa. Pero he aquí que los textos romanos nos advierten que este *ius utendi* no pertenece al titular de la plena propiedad no dividida, el cual tiene, sin ninguna duda, la facultad de usar la cosa. "*Uti frui ius sibi esse... dominus... fundo non potest intendere*" (D. 7. 6.5. pr) [El dueño... no puede pretender tener en el fundo... el derecho de usar y aprovechar los frutos...]. Aquí también nuestra traducción es falsa. La expresión latina evoca en el espíritu de los romanos la institución del usufructo, no la idea general de poder o de facultad²⁸.

Más aún: es verdad que Ulpiano, recogiendo en sus Instituciones (si la inscripción del Digesto es exacta) una fórmula familiar a los filósofos griegos, define la Justicia (distributiva) como la virtud cuyo carácter específico es atribuir a cada persona su *ius*: "*ius suum cuique tribuere*" (D. 1. 1. 10. pr). ¿No tenemos aquí la noción misma de derecho subjetivo? Sí, pero en virtud de una traducción aparente y mecánica. No, después que, ayudándose de los modelos griegos y ciceronianos, uno se esfuerza en estrujar un poco el sentido del texto. Inspirémosnos también en los excelentes comentarios de los glosadores²⁹. Atribuir a cada uno su *ius*, es, por ejemplo, aplicar al delincuente la pena que merece en proporción a su crimen; dar una bofetada por una bofetada; imponer la pena de

signan con la palabra *ius*, dicen nuestros antiguos autores, "*quia per ius substantiantur, creantur et nominantur*" [porque el derecho les da su sustancia, las crea y las denomina] (Jean FABRE, *ad Inst.* 2. 4). Se trata de cosas, de instituciones que deben una existencia artificial gracias a la invención de los juristas, a diferencia de las cosas corporales (tal como un fundo), que existen por la naturaleza. Sobre todos esos puntos, y especialmente sobre la traducción correcta del gerundio, nos permitimos remitirnos a nuestros dos artículos: *L'idée du droit sujetif et les systèmes juridiques romains*, en RHD. 24-25 (1946-1947), p. 215 ss. [infra p. 71 ss.]; *Du sens de l'expression "ius in re" en droit romain classique*, en RIDA. 3 (1919), p. 428 ss. [infra p. 99]. Ahí se discuten otros ejemplos (*ius altius tollendi*; *prohibendi*, etc.).

²⁸ Vid. VILLEY, en RHD. 24-25 (1946-1947), p. 218 [infra p. 93].

²⁹ Sobre la historia de este texto, debe consultarse particularmente a KANTOROWICZ, *Glossators*, p. 59 ss. Nosotros no podemos seguir a dicho autor en su esfuerzo por demostrar la interpolación de *ius*: la versión del *Auctor ad Herennium* ya incluía esa palabra: *ius unicuique tribuens* [la que atribuye a cada uno su Derecho]. Sigue en pie aunque esa palabra ha intrigado vivamente a los glosadores, porque ella parece implicar una anterioridad del *ius* en relación con la Justicia: así, ellos corrigen en *cuique tribuens suum meritum* [la que atribuye a cada uno su merecido] o, curiosamente, relacionan *suum* con Justicia: *suum ius, id est iustitiae* [su derecho, esto es, de la justicia]: la Justicia da a cada uno la posición que ella misma le ha fijado.

muerte por la herejía. *Jus* es ahí, dicen ellos, el equivalente de *meritum* [lo merecido]; la Justicia da a cada uno lo que cada uno merece, o simplemente, como establece otra tradición, a cada uno lo suyo "*suum tribuens*" [que atribuye lo suyo]; "*suam dignitatem*" [su dignidad], escribía Cicerón; *axian*, según los griegos³⁰. A cada uno, pues, el estatuto, la condición que le conviene.

Así existen el *ius actoris* [derecho del demandante], *actoris* [del que autoriza], *defuncti* [del difunto], *venditoris* [del vendedor], etc.³¹, y también (pues en esta perspectiva tanto las cosas como las personas tienen un estatuto jurídico) el *ius* atribuido a los fundos (*ius fundi* [el derecho de la finca], *iura praediorum*³² [derechos de los predios = servidumbres]) o a tal o cual otro objeto. Puede ser que tales ejemplos resulten también aptos para hacernos coger la significación objetiva del término romano. Si el *ius* es aquello que es justo (objetivamente), hay un justo de cada cosa y de cada persona: precisamente, el estatuto jurídico, el lugar preciso que en el orden general la Justicia da a cada uno, el cual no consiste del todo en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros llamamos derecho.

¿Qué se nos objetará aún? Que nuestros manuales de Derecho romano tratan a su placer de derechos reales y personales, de la capacidad de ejercicio, de la transferencia de derechos, de su sanción o que definen la pretendida naturaleza de los derechos de crédito o de propiedad (quiritario, pretoriano o peregrino) como si se tratara de nociones romanas. Pero no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término *ius*. Así como recordaban Jean De Felde y Huber, Gayo o p u s o

³⁰ Textos reunidos en SENN, *De la Justice et du Droit* (1927), p. 8 ss. El término griego *axian* significaría, según Bailly, "valor", "precio justo", "recompensa" o "castigo justamente merecido", "condición particular".

³¹ Vid. nuestro artículo en RIDA. 3 (1949), p. 424 n. 26 [infra p. 108 n. 26]. Citemos aun la observación de Pufendorf relativa al *ius civilitatis* (supra n. 17): el derecho de ciudadanía no sólo lleva consigo ventajas, facultades (como el derecho en sentido estricto, de la definición moderna), sino también cargas, honores; es un *status* y no un poder.

³² Vid. VILLEY, en RIDA. 3 (1949), p. 427-432 [infra p. 111-116]. Nos inclinamos a pensar que tal es el origen de la palabra para designar las servidumbres: los *iura praediorum* habrían designado el *status* jurídico de las fincas (Celsus, D. 50. 16. 86), antes de significar más precisamente servidumbres prediales.

la situación de aquel que se beneficia con un *ius* (o cosa incorporal instituida por los juristas) a aquella del propietario (de una cosa que existe por la naturaleza): *sive dominus, sive is qui ius habet* [sea el dueño sea aquel que tiene un derecho] (D. 39. 2.19)³³.

Pero nuestro propósito no es el de hacer un diccionario, y no pretendemos haber expuesto todos los sentidos, sin duda extremadamente diversos (el uso de las palabras no tiene por qué plegarse a la lógica) que la práctica da al término *ius*. El vocabulario arcaico y el de los autores literarios han sido deliberadamente dejados de lado en esta investigación. Podría suceder que en tal o cual autor, que en tal caso particular, la palabra *ius* sirva para designar una cierta clase de poder³⁴. Lo que nos sorprendería es que se nos aportara la prueba de que en el sistema de los clásicos, el término hubiera alguna vez recubierto, en su comprensión exacta y en su precisa extensión, la noción de derecho subjetivo, la noción general de "facultad de hacer o tener cualquier cosa". ¡Entonces, se diría que los casos de aplicación son muy raros! ¡Entonces, se diría que la propiedad, el derecho de crédito están excluidos del campo de los *iura*! ¡Entonces, debe decirse que habiendo tan numerosos casos así, la traducción de *ius* por derecho se revela como un contrasentido!

3. ALGUNOS POSTULADOS DE LA ANTIGUA CIENCIA JURÍDICA

Este fenómeno verdaderamente extraño y digno de ser un poco meditado —la ausencia en el Derecho romano clásico de una de las nociones esenciales del Derecho moderno—, ¿encontrará alguna explicación plausible? La que nosotros proponemos parecerá bien hipotética, y es así como la presentamos.

Aunque la moda actual no le sea favorable, una de las llaves de la Historia del Derecho está en la Historia de la Fi-

³³ Vid. VILLEY, en RIDA. 3 (1949), 421 ss. [infra, p. 105 ss.].

³⁴ En los orígenes de la Historia Romana, ¿no implicaba *ius* alguna idea de poder mágico? En ciertas leyes de fines de la República, la palabra *ius* unida a *potestas*, ¿no evocaba la idea de autoridad pública? Una tradición romana, ¿no hacía derivar la palabra *ius*, no de *iustitia* sino de *tubere* [mandar]? Los textos literarios, ¿no revelan desde la época de Cicerón deformaciones análogas a las señaladas un poco más adelante (vid. n. 51)? Puede que la respuesta a estas preguntas resulte afirmativa, pero aquélla que la respuesta general para nuestro tema. De tales datos no se seguiría, en efecto, que la noción general de facultad, de derecho subjetivo haya sido el origen de la noción de *ius*, y todo, que esa noción haya penetrado en la ciencia jurídica romana, es decir, en el sistema de principios básicos.

lososofía. Los postulados fundamentales de los diversos sistemas científicos (aquellos que los sabios no sienten la necesidad de expresar porque forman parte de la creencia común de su tiempo), esos postulados apenas conscientes, pueden mostrárenos con la lectura de los filósofos. Nos parece que existe un íntimo parentesco entre la Ciencia romana del Derecho y las doctrinas políticas dominantes de la Filosofía griega. Aristóteles y Platón, porque son esencialmente filósofos políticos (cosa que no son los estoicos), serán los primeros en ser aquí considerados. Sin entrar de ninguna manera en el detalle de sus doctrinas, reflexionemos sobre esta simple creencia, claramente expuesta por ellos (y sin duda retrasmítida también por otras sectas), de que un orden, una armonía, un justo universal reinarian sobre el universo tanto humano como físico, como nosotros decimos³⁵; que en este todo naturalmente armonioso, cada parte, cada cual y cada cosa encuentran su lugar bien fijado por el gran plan de la Naturaleza, como si estuviese diseñado de antemano en el proyecto de un arquitecto. Tal es la concepción antigua, a nuestro juicio, la más clásica y por largo tiempo la más influyente, del Derecho natural: cualquiera que sea el papel de los hombres en el descubrimiento de las leyes y en la redacción particularmente convencional de éstas, un inmenso sistema de Derecho nos ha sido dado por la naturaleza³⁶. Existe o b j e t i v a m e n t e un Derecho, un justo, un equitativo. Nada más objetivo que el *dikaion* [lo justo - el Derecho] de Aristóteles ("conformidad a las leyes, o al número, a la igualdad, a la armonía") (aunque haya que desconfiar aquí de las traducciones francesas de la *Ética*)³⁷.

No es que esta Filosofía haya resultado, incluso inconscientemente, compartida por el conjunto de los artifices del Derecho romano; y menos aún que creamos que ella haya podido corresponder a la mentalidad romana de los tiempos arcaicos (más religiosa que metafísica). Pero la concepción grie-

³⁵ Para Aristóteles, la Sociedad misma es natural, es decir física. No se observa, en tal doctrina, el abismo hoy día existente entre las leyes llamadas naturales y aquellas del orden jurídico.

³⁶ Una exposición menos reducida y referencias, en nuestros artículos: *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, en *RHD*, 31 (1953), p. 475 ss.; *Logique d'Aristote et droit romain*, en *RHD*, 29 (1951), p. 309 ss.

³⁷ ARISTÓTELES, *Ética* I. 5. 1129 ss. Las traducciones de Thurot y Lachance (*Le concept de droit chez Saint Thomas et Aristote*, p. 209 ss.) a menudo hablan de derecho subjetivo; pero nada de tal existe si uno se remonta al texto griego o a las traducciones literales.

ga de las Ciencias sociales ha impregnado precisamente a aquellos juristas a quienes su cultura helénica les inspiraba el deseo de dar al Derecho una forma científica. Como se ha dicho en otra parte³⁸, de la Filosofía social que había descrito un Aristóteles parece haber obtenido sus principios la nueva Ciencia. La creencia en una Sociedad naturalmente existente, naturalmente organizada (a despecho de la influencia parcialmente opuesta del Estoicismo), ¿no sería ella el primer dato sobre el cual fue construido el Derecho? El sueño de un orden equitativo, en donde cada cosa encuentra su lugar justo, más o menos conscientemente, ¿no es acaso el término de los esfuerzos de los jurisprudentes? "*Sit ergo in iure civili finis hic... aequabilitatis conservatio*" [Sea, por tanto, el fin del Derecho civil la conservación de la equidad], expone con perfecta claridad Cicerón, resumiendo su método de reducción del Derecho a Ciencia (*de iure in artem redigendo*)³⁹. Ciertamente, la materia se muestra a menudo rebelde; el contenido del Derecho romano no se presta siempre a esta puesta en forma⁴⁰. Pero el método, los principios del plan y de la construcción teórica, ¿cómo no habrían

³⁸ En los dos artículos de la *RHD*, citados precedentemente (n. 36) hemos expuesto nuestras razones para pensar que la influencia del Estoicismo sobre la Jurisprudencia romana fue más literal que profunda: porque el Estoicismo puro no es una doctrina política ni jurídica, sino más bien moral; y porque los autores del Estoicismo medio parecen haber acogido, por eclecticismo, una buena parte de la doctrina de Aristóteles. La noción de *ius gentium*, tan importante para los teóricos del Derecho romano, nos ha parecido un producto de ese eclecticismo. Permanece en pie, sin embargo, que la tesis estoica del origen histórico de la Sociedad está representado en el Digesto (particularmente, en D. I. 1. 4, 5); no se podrá, pues, pretender que el espíritu aristotélico impregne íntegramente las teorías romanas. Nosotros creemos poder solamente decir que él las domina.

³⁹ CICERÓN, *de Oratore* I.188. Se sabe que en este texto célebre Cicerón estudia la manera de hacer del Derecho una Ciencia comparable a la de los griegos: el primer punto debía ser definir el objeto del nuevo Arte, como aquel de la Medicina o de la Retórica, por su finalidad, de donde la definición inicial reproducida en el texto. Cfr. nuestras *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, p. 15 ss.

⁴⁰ La tesis desarrollada especialmente por HÄGERSTROM, *Der römische Obligationbegriff* (1927), según la cual una de las grandes nociones del Derecho romano de la época arcaica es aquella de potestad mágica del hombre sobre las cosas o sobre otros hombres, nos parece extremadamente seductora. Nociones concretas, tales como las de dominio o potestad, han espontáneamente podido llevar a la categoría general de derecho subjetivo (bajo la cual debían más tarde ordenarse). Pero el filósofo sueco reconoce que la "racionalización" posterior del Derecho (una vez sobrepasado el estado mágico) se ha llevado a cabo según otra visión; en una obra como las Instituciones de Gayo, la *patria potestas* o el *dominium* no están estudiados en sí mismos (Cfr. *RHD*, (1950), p. 28); El *ius* que han construido los clásicos fue una cosa distinta a una teoría de los derechos individuales.

de haber sido pedidos prestado por los creadores de la Ciencia jurídica romana a las tendencias directrices de la cultura de su tiempo?

Así, la Jurisprudencia romana (en tanto se pueda abstraer sus tendencias medias) tiene una gran diferencia con la Ciencia jurídica moderna, ya que aquélla no parece dispuesta a darse como regla y fin supremos el interés de los particulares⁴¹. Si esto no fuera llevar muy lejos la paradoja, nosotros diríamos que ella no tiene conciencia, a despecho de un axioma romano⁴², de perseguir el interés de los hombres. Así como nosotros, no hace mucho, hemos creído poder inferirlo del examen de las Instituciones⁴³ (tipo de obra científica en el sentido antiguo de la palabra), la Ciencia jurídica romana no se presenta como la Ciencia de los derechos de cada uno. Y no es por azar, ni menos aún por ineptitud para los trabajos de pura teoría, el que ella deje de clasificar los derechos en categorías de conjunto (derechos reales, personales, etc.) y de definir los más importantes de entre ellos (el derecho de propiedad, el de crédito). Su esfuerzo, en cambio, nos parece tender a la descripción de un orden. Sacerdotiza de una Justicia objetiva (*justitiam namque colimus* [pues rendimos culto a la Justicia]), como la describía Ulpiano en sus grandes tratados didácticos, la Jurisprudencia tiene por misión el estudio de las cosas (*rerum notitia*) y, más precisamente, de lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*); ella examina aquello que cada cosa debería ser en un mundo justo y ordenado, su estatuto, su condición propia (*ius suum*)⁴⁴, su lugar en el todo.

41 Se trata de una simple diferencia de visión científica y no ciertamente de una superioridad moral. Rendir culto a la Justicia (Ulpiano, D. I. I. 1: "*justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur*" [rendimos culto a la Justicia y profesamos el saber de lo bueno y equitativo] no exige del teórico más desinterés que el estudio de los derechos subjetivos del individuo. Sin contar que el servicio del interés de los particulares también busca alejarse en este sistema de pensamiento.

42 D. I. 5. 2: "*Cum hominum causa omne ius constitutum sit* [como todo Derecho se ha constituido por causa de los hombres]. Aunque nosotros ignoremos el alcance que Hermogeniano quiso dar a este axioma judicial, podemos tentarnos de ver en él las premisas del espíritu moderno.

43 VILLEY, en *RHD*. 24-25 (1946-1947), p. 205 ss. [infra p. 76 ss.].

44 D. I. I. 1. 1. (Ulpianus, 1 *Institutionum*): "*Cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus...*" [en razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la Justicia...], etc. D. I. 1. 10 (1 *Regularum*): "*Justitia est... voluntas ius suum quique tribuendi... iuris prudentia est dicinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*" [La Justicia es la voluntad de atribuir a cada uno su derecho... la Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la Ciencia de lo justo y de lo injusto].

Para Aristóteles, la tarea misma de las Ciencias sociales era el descubrir la esencia, el fin, el estatuto de las cosas según la naturaleza⁴⁵. El término de este descubrimiento es un universo armonioso.

Notemos aquí cuánta flexibilidad y cuánta riqueza estética (ciertamente excesiva a nuestros ojos modernos) debe la Ciencia jurídica romana a tales principios. Porque ella no ha sido paralizada por la creencia de que cada Hombre tiene derechos y que lo esencial es confirmarlos; más libremente que nosotros, ella supo oponer los roles radicalmente distintos que tienen sobre la escena jurídica ciudadanos, latinos o peregrinos, y padres, hijos, esposas o esclavos. Se sueña (de lejos) al Platón de *La República*, que construía su ciudad perfecta, en donde juegan hombre y clases sociales, del mismo modo en que un arquitecto trabaja con materiales inanimados (para nosotros, modernos, la existencia de ese atributo común que llamamos personalidad destruye los contrastes). Mejor que nosotros, los romanos se mueven con agilidad entre los diversos estatutos de las cosas: entre las condiciones tan profundamente disímiles de las cosas religiosas y de las cosas de Derecho humano, de las cosas públicas y privadas, de tal fondo africano o de tal otra tierra romana. Está muy lejos de ellos la molesta noción de que sobre bienes tan diversos existe un único derecho de propiedad, definido de una vez y para siempre⁴⁶. Mirando el panorama, a veces un poco monótono, de nuestro moderno Derecho de cosas, ¡qué paleta multicolor!

Pero en verdad, esta amplitud que una visión inhumana de las cosas confiere a la ciencia romana, no es salvaguardada por nuestras modernas exposiciones de Derecho romano, porque ellas trasladan los textos antiguos a un lenguaje moderno; porque el secreto y los principios de la antigua Ciencia objetiva están hoy día perdidos y superados.

45 Vid. VILLEY, en *RHD*. ... (1951), 318 ss.

46 ¡Cuántas dificultades tenemos todavía para concebir que las vías férreas nacionales o las usinas Renault tengan un estatuto completamente diferente al de una casa particular!, ¡o que una casa de familia sea tratada de manera diferente a la casa de un individuo! Para hacer entrar estas situaciones tan distintas en el molde preimpuesto del régimen de la propiedad, nosotros estamos obligados de recurrir a la ficción muy artificial de las personas morales; pero el molde nos incomoda. Todo esto frente a qué riqueza y a qué diversidad del *ius rerum* de los romanos, o del Derecho medieval: feudos, alodios, censos, beneficios, muebles, inmuebles, bienes propios, bienes adquiridos, etc., he aquí las grandes categorías del Derecho de cosas de nuestras costumbres, cuya diversidad, más tarde, es quebrada por el lecho de Procusto de la propiedad privada.

III. HACIA LA DEFINICIÓN MODERNA DE DERECHO SUBJETIVO

Este contraste entre dos métodos, entre dos tipos de pensamiento jurídico, lo cogéramos menos imperfectamente (de un modo menos hipotético y menos sumario) si nosotros pudiéramos descubrir en qué momento y sobre todo, bajo qué influencias se ha constituido la noción de derecho subjetivo, porque, a nuestros ojos, tal sería el punto de partida de la Ciencia jurídica moderna.

1. DESLIZAMIENTOS EN EL LENGUAJE VULGAR

No es fácil precisar el momento en que el término *ius* ha comenzado a significar derecho subjetivo. Se recordó que los comentarios a la fórmula de Grotius nos invitaban a buscar sus gérmenes en las deformaciones del lenguaje medieval, antes de que la eclosión se produjese a principios de la Edad Moderna propiamente dicha. A grandes rasgos, esta opinión parece de nuevo verificarse.

Es cierto que la Edad Media ya ha visto delinearse, en este sentido, importantes progresos. Las causas lejanas, y sin duda las más profundas, que más tarde condujeron a la transformación de la Ciencia jurídica, ya entonces pueden ser observadas; puede decirse que el Cristianismo ha revelado el valor del individuo⁴⁷. Pero sobre todo, el orden antiguo, a partir de las grandes invasiones bárbaras, ha caído dislocado, y de esta decadencia de Roma el lenguaje conserva sus huellas⁴⁸; si, por la debilidad del Estado, las fuentes conscientes del Derecho se han agotado, si la anarquía se expande y se manifiesta en el fraccionamiento de los poderes, entonces cada uno reivindica con más energía la situación que tenía en el orden jurídico antiguo. Reyes, señores, clero, pobres agrupados en colectividades, cada uno se aferra a su parte del Derecho del pasado; si la comparación no fuera tan poética, se pensaría en aquellos antiguos templos desahucados, que los romanos de la Edad Media saqueaban para obtener escombros con que

⁴⁷ Un ejemplo característico en la Edad Media es el desarrollo de la categoría jurídica del pobre (*miserabiles personae*): huérfanos, peregrinos, etc.; categorías nuevas, establecidas en función del interés individual y no —como las grandes categorías del Derecho clásico— en función de la situación social. Vid. *Les pauvres et le but du droit*, en *Cahiers du Droit* (1950).

⁴⁸ Vid. VILLEY, artículo cit. en n. 24, p. 196 ss. [infra p. 134 ss.], en donde hemos evocado la historia de la palabra *jus* en la Edad Media.

construir sus casas particulares. Así pues, cada particular exige, afirma su *ius*, y sin duda quiere conseguir de ese *status* nada más que el activo, las ventajas. Los tiempos provocan reivindicaciones apasionadas del individuo, las cuales se hicieron más fuertes aún (e individuales) en el S. XVI, en tiempos de la crisis religiosa, o en la Inglaterra moderna, cuando cada uno defendía su propiedad contra el fisco. Así se produce, pues, el despedazamiento del Derecho en una infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares⁴⁹. Delante de los tribunales se enfrentan los *iura* de las corporaciones y de los individuos.

En este gran fenómeno social podemos ver la causa lejana de la idea de derecho subjetivo. Pero guardémonos de concluir tan directamente la evolución del lenguaje a partir de una nueva situación de hecho. En todo caso, los teóricos de la Edad Media no atestiguan nada acerca de esto. Si el trabajo de los glosadores anuncia numerosas influencias en la formación del lenguaje jurídico moderno⁵⁰, sus tratados sobre el sentido de *jus* no dan aún lugar (que yo sepa) al sentido subjetivo: ya se ha hablado de esto más arriba⁵¹. Ahora bien,

⁴⁹ Vid. CHEVRIER, *L'origine de la distinction du droit public et du droit privé*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1 (1952).

⁵⁰ Hemos intentado descubrir esta invención de un nuevo lenguaje en el artículo cit. en n. 24. El hecho esencial parece ser el de que el proceso exige, para la introducción de la instancia, la *editio* ["notificación"] de la *causa actionis*; la causa de cada acción parece ser, al menos en parte, el *jus* sobre el cual esa acción se funda (¿cómo decir si el significado de la palabra es objetivo o subjetivo?). Los glosadores proceden a amplias investigaciones relativas a la causa en que se basan las acciones, y algunos, no sin dudas, imaginaron dar como causa de la acción *in rem*, un *jus in re* (*in rem* o *reale*) y a la acción *in personam*, un *jus ad rem* (*in personam* o *personale*); estos son los gérmenes, aún inciertos, de las futuras nociones de derechos personal y real. De la misma manera, los glosadores consagran comentarios a las definiciones comparativas del usufructo (D. 7. 1. 1.), de la acción (D. 44. 7. 5.), de la herencia, de las cosas incorporales, *jura* a los cuales es necesario agregar, en ocasiones, la propiedad. Pues el señorío, el censo, la enfiteusis, el beneficio eclesiástico, ¿no son todas cosas incorporales? El círculo de los *jura* se ha extendido inmensamente. Un deslizamiento de sentidos se verá pronto hacia los derechos subjetivos. No habría menos anacronismo en considerar el vocabulario de los derechos subjetivos como constituido ya en la Edad Media. Como prueba de esto tenemos la historia todavía tan compleja de los significados que la palabra "*dominium*" presenta: junto a su sentido restringido, existe un sentido general de derecho subjetivo; también la incertidumbre de la noción de *jus in re*; y, sobre todo, aquella de *jus*.

⁵¹ Supra n. 25. Es verdad que Azo observa, en el decimocuarto y penúltimo lugar, el significado posible de "poder": "*Quandoque ponitur pro potestate: ut cum dicitur sui juris est*" [a veces se usa como potestad; como cuando se dice que alguien es *sui iuris* (de su propio derecho = capaz)] (comentario al *principium* de las Instituciones). Está claro que no se trata aquí de la aceptación general de facultad de tener o de hacer. Hay gérmenes más marcados de

¿se podría sospechar que los glosadores (o Santo Tomás, cuya doctrina es análoga) no han registrado el verdadero lenguaje de su tiempo, por servilismo excesivo hacia los textos antiguos?; contra la usurpación intentada en beneficio del interés particular, su rol, ¿no es el de restaurar la soberanía del orden común?; contra un nuevo lenguaje que se dibuja, ¿no el de oponer el lenguaje tradicional? Habría algo de verdad en estas observaciones. Pero más simplemente, yo creería que en el enfoque de los teóricos el sentido subjetivo de la palabra *jus* no constituye sino que una dependencia, un reflejo del sentido principal. Así como nosotros decimos "tengo un texto", "tengo una ley para mí", así el vulgo procede con *jus*. Esto no significa que la palabra pueda aplicarse a no importa qué facultad de tener o de hacer, ni que ella denote la idea de facultad. El *jus* que cada uno reivindica no es nada más que su *status*. Si ya el sentido subjetivo crece en el seno de la noción madre, no es aún autónomo. Entonces, ¿puede decirse que una noción existe mientras ella no está aún definida o claramente concebida? ⁵²

2. PRIMERAS DEFINICIONES CLARAS DEL DERECHO SUBJETIVO

Pero, como ordinariamente sucede, ya la Filosofía había precedido a los juristas en la vía revolucionaria. Según los resultados actuales de nuestras investigaciones, los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la Filosofía moderna ⁵³.

Después de Duns Scotto, Occam, seguido de muchos otros, abrió el combate decisivo en contra de Aristóteles y de Santo Tomás, que los grandes autores de principios del s. XVII debían concluir victoriosamente. Occam (yo no conozco hasta la fecha textos anteriores), argumentando sobre la pobreza fran-

la idea de derecho subjetivo en las confusas adiciones de Bracton (ed. Maitland), p. 23, 25: "*Jus ponitur... quandoque pro hereditate, sicut pro proprietate rei; quandoque pro honorum possessione*" [derecho se usa, ora como herencia, ora como propiedad de una cosa; ora en vez de posesión hereditaria de los bienes] (Bracton parece haber incurrido en un contrasentido con la palabra romana *hereditas*, que él aproxima a la propiedad. Tales textos, en todo caso, no nos permiten poner en duda la evolución del lenguaje vulgar).

⁵² Es difícil estar de acuerdo con CIENKE, *Althusius* 2 (1902), p. 275 n. 29, cuando afirma la existencia de derechos naturales, en el sentido subjetivo, ya en la Edad Media, aunque reconoce que su formulación no se encuentra en ninguna parte (Wenn sie auch nicht für sich formuliert werden).

⁵³ Vid. GILSON, *La philosophie de Duns Scott* (1953), p. 609 ss.

ciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como una libertad, un poder, una "*potestas... rem temporalem... vindicandi et omnimodo... pertractandi*" [potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa del orden temporal]; también definía el *jus utendi* [derecho de usar], el *jus poli* [derecho (emanado) del cielo], el *jus fori* [derecho (emanado) de la Sociedad humana] usando la palabra *potestates* ⁵⁴ [potestades]. Gerson, cuyos lazos con el occamismo son bien conocidos, comentando la definición de la Justicia, nos proporciona una definición en forma: "*jus est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae*" ⁵⁵ [Derecho es la facultad o potestad inmediata que a cada uno compete según el dictamen de la Justicia primera]. Esta es, en adelante, la doctrina corriente de la Escolástica ⁵⁶. El

⁵⁴ *Opus nonaginta dierum* (ed. Goldast), cap. 2, p. 997; cap. 7, p. 1.000; cap. 61, p. 1.104; cap. 65, p. 1.112, etc. (Los comienzos de la obra pueden también ser consultados en la ed. Sikes, 1940). Estas citas podrían ser multiplicadas, ya que gran parte de esta obra está consagrada a la definición del *jus utendi* que tendrían o no los franciscanos. Parece que la querrela de la pobreza ha sido la ocasión que determinó estas nuevas discusiones sobre el significado de la palabra *jus*. Vid. DE LAGARDE, *Naissance de l'esprit laïc*, vi; OCCAM, *La morale et le droit* (1946), especialmente, p. 164 ss., 203 ss. De Lagarde nos muestra excelentemente el papel personal que le cupo a Guillermo de Occam en la elaboración de la nueva idea de derecho subjetivo. (Cfr. aun, p. 104 de la obra). Sin embargo, no sabríamos estar de acuerdo con el autor cuando él hace de esta definición del *jus utendi* (p. 204 n. 41): "*jus utendi est potestas licita utendi re extrinseca...* [el derecho de uso es la potestad licita de servirse de una cosa exterior] una definición general de derecho subjetivo. Los resultados de la reflexión occamiana nos aparecen limitarse, en la *Opus nonaginta dierum*, al problema particular del *jus utendi* o del dominio de los mendicantes.

⁵⁵ GERSON, *De ecclesiastica potestate et origine juris ac legum* (puede ser consultado en Goldast o en la edición reciente de las Obras Completas): "*Tredesima consideratio... jus vero sic describitur jus est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae...*" [Pero el derecho se describe así: el derecho es la facultad o potestad inmediata que conviene a alguien según el dictamen de la justicia primera]. En sentido amplio, continúa Gerson (si nosotros lo comprendemos bien), las cosas en "poder obediencial" tienen un *jus*: las estrellas, por ejemplo, a la luz, etc. En sentido estricto, la palabra *jus* no se aplica más que a la criatura racional dotada de una *potestas propinqua* cuyo ejercicio está dejado por entero a su libertad. Igual definición en *De Vita spirituali*, del mismo autor (lectio 3).

⁵⁶ Citemos el texto, ampliamente conocido en su tiempo, de DRIEDO, *De libertate christiana* (ed. Louvain, 1547), cap. 10, f. 33: "*jus bifariam accipitur, nunc pro lege, velut cum dicimus legem decalogi esse jus divinum, et nunc pro dominio veluti cum dicimus aliquem habere jus in possessionem vel in agrum*" [El Derecho se entiende de dos maneras: sea como Ley, como cuando decimos que la Ley del Decálogo es Derecho divino; sea como dominio, como cuando decimos que alguien tiene derecho a la posesión o a la tierra]. Cfr. cap. 9, f. 28: "*jus seu dominium esse duplex, unum reale sive in rem... aliud vero esse jus personale sive in personam, ut paternum in filium*" [el derecho o dominio es de dos tipos: uno, real o a la cosa... otro, personal o a la persona, como el

dominico De Soto parece a toda costa mantener la fórmula de Santo Tomás⁵⁷; un poco más lejos, no sin haber notado que esta cuestión tan de moda no merece que se le dé mucha atención, él discute no menos largamente si el *jus* (*facultas disponendi de rebus libereque illis utendi* [la facultad de disponer de las cosas y de usarlas libremente]) es la misma cosa o no que el *dominium*⁵⁸. En una definición célebre, el jesuita Suárez combinará la fórmula tomista (*jus objectum justitiae* [el Derecho objeto de la Justicia]) con la definición moderna, llegada a ser a sus ojos la mejor: "*Solet proprie jus vocari facultas quadam quam unus quisque habet vel circa rem suam vel rem sibi debitam*"⁵⁹ [Suele llamarse derecho propiamente dicho a

derecho paterno al hijo] (hay que tener cuidado de no ver aquí la distinción moderna de derechos personales y reales). Otros teólogos, más tradicionalistas, aún se apeñan en sus tratados que versan sobre el significado de *jus*, a la letra de Santo Tomás: VITORIA, *De Justitia*, qu. 77, art. 1 (ed. de Heredia, p. 4); BÁÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, qu. 57, art. 1.

⁵⁷ El corrige también la fórmula de Driedo citada en la nota precedente. De Soto, *De justitia et jure*, lib. III, qu. 1, f. 67 b ss.: "*jus bifariam accipi*" [entendiendo el Derecho de dos maneras]; pero el *dominium*, indicado por Driedo como segundo significado del término, es sustituido por De Soto por el *objectum justitiae* tomista.

⁵⁸ De Soto, lib. IV, qu. 7, art. 1, f. 99. Esta discusión escolástica también parece salida de la querrela de la pobreza, producida por la Bula de Juan XXII. ¿Cuáles son las relaciones exactas entre *jus* y *dominium*? Una primera tesis se inclina por la identidad de dichas nociones: "*Primum enim omnium atunt isti jus bifariam accipi; primo pro lege, quo significatu dicimus jus civile et canonicum. Secundo pro legitima potestate, quo quis fungitur in personam aliquam vel rem. Deinde atunt dominium idem esse prorsus quod jus secundo modo acceptum...*" [Pues, en primer lugar, todos dicen entender el Derecho de dos maneras: primero, como Ley, en cuyo significado hablamos de Derecho civil y canónico. Segundo, como potestad legítima, en virtud de la cual alguien cumple algo respecto de alguna persona o cosa. Después dicen que el dominio es del todo igual al derecho entendido de la segunda manera]. Pero esta tesis es objeto de múltiples controversias: "*at circa vocis descriptionem plus operae insumunt juniores quam opus esset, ut puta Gerson (De pot. eccl.), Conradus (De contr.) et aliorum nonnulli in 4 dist. 15*" [por el contrario, acerca de la delimitación de la palabra, los jóvenes emplean más labor que resultado, como, por ejemplo, Gerson (de pot. eccl.), Conradus (De Contr.) y otros en 4 dist. 15] (se trata de un pasaje de las Sentencias de P. Lombardo, objeto de numerosos comentarios acerca del origen de la propiedad). Sería interesante seguir la historia de esta controversia: se puede constatar cómo el vocabulario del derecho subjetivo está todavía muy mal fijado en el siglo XVI, pero que se busca (como resulta en los post-glosadores). La respuesta personal que nos aporta De Soto no parece ser de las más satisfactorias: el dominio es el derecho ejercido en el propio interés de su titular: el *jus* (noción más amplia) comprende entre otras, los derechos ejercidos sobre la cosa en interés de los sometidos: "*jus autem non hoc solum significat, sed amplectitur jus etiam quo superior ac praefectus subditorum rem et bonum ipsis utitur*" [Derecho no sólo significa esto, sino que también abarca el derecho por el cual un superior y gobernante usa de las cosas de sus súbditos en beneficio de éstos].

⁵⁹ SUÁREZ, *De legibus ac Deo legislatore* (ed. Lyon 1619), lib. I, cap. 2, p. 6 ss. Según la tradición que parece remontar hasta Driedo, Suárez distingue

una cierta facultad que cada cual tiene, sea acerca de una cosa cuya sea acerca de una que le es debida]. A principios del siglo XVII, en el momento en que aparece la obra maestra de Grotius, el problema del sentido de *jus* ocupa su lugar de honor entre los filósofos; y es sin duda en un Hobbes⁶⁰ o en un Gassendi⁶¹ en donde la idea de derecho subjetivo aparece más a la luz. Lenta, y por mucho tiempo muy incompleta, será la trasmisión de la nueva idea a los juristas. La mayoría se limitó, durante un largo tiempo aún, a recopilar las fórmulas romanas⁶², aunque en un Doneau⁶³, por ejemplo, o en un Al-

aquí dos significados importantes de *jus*, correspondientes a dos posibles etimologías (*jus a jubendo - jus a justitia*); uno de esos significados es aquel de comandancia, de Ley; el otro es a la vez (como expresaba Santo Tomás) el de *objectum justitiae* [objeto de la justicia] y de derecho subjetivo: "*illa ergo actio, seu moralis facultas quam unusquisque habet ad rem suam, vel ad se aliquo modo pertinentem vocatur jus et illud proprie videtur esse objectum justitiae*" [Por lo tanto, aquella acción o facultad moral que cada uno tiene respecto de su cosa o de sí mismo, de alguna manera se llama derecho y parece ser propiamente objeto de la Justicia] Cfr. las definiciones del lib. II, cap. 18, p. 107: "*jus enim interdum significat moralem facultatem ad rem aliquam*" [Derecho significa a veces una facultad moral para alguna cosa]. En estos significados se podría hablar de *jus reale* por oposición a *jus legale*, segundo sentido de la palabra.

⁶⁰ Infra n. 71.

⁶¹ GASSENDI, *Ethicae*, en *Opera* (Lyon 1658), tomo II, p. 783 ss. (p. 786): "*operae esse pretium videtur... cognoscere quidnam sit hoc jus et unde oriatur. Primum itaque, cum sint variae hujusce vocis usurpationes tum illa videtur primaria qua jus esse intelligitur facultas agendi habendi fruendi aliqua re... Tum familiaris illa translatio qua etiam lex dicitur jus quatenus declarat praescribere quid cuique juris, hoc est facultates potestates, domini (haec enim synonyme sunt) circa aliquid competat...*" [La empresa parece tener valor... conocer qué es, pues, este Derecho y de dónde se origina. Así, en primer lugar, como existen varios usos de este vocablo, entonces parece como primario ora aquel por el cual derecho se entiende como la facultad de hacer, tener, aprovechar alguna cosa... ora aquella traducción corriente por la cual la Ley se dice que es Derecho en la medida que declara y prescribe qué derecho, esto es, facultad, potestad, dominio (pues todas estas palabras son sinónimas) compete a cada cual acerca de algo] (otros significados están enumerados y más o menos ligados al significado principal).

⁶² CUJAS, *Recitationes ad titulum Digestorum de justitia et jure* (Spire 1595), p. 6; DUAREN, *Commentario de justitia et jure*, cap. 2, etc. En la gran obra de Alberto de BOLOGNA, *Tractatus univ. juris* 1.304; *De lege jure et aequitate*, el sentido subjetivo viene mencionado luego de otros 53 significados. No veo que ese sentido ocupe un lugar destacado en la *Juris universi distributio*, de BODIN (ed. 1780), p. 10, o en las *Partitiones juris civilis elementariae*, de HOTMAN (ed. Bale 1560), p. 2. Por mucho tiempo aún, los juristas exigieron la lista de los significados de *jus* sin apartarse de la tradición de Paulo, es decir, sin mencionar el sentido subjetivo, como sucede en Bourjon, Domat, y otros.

⁶³ DONEAU, *Commentaria*, lib. I cap. 3: el significado subjetivo está citado en sexto lugar entre los sentidos derivados e improprios (*minus proprie*): "*specialiter facultas et potestas jure tributa*" [especialmente, la facultad y potestad atribuida por el Derecho]. Doneau no parece dar mucha importancia a ese estatuto objetivo, según nosotros, mucho más romano: "*id quod cuique tribuitur*

thusius⁶⁴, apunta ya la doctrina moderna. Lector de los escolásticos españoles, especialmente familiarizado con De Soto⁶⁵, ¿es de allí de donde Grotius ha tomado la definición que hizo surgir tanta controversia y que hubo de conocer tan bella fortuna? Pero en verdad, nosotros lo hemos ya notado, el pensamiento de Grotius permanece incierto. Es solamente más tarde, por obra de sus comentaristas, de un Pufendorf, un Feltmann o un Thomasius, que los juristas nos han de poner en plena posesión de la idea de derecho subjetivo⁶⁶; pero es cierto que todos ellos la deben a los filósofos.

3. LOS POSTULADOS DE UNA NUEVA CIENCIA JURÍDICA

Y ahora que conocemos la fecha aproximada del nacimiento de la noción de derecho subjetivo, el proceso por el cual esta toma de conocimiento se ha operado llega a ser muy claro. Ahora, ¿por qué esta conjunción?, ¿esta súbita pasión concentrada de un cierto grupo de pensadores sobre la definición de *jus*?, ¿por qué esta convergencia de soluciones? Se dirá que un problema perteneciente esencialmente a la Filosofía del Derecho (porque se trata de definir una noción jurídica de base) no puede ser zanjado sin la intervención de los filósofos del Derecho. Pero, ¿por qué ellos confluyen en proponer la misma respuesta, respuesta audaz y que no encuentra apoyo sobre ninguna autoridad, ni romana ni medieval?

Por supuesto que aquí nosotros no podemos resumir el pensamiento de estos filósofos "modernos" y el desarrollo, en parte común, de su razonamiento, si no es en forma muy im-

jure" [aquello que a cada uno es atribuido por el Derecho]. Dicho estatuto comporta tanto cargas como ventajas: así, el *rerum nostrarum jus* [Derecho de nuestras cosas] (lib. iv, cap. 1.7) incluye ora ciertas facultades activas (*dominium*) ora "*quod nos ab aliis in his rebus pati cogimur*" [lo que nosotros, acerca de estas cosas, estamos obligados a soportar de otros].

⁶⁴ ALTHUSIUS, *Dicæologiae*. La definición dada en el cap. 13 del lib. I de esta obra peca por exceso de claridad. No me parece que se trate ahí del derecho subjetivo, a despecho de la traducción que propone WOLF, *Grosse Rechtsdenker* (1951), p. 208 ss. Por el contrario, BUDÉ, *Annotations in libros pandectarum* (Lyon 1546), p. 413 ss. invoca un cierto número de textos literarios en donde *jus* "*pro potestate ponitur*" [se toma como potestad]. El diccionario de Brissonius (del cual no hemos podido consultar la edición de 1670) dedica una rubrica especial al sentido subjetivo: "*jus pro qualibet facultate plerumque usurpatur*" [la palabra Derecho se usa, la mayoría de las veces, en el sentido de una facultad cualquiera].

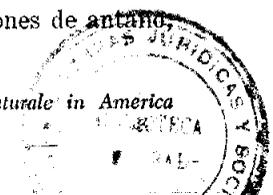
⁶⁵ Vid. WELLSCHMIED, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1952), p. 389 ss. (principales fuentes de Grocio).

⁶⁶ *Supra*, p. 26.

perfecta. Pero si el sentido antiguo de *jus* nos había parecido tener su fuente en una visión cuasiaristotélica del mundo, no debe sorprendernos que el honor de haber sabido comprender y desentrañar el sentido moderno pertenece a los enemigos y vencedores de Aristóteles. El hecho primordial, a nuestro juicio, en el cual se encuentra el punto de partida de la Ciencia jurídica moderna, es el combate librado por la Filosofía moderna en contra del Derecho natural de Aristóteles. Este sueño de un mundo ordenado de una vez y para siempre por la razón universal, en donde cada institución social encuentra su estructura fijada de antemano por el designio de la naturaleza, es rechazado por todos nuestros autores con desdén. El constituye un todo con esa Ciencia ilusoria, esa Metafísica, esa Lógica aristotélica que ellos pretenden derrocar: con ese mundo de quiddidades, de esencias, de causas finales y de *virtutes dormitivae*. Duns Scotto, Occam, Hobbes, Gassendi, con un vigor creciente, ridiculizan las vastas pero frágiles construcciones de la antigua Escolástica. Y tal es la tendencia común en esta época. Algunas personas mantienen aún el prejuicio de que los siglos XVI y XVII habrían marcado el principio de una gran era en el Derecho natural. La verdad es toda al contrario. Los filósofos modernos han brutalmente echado abajo el Derecho natural de los clásicos; sólo que éste Derecho natural objetivo, que tan largamente reinó, aunque con variantes, en el pensamiento de la mayoría, ellos (y esto es muy diferente) lo han sustituido por los derechos naturales del individuo⁶⁷.

Una vez derribado el antiguo y ambicioso sistema, ¿qué queda del Derecho natural? Nada más que el derecho rudimentario, próximo a la nada, de ese pobre estado de naturaleza primitiva, respecto del cual los salvajes de América ofrecen ahora un vivo ejemplo o, mejor dicho, de ese estado de naturaleza hipotético, en donde no existe ningún poder, ninguna Sociedad, nada más que el individuo aislado. El contenido de este nuevo Derecho natural es negativo, es el vacío, la ausencia absoluta de lazos y reglas sociales, de deberes y de mandatos, es decir: es la libertad del individuo, su plena y entera libertad. Se sabe, por otra parte, que esta concepción (negativa) del Derecho natural puede encontrarse también en una de las tradiciones de antano,

⁶⁷ Vid. especialmente, ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America* (1950), p. 102 ss.



ella tiene sus lejanos orígenes en antiguas doctrinas: escépticos, epicúreos, y principalmente, estoicos. Un hilo continuado la transmite de San Isidoro a Graciano y a Juan de Meung, a Duns Scotto, a Guillermo de Occam⁶⁸. Pero es solamente a principios de la Epoca Moderna que ella, triunfante, conduce al derecho subjetivo.

Tal parece haber sido el pensamiento de un Occam. Su crítica reduce a la nada (si bien sólo en el orden moral) el antiguo Derecho natural inmutable⁶⁹; en varias ocasiones y largamente, él insiste en el origen puramente humano, arbitrario, convencional del dominio y de la soberanía⁷⁰; en el origen arbitrario del Derecho, obra de la voluntad humana y divina, y no de un descubrimiento de la inteligencia; en el origen arbitrario de la Sociedad. La naturaleza no produce más que individuos separados y libres. Y qué ardor se halla en Occam al defender éste, en ese universo parcelado, las libertades que el individuo tiene por naturaleza, cuales datos jurídicos primordiales que la Ley y la convención modelan, precisan y confirman para hacer de ellos los derechos subjetivos⁷¹. Pero basta leer a Hobbes: su vigoroso dibujo del estado presocial de naturaleza, en donde los hombres, sin Ley ni Moral común, movidos por sus instintos, por sus apetitos propios, libran una guerra brutal e incesante. ¿Qué derecho puede, pues, subsistir en este estado de naturaleza salvaje? Uno solamente: a que l que cada

⁶⁸ Acerca de la doctrina estoica, vid. las referencias en nuestro artículo *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, en *RHD*. 31 (1953), p. 475 ss. Acerca de S. Isidoro y Graciano, *Le droit naturel chez Gratien*, en *Revue de Droit Canonique* (1953). D. SCOTT, *Comm. sur les sentences*, IV, XV, 2, y los estudios de De Lagarde o, para la época más antigua, de Carlyle.

⁶⁹ *Dialogues*, III, C. 6 (ed. Goldast), p. 932 ss. DE LAGARDE, op. cit., VI, p. 140 ss., nos ha parecido minimizar la voluntad destructiva de Occam. En el texto comentado, Occam rehúsa reconocer otra ley natural de valor universal e inmutable que no sea la ley moral (De Lagarde traduce como imperativo categórico). De otro lado, el Derecho natural no es más que el Derecho del estado de naturaleza, caracterizado por la libertad y comunidad de bienes, y que las leyes civiles vienen a modificar libremente. La tercera clase de Derecho (Derecho natural *ex suppositione*) varía también con las instituciones positivas de las cuales él no es más que una prolongación racional. No subsiste nada del Derecho natural de Aristóteles y de Santo Tomás en ese texto, por lo demás, de un admirable vigor crítico.

⁷⁰ Por ejemplo, en el *Breviloquium* (ed. Baudry, 1937), p. 85 ss.; DE LAGARDE, op. cit., t. VI, particularmente p. 175 ss.; HAMMAN, *L'Eglise et l'Etat chez Occam*, p. 102 y s.

⁷¹ En verdad, el pensamiento jurídico de Occam, del cual De Lagarde nos revela su potencia y novedad, merecería un estudio más profundo y extenso. DE LAGARDE, op. cit., p. 162 ss., 190 ss.

individuo ha recibido de la naturaleza, consistente en asegurar por todos los medios su conservación personal, su seguridad, su placer. Ilimitado derecho a toda cosa, derecho de todos a todo, según la enérgica fórmula de Hobbes: *jus omnium in omnia*⁷².

En la *Etica*, que hacia la misma época Gassendi componía contra la *Etica* de Aristóteles, el *jus* que el hombre recibió de la naturaleza es cuidadosamente analizado: él importa, en tanto que el Hombre es animal, la facultad de sentir, de moverse, de alimentarse, etc.; en tanto que es especialmente Hombre, la facultad de razonar, de expresarse, de concluir contratos... Pero de deberes, de límites que la naturaleza imponga a su libertad no hay nada⁷³. Así, la noción primordial de la Ciencia del Derecho, aquella que es dada por la naturaleza (y que las

⁷² *De Civitate* (trad. Sorbière, 1647); *La Liberté*, VII, p. 13: "Con las palabras Justicia y Derecho no se significa otra cosa que la libertad que cada uno tiene para usar de sus facultades naturales conforme a la recta razón". Cap. X, p. 14: "La naturaleza ha entregado a cada uno un igual derecho sobre todas las cosas. En el estado de naturaleza cada uno tiene el derecho de hacer y poseer todo lo que le plazca". *Leviathan*, XIV: "*just naturale est libertas, quam habet unusquisque potentia sua ad naturae suae conservationem suo arbitrio utendi et (per consequens) illa omnia quae eo videbunt tendere faciendi*" [El Derecho natural es la libertad de usar, según su arbitrio, y (en consecuencia) de hacer todo aquello que le plazca, la cual cada uno tiene para la conservación de su naturaleza, por su propia fuerza]. De ese Derecho natural informe, primigenio y que permanece fundamental, la Ley positiva hace un derecho preciso y definido: la propiedad; cfr. POLIN, *Politique et Philosophie chez Tomas Hobbes* (1953), particularmente, p. 52 ss, 173, 184 ss.

⁷³ GASSENDI, op. cit. en n. 61, p. 799: "... si spectetur jus, quatenus est lex, videtur non posse proprie aliud jus quam quod civile est appellari". Contrariamente, p. 798: "... si (jus) ... prout est facultas spectetur. Si... homo attendatur generatim ut est animal, est in illo jus naturale, naturalis puta facultas sentiendi, imaginandi, appetendi, sese movendi, comedandi ac sese nutriendi colundi... Secundo, si attendatur quatenus est homo... est in eo, juxta hanc differentiam, facultas seu jus... facultas rationandi, ac disquirendi... loquendi... scribendi... paciscendi inter se et in societatem coeundi". P. 799, la intervención de la sociedad tiene por efecto: "*ut facultati unuscujusque agendi, utendi praescribatur modus... Limitata hoc modo facultas jus civile vocari potest quatenus jus est cuique competens secundum leges civitatis*" [Si se considera en qué medida el Derecho es Ley, parece que no puede ser llamado así otro Derecho que no sea el civil. p. 798: "... Si (el Derecho)... es considerado en cuanto facultad. Si... el hombre es observado en general, en cuanto es animal, hay en él un derecho natural, como, por ejemplo, las facultades naturales de sentir, imaginar, apetecer, moverse, comer y nutrirse, cultivar... Segundo, si se observar en qué medida es hombre... hay en él, junto a esta diferencia, una facultad o derecho... las facultades de razonar, indagar... hablar, escribir, celebrar pactos, unirse entre sí y en sociedad... P. 799: así como en la facultad de actuar de cada uno, así sea prescrita una medida en el uso... Habiéndose limitado de este modo, la facultad puede ser llamada derecho civil, puesto que el derecho es lo que compete a cada cual según las Leyes de la ciudad]. El syntagma, del cual forma parte la *Etica*, es una obra póstuma de Gassendi, muerto en 1655; su cercanía al pensamiento de Hobbes es manifiesta.

leyes civiles no hacen nada más que "pulir"⁷⁴ o limitar) es la libertad, el poder individual.

Yo creo que a partir de estas últimas observaciones se puede fácilmente comprender la transformación que ha sufrido entre los mismos autores el sentido de *jus*. En una época muy antigua, esta palabra acusaba una tendencia a designar especialmente el orden natural⁷⁵: *aequum* [lo equitativo], *res justa* [la cosa justa]. Un Bodin, por ejemplo, remarca fuertemente el contraste existente entre *jus* y *lex* (esta palabra no designa aquí más que las nuevas leyes positivas)⁷⁶. Ahora, este contraste debe naturalmente recibir un nuevo valor en la nueva Filosofía del Derecho, porque esto, por una parte, confiere contenidos muy diferentes al orden natural, y por otra, a la legislación positiva. Hobbes opuso enérgicamente las dos nociones: el *jus* es libertad, poder, derecho subjetivo; la *lex* es obligación, regla, mandato que limita y precisa las libertades⁷⁷. He aquí el derecho subjetivo ya nacido, helo aquí verdaderamente autónomo y separado.

Se notará también que la nueva Filosofía, en su estado puro, no sabría reconocer a *jus* otro sentido que aquel de derecho subjetivo. Tal (caminando sobre los pasos de Hobbes) es el caso de Spinoza: para el tratado teológico-político, el *jus* no es otra cosa que poder, una fuerza dada al hombre por

⁷⁴ Vid. Etienne PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinien*, obra escrita hacia 1609 (ed. de 1847), p. 22: "Este instinto de defendernos y conservarnos en nuestra particularidad es una especie de derecho... Este derecho de desquitarse, defenderse, emanado del derecho de la naturaleza es, desde su principio, bruto en sí... El recibe pulimiento posterior por mano del magistrado político".

⁷⁵ GAUDEMET, *Le droit et la loi* (Curso de Doctorado); *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, en RIDA. 6. (1952), p. 445 ss.

⁷⁶ BODIN, *Republique* (ed. Paris, 1580), I, 9, p. 155: "pero hay diferencias entre el Derecho y la Ley; el uno no importa nada más que la equidad; la Ley importa mandato, pues ella no es otra cosa que el mandato del soberano usando su poder...". Así el Rey, soberano legislador, se encuentra situado debajo del Derecho, es decir, del Derecho natural del que nos parece que todavía Bodin tiene una concepción objetiva, fiel a la tradición de Aristóteles y Santo Tomás (pero perfeccionada gracias al rico concepto de "justicia armónica").

⁷⁷ Vid. POLIN, op. cit. en n. 72, p. 176 ss., con diversas referencias, por ejemplo, en el *Dialogue between a philosopher and a student of the common law*, en *Engl. works* VI. 30: "Did Sir Edward Coke see no difference between being bound and being free". Para Santo Tomás (que sigue la doctrina antigua), el *jus* era el objeto, el contenido de una *lex* (ya sea esa ley divina, natural o humana); para Hobbes, y también para Gassendi, como no hay más Ley natural con contenido verdaderamente jurídico, el *jus* aparece anterior y opuesto a la Ley (positiva humana).

la naturaleza y que limitan las leyes civiles⁷⁸. Para un Quesnay, en la mitad del s. XVIII, la palabra francesa "*droit*" no evocará ningún otro concepto: comenzando una obra sobre el Derecho natural, él lo define como "el derecho que por naturaleza tiene el hombre a tal o cual libertad"⁷⁹. Se sabe que el inglés "*right*", a menudo opuesto a "*law*", se especializa en este sentido.

Por otra parte, es verdad que para no romper de una vez por todas con la tradición antigua, tienen una doctrina más compuesta: al lado de la acepción nueva y llegada a ser predominante, ellos reservan un lugar secundario para el uso antiguo: "*jus bifarium accipi*" [entiendo el Derecho de dos maneras] enseñaba ya Driēdo, y después de él, Suárez: "*nunc pro lege nunc pro dominio*"⁸⁰ [ora como ley ora como dominio]. Suárez invierte el orden de los términos, poniendo el sentido de derecho subjetivo delante del sentido de Ley⁸¹. Gassendi nos enseña que al lado del sentido primitivo (*facultas sive dominium* [facultad o dominio]) la palabra sufre un sentido derivado por una *translatio* natural: "*qua etiam lex dicitur*" [por cuanto también se dice ley], ¡y explica el proceso de derivación⁸²! Es necesario aclarar que la mayoría de los juristas no pudieron evitar (el derecho romano les penaba) esta tesis del doble sentido de *jus*, y lo más frecuente fue reconocer la anterioridad histórica y lógica del sentido objetivo. Por una síntesis que permanece tan confusa como dudosa, el derecho subjetivo llegará a ser esa facultad o ese poder que apoya y funda el orden objetivo (como si el derecho objetivo fundara las libertades cuando, en verdad, desde que nosotros le restituimos un contenido sustancial él no es más que restricción).

Esta es la doctrina de nuestros diccionarios y manuales de hoy día. Pero que no se vaya a sostener que estos dos sen-

⁷⁸ SPINOZA, *Traité theologico-politique* (trad. Appuhn, ed. Garnier, 1928), p. 299 ss. (derecho natural), p. 305 ss. (derecho civil privado): "Por derecho civil privado no podemos entender otra cosa que la libertad que cada individuo tiene de conservarse en su estado, tal como ella es determinada por los Edictos del poder soberano". Pocos textos son tan profundamente reveladores del pensamiento moderno como aquel del Tratado teológico-político.

⁷⁹ Entre los fisiócratas, el antiguo *jus* toma el nombre de orden natural (pero concebido de una manera nueva).

⁸⁰ Supra n. 56.

⁸¹ Supra n. 57. El sentido subjetivo está dado en primer lugar, considerándosele, así, como el principal.

⁸² Supra n. 61.

tidos fueron reconocidos en todo tiempo, y que las dos nociones a que ellos corresponden son tan antiguas como Adán y Eva. Ninguna de las dos es eterna. Una, la del derecho objetivo (muy deformada en nuestra época) es un producto del pensamiento griego. Ella está ligada originalmente a la creencia de que un orden natural reina sobre el mundo social, y que cada uno encuentra su condición preestablecida. La otra, aquélla del derecho subjetivo, proviene de una concepción del mundo muy diferente, y cuyo triunfo es mucho más reciente: cesa de considerar al Hombre, objetivamente, como una simple pieza de un todo organizado, y pasa a reconocerlo como dotado de libertades naturales, que los juristas tienen la misión de restringir y estudiar. Concebir la noción general de poder del individuo —derecho subjetivo, base de un nuevo Arte jurídico— nos parece haber sido la obra particular de la Filosofía moderna⁸³.

4. UN SISTEMA DE DERECHO INDIVIDUALISTA

Para considerar los efectos de este evento, sería necesario más de un artículo. No se podría, por lo demás, sin mucho de temeridad, definir los principios de un "sistema moderno" de Derecho. Ningún sistema es puro, y cada autor, en el interior de una misma obra, combina visiones diferentes, las unas nuevas y personales, antiguas las otras, y que impuso la tradición. Digamos solamente que a los ojos de un buen número de autores modernos, y por algún tiempo, el Derecho público llegó a ser el estudio de las libertades del Hombre frente al Estado; y como querían los filósofos (Hobbes, Locke o los otros profetas del moderno contrato social), el Derecho civil, el estudio de los derechos privados del individuo tal como los limita y reglamenta el Estado. Al Derecho profesoral (*Professorenrecht*), tan injustamente menospreciado⁸⁴, a las indigestas discusiones teóricas de los romanistas del s. XVII y XVIII corresponde el honor de constituir el lenguaje moderno.

⁸³ Del cuadro de este estudio podría salir una investigación de los nuevos desarrollos experimentados por la idea del derecho subjetivo debidos a la filosofía alemana, a partir de Kant y Fichte.

⁸⁴ Vid. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*. La importancia de la Escuela del Derecho Natural está bien puesta en luz por DERATHÉ, *Rousseau et la science politique de son temps*, p. 28 ss.; BOBBIO, *Il diritto naturale nel sec XVIII* (1946).

Un vocabulario inédito, cuyo limitado bosquejo⁸⁵ había sido comenzado por los sabios de la Edad Media, se desarrolla: las grandes categorías de derechos reciben su nombre (derecho real-personal); cada especie particular es exactamente definida, comenzando por el derecho de propiedad; las introducciones generales son consagradas a las nociones básicas de un sistema de derechos subjetivos (personalidad-capacidad jurídica). Y como nosotros lo hemos observado, el Derecho romano, que no estaba aún muerto, sufrió esta misma transformación; éste, que había sido compuesto sobre un modo antiguo ya desaparecido, fue refundido según la visión moderna, fue refundido con el modo subjetivista.

A nuestro juicio, la Historia del Derecho ganaría mucho poniendo en luz esta diferencia de puntos de vista antiguo y moderno. Ciertamente, la definición del Derecho pertenece a los filósofos. La mayoría de los juristas, quienes no se sienten cómodos en este género de discusiones, encuentran más fácil estimarlas superfluas, y sin duda juzgan ellos muy sutiles esos matices tan filosóficos acerca de los que se viene de insistir, los cuales distinguen la condición de la facultad individual. La controversia les parece bizantina. Entonces, la técnica jurídica entera está en este punto, pendiente de los filósofos.

⁸⁵ Ciertas fórmulas debidas a los postglosadores están muy próximas a las definiciones modernas de derecho real, personal y propiedad. Pero un examen atento nos revela que en esos autores, y en el siglo XVI, esas nociones son todavía muy inciertas: *jus reale* es susceptible de múltiples significados (por ejemplo, designa el derecho ligado a un fundo: servidumbre predial); también *jus personale* (derecho vitalicio, poder, ejercicio sobre las personas); *jus ad rem*, y sobre todo *dominium* (el cual recibe, a menudo, el significado de derecho subjetivo en general, o de derecho real). (cfr. sup: a n. 48). Los romanistas de los siglos XVII y XVIII han fijado el vocabulario moderno del derecho subjetivo (cfr., para las nociones de personalidad y capacidad jurídica: CONC, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person* (Congreso de Derecho Comparado, Londres, 1950)).