

**CARPINTERO, FRANCISCO - MEGÍAS, JOSÉ J. - RODRÍGUEZ
PUERTO, MANUEL J. - DE LA MORA, ENRIQUE V.,
EL DERECHO SUBJETIVO EN SU HISTORIA
(Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003),
430 páginas**

Francisco J. Andrés Santos

Prof. Titular de Derecho Romano de la Universidad de Valladolid

El libro que aquí comentamos es el producto del trabajo de un grupo de investigación de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz de amplia trayectoria y reconocimiento en el campo de la historia del pensamiento jurídico, particularmente de la Edad Moderna, con abundantes y sugestivos resultados que en esta obra se compendian y profundizan.

El problema del origen y significado del concepto de ‘derecho subjetivo’ ha intriguado a los estudiosos de la historia de las formas jurídicas desde hace décadas, sin que hasta el día de hoy se haya podido alcanzar una solución absolutamente satisfactoria, a pesar de las sólidas y enjundiosas páginas que se han venido vertiendo al respecto a lo largo de este tiempo. Como indica el profesor Carpintero en su prólogo de este libro, la categoría del derecho subjetivo sigue constituyendo en sus orígenes un enigma o un misterio. Y no es para menos, ya que en torno a esta idea gira todo un conjunto de conceptos filosóficos fundamentales de muy difícil elucidación, como son los de la intersección de libertad individual y norma, la obligatoriedad de la ley en el orden ético, la relación moral del ser humano con el mundo material que lo envuelve o la problemática de la juridicidad en el “estado de naturaleza”. En definitiva, los temas básicos y esenciales de la filosofía práctica. En este libro, los autores que han sumado sus esfuerzos para darlo a la luz tratan de aportar una mejor comprensión de este arduo fenómeno jurídico a través del análisis de la evolución de la reflexión filosófico-jurídica desde la Antigüedad romana hasta el pensamiento neoescolástico del siglo XIX, sin que, no obstante, el resultado final permita en absoluto dar por cerrado el debate (cosa que, por cierto, tampoco parece haber sido la pretensión de sus autores, a tenor de lo expuesto por Carpintero en el prólogo). El punto central de la investigación –objeto, además, del más largo, instructivo y complejo de los trabajos aquí compilados, al que los demás sirven básicamente de complemento– es, sin duda, el de los orígenes medievales de la figura y su proyección doctrinal en los autores de la Edad Moderna, sobre todo los escolásticos españoles tardíos, cuya influencia se percibe claramente en el círculo protestante que integra a Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y John Locke. Pero, antes de iniciar ese análisis, en el libro se dedican unas páginas a examinar la posible existencia de precedentes conceptuales del derecho subjetivo en épocas más antiguas, concretamente en la experiencia jurídica romana.

En efecto, la primera contribución del libro está dedicada a la discusión en torno a la idea de derecho subjetivo en Roma y corre a cargo de José Justo Megías, con el título

lo de “El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos” (pp. 17-34). En ella se pasa revista a las principales teorías vertidas a este respecto en la doctrina romanista, desde Monnier hasta Rafael Domingo. El autor se inclina por la tesis de Álvaro d’Ors, que niega la existencia de la categoría dogmática del “derecho subjetivo” en el Derecho romano clásico, en la medida en que los juristas romanos no dieron a la palabra ‘*ius*’ (entendida como “posición justa”) un significado de *facultas* o *potestas*, sino que más bien atribuían un valor dinámico al término que abarcaba tanto aspectos objetivos como subjetivos, y otros intermedios difíciles de clasificar desde el punto de vista moderno. Al parecer, sólo en la época postclásica, cuando la producción del *ius* se convierte en un monopolio del poder imperial, comenzaría a vislumbrarse una noción diferenciada de determinadas facultades concedidas por el ordenamiento a los sujetos en cuanto tales (idea que el autor ha desarrollado también en un artículo publicado en el *Anuario de Filosofía del Derecho* 20 [2003] 189 ss.). El trabajo presenta un buen resumen del estado de la cuestión en los estudios romanistas (Monnier, Villey, D’Ors, Pugliese, Gioffredi, Robleda, Kaser, Bretone, Domingo, etc.), pero hubiera sido deseable, seguramente, una aproximación menos doxográfica y más exegética, con un análisis más detallado de los textos más significativos de las fuentes al respecto, a fin de poder adoptar un punto de vista más personal sobre el problema. En este sentido, consideramos que se ha prestado poca atención al juego de la *actio* (en particular, de las *actiones praetoriae*) como expresión de situaciones particulares que el poder público reconoce y protege, aun con anterioridad a su incorporación al *ius civile*, lo que en la terminología moderna pudiera caracterizarse como ejemplos de derecho subjetivo (a este respecto, es fundamental la obra de Pugliese, *Actio e diritto soggettivo* [1939] y la interesante recensión al respecto de Kaden, en *ZSS* 60 [1940] 255 ss., aunque el eximio profesor italiano presentara opiniones diferentes sobre el asunto a lo largo de su extensa carrera, como bien indica el autor del trabajo que comentamos).

El segundo capítulo del libro constituye, sin asomo de duda, la columna vertebral de la obra, no sólo por su posición central y por ocupar más de la mitad de las páginas del volumen (una auténtica monografía en sí mismo), sino porque además en él se hallan referencias a toda la historia del concepto de derecho subjetivo hasta la Modernidad tardía y presenta ramificaciones que se adentran asimismo en las materias propias del resto de los trabajos compilados. Se trata del artículo firmado por Francisco Carpintero con el título de “El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica” (pp. 35-288). Como el propio título indica (N.B.: debe tener en cuenta el lector que hay una discrepancia entre el título que aparece en el índice general del libro, pág. 7, y el auténtico, que se sitúa al comienzo del trabajo, pág. 35), la materia desarrollada ahí no es en exclusiva la referida a la elaboración conceptual de la idea de derecho subjetivo en el pensamiento escolástico, sino que se amplía a una problemática mucho más compleja y de honda raíz filosófica, como es la propia idea de libertad humana. No es posible entrar aquí a sintetizar, ni mucho menos a valorar, todo el caudal de informaciones y reflexiones que se dan cita en este trabajo de amplísimo alcance y de gran complejidad analítica y conceptual. Por concentrarnos únicamente en el argumento central del volumen, podemos decir que el autor se adhiere sustancialmente a la tesis fundamental de Michel Villey, que sitúa los orígenes del concepto de derecho subjetivo en las doctrinas nominalistas del siglo XIV, si bien, a diferencia del eximio autor francés, no centra la elaboración del concepto tanto en la postura radicalmente franciscana de Guillermo de Ockham, sino que retrotrae los primeros elementos de la idea a la filosofía agustiniana de Duns Escoto, alternativa al aristotelismo tomista, y pone de relieve la trascendencia de la obra de los doctores parisinos del siglo XV (Juan de Gerson, Conrado de Summenhart, Jacobo Almain, Gabriel Biel, Juan Mayr) como transmisores de la doctrina nominalista a la Escolástica tardía española de finales del XVI (Gabriel Vázquez, Molina, Suárez), la cual aportaría los contornos dogmáticos de la figura que habrían de pasar a la posteridad. El autor destaca acertadamente la importancia decisiva de los debates teológicos medievales en torno al misterio de la Trinidad y la

noción de persona como ente aislado, fundado en una incomunicabilidad esencial, y el traspaso de tales categorías teológicas al ámbito metafísico y antropológico para definir a todo ser humano. Los pasos determinantes para el aislamiento de un concepto de derecho subjetivo, ligado a la esencialidad de la individualidad humana en cuanto persona, se encuentran en la metafísica escotiana: frente al mundo integrado de fines definido por Tomás de Aquino, en que el hombre presenta una doble dimensión, natural y sobrenatural, perfectamente armonizada, Escoto elimina la concurrencia de las cuatro causas aristotélicas en el mundo físico y establece una radical diferenciación entre fines naturales y fines sobrenaturales del hombre, entre el mundo natural –regido por las ciegas leyes de la naturaleza cognoscibles a través de intelecto– y el moral –donde impera la libertad y, en consecuencia, la voluntad. No hay un finalismo universal que oriente la acción moral del hombre, sino tan sólo la voluntad divina como pauta de comportamiento moralmente admisible. La persona es una *potentia perfecta* y constituye el ámbito del *dominium libertatis*, donde sólo puede intervenir el mandato divino. Escoto distingue, a estos efectos, entre una ‘*lex indicans*’ (que prescribe, pero no obliga) y una ‘*lex praecipiens*’ (que exige un cumplimiento forzoso), lo que se traduce en una visión rígidamente normativista del orden jurídico. Esta concepción voluntarista de Escoto se verá reforzada por la escuela franciscana de Guillermo de Ockham que, llevada por su peculiar consideración del *contemptus mundi* y su exigencia de una absoluta carencia de bienes por parte de los miembros de la orden, rechaza el carácter originario del Derecho (incluso del Derecho “natural”) desde la propia Creación del mundo, y habla de una *prima iustitia* divina, a través de la cual se concedió al hombre el uso de los objetos naturales pero sin ningún derecho sobre ellos: de ahí que el ser humano posea una *qualitas moralis* que le permite el acceso a los bienes del mundo anterior a cualquier Derecho (objetivo), solamente sobre la base de una previa voluntad divina.

Muchas de estas ideas voluntaristas y normativistas de la Escolástica franciscana pasaron ciertamente a los autores tardíos de la Segunda Escolástica española (a pesar de su tomismo confeso), en los cuales ve el autor, no obstante, el germen del liberalismo y el democratismo modernos, en atención a su defensa incuestionable de la libertad como cualidad moral de la persona (en virtud de la cual ésta posee *facultates* y *potentiae* originarias) y su convicción de que el poder capaz de fundar las leyes humanas (la *vis coactiva* que respalda a la *lex imperans*) sólo reside en última instancia en la comunidad (vid. también el artículo del autor publicado en *REHJ* 25 [2003] 341 ss.). Estos autores (primordialmente Francisco Suárez) están asimismo en la base de las doctrinas de Grocio, Pufendorf y Locke (todos ellos con fuerte formación escolástica, frente a Hobbes), en los cuales la noción de derecho subjetivo (*ius subjectivum*, expresión como tal inexistente hasta la Ilustración) va a tomar carta de naturaleza definitiva.

El artículo –como puede deducirse a partir de este apretado resumen– es de amplio alcance y extraordinaria complejidad, la cual se ve agudizada además por el hecho de ser producto de la yuxtaposición de tres trabajos previos del autor (como él mismo indica en la pág. 37), lo que en ocasiones da lugar a reiteraciones innecesarias y también, por el contrario, a presunciones injustificadas, circunstancias que contribuyen a dificultar notablemente su lectura. Por fortuna, existe al final del trabajo (pp. 280-288, significativamente intituladas “Comentarios reiterativos”) un buen resumen de su contenido, que permite al lector fijar con exactitud las ideas fundamentales esgrimidas por el autor. Por ello, puede pensarse que tal vez hubiera sido conveniente realizar una recomposición de todo el ensayo sobre las líneas básicas dibujadas en dicho resumen, y refundir el material completo en una nueva síntesis algo más clara y compacta. En todo caso, debe recomendarse al lector iniciar el examen del tema a partir de esas páginas finales, ya que sin duda le resultará mucho más fácil y provechoso el adentrarse en la lectura del trabajo en su totalidad, con toda su riqueza de detalles eruditos y profundas reflexiones.

Otro punto de ligera disonancia con el autor de este magnífico ensayo es la tal vez demasiado escasa atención prestada a la importante tesis de Brian Tierney (*The Idea of Natural Rights. Natural Law and Church Law 1150-1625* [1997]; cf. también Guzmán Brito, en *REHJ* 24 [2002] 192 ss.), según la cual la noción de derecho subjetivo fue ya debidamente perfilada en la canonística del siglo XII (antes, por tanto, de las elaboraciones de la escuela franciscana de Escoto y Ockham) y, en consecuencia, su reconstrucción dogmática por los autores posteriores (más filósofos y teólogos que juristas) pudo verse a su vez muy influenciada por categorías del Derecho canónico. Es cierto que este no es aquí el objeto central del trabajo de Carpintero (que busca indagar, y lo hace con acierto, en las raíces teológicas y filosóficas de esta noción jurídica, excluyendo explícitamente las contribuciones de las escuelas jurisprudenciales de la época); pero una cuestión así de grave en relación con el tema planteado no puede desahucarse con una escueta referencia en una página (pág. 41), sino que hubiera requerido –a nuestro modo de ver– una discusión más detallada en orden a verificar la indudable interrelación entre las construcciones teológicas y las elaboraciones canonistas de la época. Con esto no tratamos de formular ninguna crítica al modo de proceder del autor –que consideramos impecable en cuanto a su propósito–, sino únicamente de hacer un mero apunte que, a nuestro juicio, hubiera podido enriquecer un texto de por sí irrefutable tanto por su exhaustividad como por su profundidad.

Los siguientes trabajos (al igual que el primero al que nos hemos referido), como ya hemos señalado, sirven de envoltura y complemento al estudio fundamental de Carpintero y (sobre todo el segundo que vamos a mencionar a continuación) vienen a corroborar sus tesis principales. El primero de dichos trabajos es el que viene firmado por Manuel Jesús Rodríguez Puerto con el título de “*Jus commune* y derechos subjetivos en el siglo XVI” (pp. 289-244) y constituye, en cierto sentido, un adecuado contrapunto al ensayo de Carpintero, en la medida en que relata la evolución de la noción de derecho subjetivo en la civilística europea, principalmente en el Humanismo jurídico del s. XVI, pero sin desatender los precedentes medievales de las construcciones civilistas. El autor pasa revista con amplia erudición al juego de los conceptos de *ius*, *actio* y *dominium* manejados por las escuelas civilistas medievales (Odofredo, Butrigrario, Fulgoso, Bártolo, Alberico de Rosate, Filippo Decio, etc.) y, posteriormente, por algunos autores del *mos Gallicus* (Baron, Hotman, Duareno, Coras, Connan, etc.), constatando que en ellos hay un rechazo implícito a la noción canonista del ‘*ius ad...*’ y que sólo dificultosamente se abre paso en sus obras la idea de facultad sobre las cosas concedida por el ordenamiento (*ius*) al individuo particular, sobre todo ligada a una noción amplia de *dominium*: los civilistas continúan así apegados a las acepciones romanas del *ius*, entre las cuales la idea de facultad no es de las más destacadas (el tema ha sido estudiado también por el autor en un trabajo publicado en *Ius fugit* 5/6 [1996/97] 491 ss.). Sólo entre los humanistas de carácter más sistemático (Connan, Grégoire, Doneau), llevados por una concepción del Derecho más imperativista, comenzó a prestar un mayor rendimiento la noción del derecho como facultad, es decir, de poder sobre las cosas, de manera que el ordenamiento pudiera concebirse como una jerarquía ordenada de poderes a partir de esa noción esencial de facultad. No obstante, entre los romanistas humanistas aún primaba la asociación de distintas causas a diferentes facultades en virtud de situaciones y relaciones *objetivas*, de modo que su construcción sistemática de la idea de derecho subjetivo no pudo alcanzar el grado de rigor y abstracción que caracterizó a las sistemáticas iusnaturalistas modernas, basadas ya plenamente en una concepción individualista del derecho subjetivo (vid. también el trabajo del mismo autor publicado en *REHJ* 26 [2004] 301 ss.).

Esta reelaboración iusnaturalista y racionalista de la noción de derecho subjetivo es precisamente el objeto de análisis del segundo de los trabajos del mismo

autor, que lleva por título “Propiedad e individuo en la Modernidad” (pp. 345-387). En él –al igual que en el artículo de Francisco Carpintero– se pone de relieve la dependencia de las construcciones sistemáticas de Grocio, Pufendorf y Locke respecto de las ideas de la Segunda Escolástica española (especialmente, de Francisco Suárez) y de Fernando Vázquez de Menchaca. En todos estos autores, la noción de propiedad se vincula esencialmente al ámbito de libertad existente en el “estado de naturaleza”, en la medida en que el hombre se considera un ser libre y aislado de los demás por naturaleza. De ahí que el derecho –y, por excelencia, el *dominium*– se vean como expresión de una cualidad moral que se impone como garantía de subsistencia de la sociedad humana, de manera distinta en función de los distintos autores, más tradicionalmente apegada a las elaboraciones tardomedievales en Grocio y Pufendorf, más innovadora e individualista en el caso de Locke (y todos ellos influidos, no obstante, por el individualismo radical de Hobbes). El punto final de este desarrollo se encontrará en el iusnaturalismo ilustrado kantiano, que verá el derecho como pura expresión de la libertad individual en tanto que poder de carácter exclusivamente personal, y la propiedad privada como consolidación más efectiva de esa realidad, en sí misma “natural”, que la comunidad garantiza a través del orden político fundado en el pacto social. En los autores kantianos se rompe, pues, de manera definitiva, con los antiguos reparos de Grocio o Pufendorf, heredados de los escolásticos, sobre el carácter “natural” del derecho de propiedad y su vinculación directa con el despliegue de la personalidad.

Por fin, el trabajo que cierra el volumen constituye, hasta cierto punto, un giro respecto a los dos anteriores, si bien enlaza de manera natural con el trabajo de Carpintero y, por otra parte, puede verse también como la respuesta escolástica a ese desafío lanzado por la Modernidad a través de la doctrina kantiana. Se trata de una contribución de Enrique V. de Mora titulada “El derecho subjetivo en la neoescolástica” (pp. 389-419), en la cual se ofrece un rápido examen de las concepciones jurídicas de varios autores (principalmente italianos) adscritos al renacimiento de la filosofía escolástica en el siglo XIX. El autor analiza las aportaciones de autores como Antonio Rosmini, Luigi Taparelli D’Azeglio o J. Prisco, en los cuales se observa la preeminencia del pensamiento de Francisco Suárez frente al tomismo estricto que pretenden defender. De ahí que sus construcciones jurídicas estén repletas de esencialismos e inmutabilidades alejados del realismo aristotélico-tomista y de la flexibilidad del pensamiento jurídico tradicional, más apegado a una visión casuista y problemática del ordenamiento jurídico. En consecuencia, según el autor, las obras de estos filósofos ofrecen una visión rígida y conservadora del Derecho –contra el liberalismo de su época–, pero, a la vez, en ellas se deslizan expresiones y categorías que revelan una concepción subjetivista del derecho muy semejante a aquella que trataban de combatir.

La impresión final que se desprende del conjunto de la obra que aquí comentamos es que representa sin duda una muy destacada aportación a la reconstrucción genealógica de uno de nuestros conceptos jurídicos fundamentales, la cual permite asimismo comprobar la sorprendente vigencia de construcciones de pensamiento radicadas en el Medievo en la arquitectura general de la visión moderna del Derecho. Ha faltado, quizá, a nuestro juicio, un análisis más profundo de la problemática del derecho subjetivo en el pensamiento jurídico romano (que permitiera, además, explicar sus ramificaciones en el pensamiento jurídico europeo tradicional) y, sobre todo, una mayor atención a las elaboraciones dogmáticas de la ciencia jurídica decimonónica, sobre todo de la Pandectística alemana (tan tributaria, sin duda, de los esquemas de pensamiento del iusnaturalismo ilustrado liberal, pero combinado con representaciones conceptuales derivadas de la tradición romanista), que son las que han marcado de modo más directo (aunque quizá también más superficial) las exposiciones aún hoy dominantes en la filosofía jurídica y la dogmática civilista actuales.

Un estudio que pusiera de manifiesto la profunda vinculación de esas elaboraciones contemporáneas con los viejos esquemas medievales y de la primera modernidad –tan oportunamente analizados y destacados aquí– hubiera sido, qué duda cabe, un perfecto complemento que cerrara el círculo del desarrollo histórico del concepto aquí estudiado.