

DERECHO Y DERECHOS EN LA ANTIGÜEDAD ROMANA

José Justo Megías Quirós¹

Resumen

Recogen estas páginas un breve análisis de la concepción del derecho en la Roma antigua. Durante los periodos arcaico y clásico los juristas romanos desarrollaron una doctrina jurídica de carácter objetivista. Aunque en los textos del periodo postclásico se intuyen las primeras referencias al derecho subjetivo, no se descubren en los juristas romanos referencias a los derechos naturales como fueron presentados siglos más tarde.

Palabras clave: Derecho natural, derechos personales, derechos naturales, derecho subjetivo, Antigüedad

LAW AND RIGHTS IN ROMAN ANTIQUITY

Abstract

These pages contain a brief analysis of the concept of Law in Ancient Rome. During the archaic and classical periods, Roman jurists developed a legal doctrine

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cádiz. Director del Grupo PAI SEJ-310 del Plan Andaluz de Investigación. Miembro del Proyecto I+D+i DER2012-39629 sobre protección de datos de carácter personal y del Proyecto de Excelencia P12-SEJ-2388 sobre derechos fundamentales. Dirección postal: Facultad de Derecho. Avda. de la Universidad 4. E-11406 Jerez Fra. (España).

Dirección electrónica: josejusto.megias@uca.es.

of objectivism. In the Post-classic period the first references to subjective right can be found. However, roman jurists did not conceive natural rights as they were presented centuries later.

Key words: Natural Law, personal rights, natural rights, subjective right, Antiquity

Una visión plana de la Historia puede llevar a pensar que desde el momento en que los juristas romanos admitieron la existencia del Derecho natural la consecuencia inmediata debió ser el reconocimiento de unos derechos naturales a toda persona sin distinción². Esta mentalidad, propia de nuestra época, no existió en la Antigüedad. Para nosotros resulta difícil concebir un orden jurídico que se agote en regular las situaciones y relaciones humanas, lo que es recto y lo que no lo es, sin reconocer u otorgar derechos, pero así es como entendieron el Derecho los juristas de la Antigüedad. Es cierto que los ciudadanos romanos, Cicerón por ejemplo, pudo votar y ser votado para ocupar una magistratura, pero en ningún texto de la época podremos leer que Cicerón tuviera el derecho al sufragio activo y pasivo. No se trataba solamente de una cuestión terminológica, sino de la propia concepción del Derecho y de la realidad jurídica.

² Así lo entienden quienes, por ejemplo, entroncan los derechos humanos con la Antigüedad. Es el caso de L. Peña, que reputa “falsa la tesis de que en la antigüedad no había la idea de los derechos humanos”. “La Fundamentación Jurídico-Filosófica de los Derechos de Bienestar”, en L. Peña y T. Ausín (eds.), *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*. Plaza y Valdés, México/Madrid, 2006, § 01, “Los Deberes Humanos en la Antigüedad”, párrafo 2. En otro lugar expone que “Podemos, pues, afirmar, sin temor a la duda, que la noción de derechos humanos es, en la cultura mediterránea, al menos tan vieja como la filosofía estoica de la antigüedad clásica”. “Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos”, en *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, II Época, 8 (2013), p. 51.

La aparición de los derechos en el escenario jurídico tuvo que esperar a que el sujeto individual cobrara relevancia hasta pasar a convertirse en el centro indiscutible del mundo jurídico. El primer paso se advierte en la progresiva aparición del derecho subjetivo en el periodo postclásico romano, fruto de la creciente legalización social. Pero el surgimiento de los derechos naturales como libertades, facultades personales o poderes de todo ser humano por el hecho de existir, necesitó no sólo la normalización del subjetivismo jurídico, sino también un fundamento o razón de su universalidad. Hoy se admite generalmente que el fundamento de los derechos naturales -o humanos, si queremos llamarlos así-, lo que los hace universales, indiscutibles e iguales para todos, es la igual dignidad de todo ser humano. Pero esa igual dignidad no fue reconocida desde el momento en que comenzó a vislumbrarse la dignidad humana, y no me refiero a que no fuera reconocida en la práctica jurídica, sino que no llegó siquiera a ser formulada sólidamente en el plano filosófico como fundamento de derechos.

En estas páginas trataré de exponer brevemente que el Derecho natural al que apelaron los juristas romanos en un principio sólo constituyó un orden de regulación que estatúa lo justo, sin atribuir derechos personales tal como los entendemos en la actualidad. También trataré de exponer cómo se abrió paso el subjetivismo jurídico haciendo posible, con el paso del tiempo, la aparición de los derechos naturales universales ya en la Edad Media.

1. El objetivismo jurídico de la Antigüedad

Hasta finales del periodo clásico (año 230 d.C.) el término *ius* tuvo diversas acepciones, pero la principal fue aquella que lo identificaba con *lo justo* en un doble sentido, bien como la misma cosa justa (*res iusta*), bien como el orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo. Entendido como la misma cosa justa, el *ius* constituía una realidad debida a otro en atención a una relación de igualdad, expresando, por tanto, la medida de lo justo en las relaciones con los demás³. En su segunda acepción, la más interesante como objeto de este

³ Cfr. J-P. Schoupe, “La concepción realista del Derecho”, en *Persona y Derecho* 11

estudio, significó el orden jurídico regulador de las relaciones humanas rectas, normalmente acompañado de un calificativo que acotaba el ámbito de aplicación y su fuente. En este sentido, por citar algunos de los juristas más importantes, Ulpiano diferenció entre *ius publicum* y *privatum*, que dividió a su vez en *naturale*, *gentium* y *civile*. Papiniano habló del *ius civile et praetorium*, Gayo del *ius civile et gentium*, y Paulo del *ius naturale, civile y honorarium*. En aras de la brevedad me centraré únicamente en la clasificación que diferenciaba entre derecho natural, de gentes y civil, que sería la de mayor trascendencia para concepción del Derecho durante los siglos posteriores.

El *ius civile* romano fue, desde los orígenes de Roma, de aplicación exclusiva a las relaciones entre los ciudadanos romanos. La progresiva afluencia de *peregrini* a la Gran Urbe y el incremento de las relaciones comerciales con los *barbari* hicieron necesario buscar un nuevo orden aplicable a los implicados en las relaciones jurídicas, tuvieran o no la condición de ciudadanos⁴. Así surgieron aproximadamente a mitad del siglo II a.C., junto al *ius civile*, las referencias al *ius gentium* como orden común y universal, aceptado por su razonabilidad y sensatez. Sus exigencias o principios jurídicos no eran creados por la razón, sino descubiertos por la razón natural al analizar la realidad jurídica concreta con sus circunstancias.

(1984), pp. 555-566. La *cosa* misma relacionaba a las personas, sin que se pudiera interpretar como la atribución de una facultad o poder que pudiera corresponder a las partes a causa de esa relación. Esta acepción del Derecho está profundamente estudiada, entre otros, por M. Villey y J. Hervada, a cuyas publicaciones me remito.

⁴ Perdería en parte este sentido cuando el emperador Antonino Caracalla promulgó en el año 212 d.C. la *Constitutio Antoniana* que reconocía la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio. Pero ello no supuso su desaparición, sino que pasó también a cumplir la misión de rellenar las lagunas del propio derecho civil –apelándose para ello a la *ratio naturalis*– y acomodar las instituciones jurídicas desfasadas. Esto permitió la dulcificación de algunas normas ancestrales que habían parecido aceptables en etapas anteriores, pero que con el paso del tiempo la razón mostraba como inhumanas (determinadas normas penales y sus penas, por ejemplo). Cfr. G.H. Sabine, *Historia de la teoría política*. Revisada por Th. Landon Thorson. FCE, México-Madrid, 2002, p. 140. Cfr. también R. Domingo, “La jurisprudencia romana, cuna del Derecho”, en *Ex Roma ius*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 19-54.

Las primeras referencias filosóficas al *ius gentium* las encontramos en textos de autores con formación estoica y conocimientos jurídicos, en concreto en los de Cicerón, razón por la que algún autor le ha atribuido el título de padre del derecho de gentes⁵. El problema es que Cicerón no trató de ofrecer una explicación completa del Derecho, como hubiera hecho un jurista⁶, sino que centró su objetivo en poner de manifiesto que el Derecho no dependía exclusivamente de la opinión y que, junto a las cuestiones opinables, existían verdades objetivas relacionadas con la justicia. Siguiendo ideas estoicas sobre la ley natural, apeló en su *Inventione Rhetorica* a un orden común a todo el género humano que llamó *naturae ius*⁷ y que trata con mayor profundidad en *Las Leyes*, donde reconoce que existe una “razón suprema grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios”⁸. Cicerón distinguió sin problemas entre el derecho natural común a todos los seres humanos, que comparten la misma naturaleza y la razón natural para conocerlo, y el derecho positivo humano que, a su vez, podía ser propio de cada ciudad o común a casi todos los pueblos⁹.

⁵ R. Domingo, entre otros, así lo afirma. Cfr. “Diez principios de derecho global”, en C. Arranz de Andrés y M. Serna Vallejo (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pp. 266-267.

⁶ A. d’Ors pone de manifiesto esta característica de Cicerón y de Séneca, cuyas ideas exponemos más adelante. Advierte en ellos una buena formación jurídica para ejercer correctamente como abogados y desempeñar cargos públicos, lo que les permitió expresar ideas acertadas sobre el derecho, pero reconoce en ellos la falta de precisión de los jurisprudenciosos. Cfr. A. d’Ors, “Séneca, ante el tribunal de la jurisprudencia”, en *Nuevos papeles del oficio universitario*. Rialp, Madrid, 1980, pp. 193 y 208.

⁷ “En el temprano de *Inventione Rhetorica* II, 53, 161 formula la noción del *naturae ius* –al que la filosofía medieval apela con notable frecuencia–, cuando sostiene que es aquél que no procede de la *opinión* sino de cierto *principio germinal -vis- sembrado en la naturaleza humana*”. L. Corso de Estrada, “Proyecciones de la concepción ciceroniana de naturaleza en la ética escolástica del s. XIII”, en *Anuario Filosófico* 34 (2001), p. 335.

⁸ *Las leyes*, I, 6, 18. Trad. de A. d’Ors. IEP, Madrid, 1953. Más adelante, en I, 16, indicará que “no sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que esto depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de locos”.

⁹ “Cicerón se sitúa dentro de la tradición estoica y deriva el derecho de la misma naturaleza

En Séneca se advierte un pensamiento similar. Utilizó la expresión *ius naturae* sin un carácter estrictamente jurídico en sus *Cuestiones naturales* para referirse a las leyes de la Naturaleza: “también debajo de la tierra la Naturaleza obedece a unas leyes [iura naturae] menos conocidas de nosotros, pero no menos ciertas”¹⁰. Y en *Sobre la clemencia* utilizó de nuevo el término *ius* para referirse a un orden que no podía ser jurídico por tener como objeto de regulación también las conductas de los animales, carentes de razón y de libertad; así, con la expresión *commune ius animantium* indica que existe un orden común a todos los seres, y ese orden exige tratar racionalmente a los hombres y a los animales según la condición de cada uno¹¹. Para referirse al orden propiamente humano utilizó las expresiones *ius humanum*, *ius commune generis humani* y *ius gentium*, aunque sólo con la tercera designó el verdadero orden jurídico universal, propio y exclusivo de los seres humanos, aquel que establece lo que es recto, justo y adecuado¹².

La falta de precisión terminológica se reflejó también en los juristas de la época, que, lejos de transmitirnos una visión unitaria y clara del derecho común a todos los hombres, nos legaron definiciones que podían entrañar, incluso, contradicciones entre sí. Unos, como Gayo, continuaron utilizando la expresión derecho de gentes para designar el derecho “que la razón natural establece entre todos los hombres, [y] es observado igualmente por todos”¹³. Otros, como Paulo, prefirieron

humana, mediante el reconocimiento de unas comunidades naturales, a cada una de las cuales corresponde un orden propio”. A. d’Ors, introducción a *Las Leyes*, cit., p. 24. La primera comunidad es la formada por hombres y dioses, cuyo orden jurídico es el *ius quod natura est*. La segunda es la puramente humana, en la que rige el *ius omnium gentium*. Las demás se forman en atención a la ciudadanía (*ius civile*), a la lengua, al entorno familiar, etc. La primera es la que prima sobre las demás, que no pueden contener algo contrario a ella, por lo que ese derecho natural debe ser tenido por superior a los demás. Cfr. *Ibidem*.

¹⁰ *Cuestiones naturales* III, 16. Trad. de C. Codoñer Merino. CSIC, Madrid, 1979.

¹¹ Cfr. *Sobre la clemencia* I, 18. Trad. de C. Codoñer. Tecnos, Madrid, 1988.

¹² Cfr. J. Hervada, *Historia de la Ciencia del derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1996., pp. 70-80.

¹³ D. 1, 1, 1, 9: “Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igual-

la expresión derecho natural para referirse al orden que establece lo que “siempre es bueno y equitativo”¹⁴. Ambas expresiones designaban el orden jurídico que establecía siempre lo justo y se complementaba con el derecho civil, prevaleciendo sobre éste en caso de discrepancia. Sin embargo, la influencia estoica hizo que Ulpiano propusiera una triple clasificación del derecho que terminaría por imponerse en la posteridad, aunque no mantuviera el mismo significado que le diera su autor. Junto al derecho civil, Ulpiano utilizó la expresión *ius naturale* para la ley común a todos los animales¹⁵ y la expresión *ius gentium* para el orden propio y exclusivo del género humano, del que se sirven todos los pueblos¹⁶.

Durante siglos, los contornos del derecho natural y del de gentes aparecían confusos, en ocasiones parecían ser términos sinónimos y en otras parecían indicar realidades distintas¹⁷. En ocasiones el derecho natural se mostraba como el orden exclusivo del ser humano y en otras como un orden compartido con los animales. En ocasiones el derecho de gentes aparecía como un orden estrictamente positivo,

mente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho de que se valen todos los pueblos”. Cito por *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Edición bilingüe de I.L. García del Corral. Jaime Molinas ed., Barcelona 1889-1898.

¹⁴ D. 1, 1, 1, 11: “Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil”.

¹⁵ D. 1, 1, 1, 3: “Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves”. Si seguimos literalmente esta definición, el derecho natural estaría formado por todas las inclinaciones naturales de las criaturas, sin más precisiones, lo que entrañaría que del mismo modo que se podía considerar natural el respeto mutuo entre las personas, por ejemplo, también se podría considerar natural que el más fuerte sometiera al más débil según su voluntad. Claramente no se refería al orden jurídico racional, propio y exclusivo del ser humano, sino al orden instintivo que es común en todos los animales.

¹⁶ D. 1, 1, 1, 4: “El derecho de gentes es aquél que los pueblos usan. Puede entenderse fácilmente que se distingue del natural, porque aquél es común a todos los animales, éste solo a los hombres entre sí”.

¹⁷ Cfr. sobre esta cuestión S. Ramírez, *El derecho de gentes*. Ed. Studium, Madrid, 1955, pp. 10-32, y F. Viola, “Derecho de gentes antiguo y contemporáneo”, en *Persona y Derecho* 51 (2004/2), pp. 165-170.

creado por la razón y la voluntad humana, y en otras lo hacía como un derecho suprapositivo descubierto por la razón, en el que la voluntad humana no podía intervenir para cambiar sus exigencias. Por último, también encontramos referencias al derecho de gentes como un derecho a caballo entre el natural y el civil, positivo pero universal.

Los juristas justinianeos trataron de conciliar en su compilación todos los textos dispersos y a veces confusos, llegando al punto de interpolar algunos de ellos y cambiar su sentido originario en busca de unidad y claridad. Pretendieron dejar patente en el *Corpus Iuris Civilis* la diferencia entre el derecho natural y el derecho de gentes, reservando la expresión derecho natural para el orden más importante, imprescindible para que se pudiera hablar de una sociedad justa y no sólo organizada. El derecho natural, por tanto, establecía exigencias y principios universales asequibles a la razón natural que harían posible la justicia y la armonía en todo lugar donde fuera respetado. Resultaba impensable que tuvieran cabida en él instituciones que rozaran algún tipo de injusticia, como la guerra, la esclavitud, la división y separación de los pueblos, la división de las propiedades, etc., que debían pertenecer forzosamente a otro orden jurídico, el derecho de gentes¹⁸. Este derecho, muy próximo al natural, sería tan sólo un orden humano positivo, pero de tal razonabilidad y aceptabilidad que sus exigencias serían aceptadas y respetadas por la práctica totalidad de los pueblos; a él se atribuyeron las instituciones indeseables que, consideradas necesarias para la sociedad en determinadas situaciones, fueron admitidas exclusivamente para evitar un mal mayor. En la reconstrucción

¹⁸ Ulpiano, Florentino y, de forma indirecta, Hermogeniano ya habían atribuido la esclavitud al derecho de gentes (y no al natural), pero su derecho de gentes aparecía confundido con el natural, por lo que no servía para explicar la aceptación generalizada de esta institución. Los textos originales de los juristas importantes que afirmaban la naturalidad de la esclavitud fueron interpolados por los compiladores para cambiar su sentido. Así se aprecia en D. 50, 17, 32 (“Por derecho civil, los esclavos no son personas, pero no por derecho natural, pues por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales”) y en D. 12, 6, 64 (“Como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes,...”). Cfr. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 496-497.

llevada a cabo por los compiladores justinianos bajo la influencia cristiana se apuntó a un origen divino del derecho natural, mientras que el origen del derecho de gentes radicaba definitivamente en la voluntad humana¹⁹.

Con estos caracteres fue recogida la clasificación del derecho por Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*, donde trató de compaginar las diversas acepciones. El derecho natural constituía un orden universal de origen divino que siempre exigía lo justo y prohibía lo injusto; a él pertenecían, por ejemplo, el matrimonio, la educación de los hijos, la sucesión hereditaria, la posesión común de los bienes, la libertad de todos los hombres, el dominio de éstos sobre todo lo creado, la restitución del depósito y la legítima defensa²⁰. Sin embargo, el derecho de gentes no era universal, sino un derecho que por su aceptabilidad usaban *ordinariamente* casi todos los pueblos y regulaba instituciones tales como la ocupación, construcción o fortificación de plazas fuertes, las guerras, los cautiverios, la esclavitud, las reintegraciones a la patria, las alianzas de paz y las treguas. Su casi universalidad respondía a que la solución jurídica encontrada a un problema real era tan razonable que prácticamente todos los pueblos o una gran parte de ellos la habían aceptado como la más adecuada, pero que, además de provenir de la razón humana, requería la aceptación de la comunidad política para convertirse en obligatoria para ella²¹.

¹⁹ Se hace palpable esta idea en D. 1, 2, 2, donde se enumeran las instituciones legitimadas por el derecho de gentes aun siendo contrarias al derecho natural por atentar contra la igualdad natural de todos los hombres. La causa justificadora de la legitimación no es otra que la “necesidad humana” en ese momento.

²⁰ San Isidoro, *Etimologías* V, IV. Trad. de J. Oroz y M.A. Marcos. BAC, Madrid, 1983. Define aquí el derecho natural como “el que es común a todos los pueblos, y existe en todas partes por el simple instinto de la naturaleza, y no por ninguna promulgación legal”.

²¹ Esta combinación de razón y voluntad en el derecho de gentes isidoriano hace afirmar a Elías de Tejada que su derecho de gentes es un derecho humano positivo, primer germen del que más tarde sería el derecho internacional. Cfr. F. Elías de Tejada, “Ideas políticas y jurídicas de san Isidoro de Sevilla”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLI, nº 3 (1960), pp. 25-26. Juristas posteriores intentarían ofrecer una doctrina más clara sobre el derecho natural y el derecho de gentes, pero no consiguieron desterrar todas las confusiones generadas en la Antigüedad. Es más, en ocasiones se introdujeron nuevas discusiones escolásticas sobre el derecho natural primario o secundario, sobre el derecho natural *ut natura* y *ut ratio*, etc. Cfr. F. Carpintero, *Historia breve del derecho natural*.

Lo llamativo es que durante toda la Antigüedad sólo se habló de un derecho natural común a todos los hombres, pero no de poderes, facultades o libertades naturales que correspondieran con carácter universal a todo hombre sin excepción como hoy reconocemos en los derechos humanos. Y es que durante todos estos siglos prevaleció una concepción objetivista del derecho, como orden regulador de lo justo y de lo recto, no como una vía para asegurar los derechos de los individuos.

2. La suave pendiente hacia el subjetivismo jurídico

A pesar de esa concepción objetivista, ¿pudo originarse en el ámbito jurídico un subjetivismo incipiente que condujera finalmente a la admisión de derechos como precedentes de los derechos naturales? El interrogante responde a que, junto al *ius* como orden regulador, encontramos también este término utilizado en algunos textos de un modo que recuerda el uso que de él hacemos en la actualidad para señalar la existencia de derechos, de ahí que la doctrina haya discutido si expresiones como *ius testandi*, *ius adipiscendae civitatis Romanae*, *ius tutoris optandi*, *ius utendi fruendi*, etc., deban ser entendidas al menos como facultades o poderes equivalentes a nuestros *derechos* subjetivos.

2.1. La mentalidad sobre los derechos hasta finales del período clásico

Durante el periodo clásico se produjo un cambio político sustancial que afectó al Derecho. Si bien la producción jurídica se había caracterizado desde los inicios de Roma por tener un origen eminentemente privado, a partir de Octavio Augusto se vio sometida a un control político cada vez mayor. Describe d'Ors cómo en un principio junto al *ius* jurisprudencial, verdadero Derecho y revestido de carácter intelectual, existía también la *lex*, que, sin formar parte de él, constituía más bien una simple manifestación del poder del gobernante: “*Ius* y *lex* se mantenían como órdenes distintos, y tan sólo la progresiva intromisión de la *lex* en el terreno del *ius*, dando orientaciones al administrador de la justicia y condicionando las resoluciones casuísticas de la misma jurisprudencia, hizo que la *lex*, la *lex* pú-

Madrid, Colex, 2000, pp. 13-34.

blica, llegase a ser considerada como productora de *ius*, como fuente del cho”²². La ley se convirtió así en fuente del derecho junto a los *responsa prudentium* no por su propia autoridad, sino apoyada en la fuerza del gobernante, y fue ganando poco a poco terreno con el sistema del *ius publicae respondendi* fomentado por el emperador, que trató de convertir a los juristas en meros asesores del legislador y de la voluntad imperial²³. En este cambio, que rompe con la tradición jurídica secular de Roma, intuye d’Ors el punto de inflexión para que, con el paso del tiempo, apareciera el subjetivismo jurídico²⁴.

M. Villey negó que los juristas de esta época utilizaran la figura del derecho subjetivo²⁵, aunque las críticas le llevaron a matizar que sólo descartaba la concepción subjetiva del *ius* propia de la Modernidad²⁶, como atributo individual o poder

²² *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español (CSIC), núm. 24, Roma-Madrid, 1973, p. 2. Cfr. también *Una introducción al estudio del Derecho*. Rialp, Madrid, 1963, pp. 151-152.

²³ Afirma d’Ors que si bien Octavio Augusto fue el iniciador, con Adriano se consolidan los *rescripta* imperiales –junto a los *responsa prudentium*– como nueva fuente del *ius* que acabará por desplazar a los *responsa* privados. Cfr. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 89. El poder absolutista convirtió la ley en fuente única del derecho a mitad del siglo III al monopolizar la Jurisprudencia y suprimir los jueces privados. “Se impuso victoriosamente la técnica, que es cosa al alcance de cualquiera, sobre la prudencia, que es virtud más exquisita. Y por encima de todo el mundo jurídico se entronizó la autoridad de la Ley. El legalismo”. *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, cit., p. 60.

²⁴ “Las *leges* imperiales son sí normas y el *ius* que constituyen es un Derecho objetivo en el sentido moderno. Nada queda ya a la *disposición* de los particulares, si no es el acogerse simplemente a los beneficios de las leyes. Por este motivo, surge en época post-clásica la idea de *ius* como derecho subjetivo”. A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*”, en *Studi in memoria di E. Albertario*. Milano, Giuffrè, 1953, vol. II, p. 297.

²⁵ “El derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea del derecho subjetivo”. “El *ius in re* del Derecho romano clásico”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso (Chile), 1976, p. 128.

²⁶ Reconocía Villey que “nadie puede prescindir completamente de la idea de derecho subjetivo. Pero qué diferencia hay entre la idea romana de derecho subjetivo” y la posterior que ha llegado hasta nosotros. “Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo” en *Estudios en torno...*, cit, p. 97; cfr. también “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”, en *Estudios en torno...*, cit., p. 35.

personal jurídicamente protegido. A su juicio, el *ius* sólo indicaba un estatuto de las cosas de acuerdo con la equidad, que servía al jurista para discernir lo que estaba atribuido a cada uno y a cada cosa, ya fuera algo ventajoso o desventajoso²⁷. No se trataba, por tanto, de poderes que correspondieran al individuo que se presentaba ante el jurista con la pretensión de que le fueran reconocidos como suyos, sino que acudía al jurista para que éste determinara el estatus jurídico, la situación jurídica de todos y de todo lo implicado, de la que derivarían tanto poderes o facultades como cargas o castigos para cada una de las personas implicadas en la situación jurídica²⁸.

D'Ors mantuvo una idea similar a la de Villey, pues “aunque podemos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría”²⁹. Para d'Ors, los romanos del periodo clásico no separaron los aspectos objetivo y subjetivo del derecho con el rigor con que lo hacemos hoy, sino que emplearon el término *ius* con un valor *dinámico* que abarcaba estos dos aspectos y otros intermedios, difíciles de clasificar para la mentalidad contemporánea³⁰. El *ius* que aparece en la definición de justicia de Ulpiano significaba, por tanto, reconocer a

²⁷ Afirma A. Guzmán Brito, refiriéndose al pensamiento de Villey, que “debe insistirse en que no se trata de que los antiguos hayan desconocido la noción de poder: el derecho romano está lleno de poderes; sólo que los antiguos no hacen de los poderes un derecho, ni de la determinación de los poderes el objeto de la ciencia jurídica; como se dijo, el *ius*, en tanto partición justa de ventajas y desventajas, es delimitadora del poder; el derecho subjetivo, en cambio, lo reafirma”. “Presentación” a *Estudios en torno...*, cit., p. 18.

²⁸ “Se trata, estudiando cada cosa (*rerum notitia*) y, más precisamente, lo justo de cada cosa (*justi atque injusti scientia*), de descubrir lo que cada uno es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia condición: *ius suum*, su lugar en el todo”. M. Villey, “*Suum ius cuique tribuens*”, en *Estudios en torno...*, cit., p. 65.

²⁹ “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 280. Aquí hace notar d'Ors la ambigüedad del término, “que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad”, pero sin separar los dos aspectos.

³⁰ Cfr. “Varia romana: I. *Ius*, en sentido objetivo-subjetivo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español XXIV* (1954), pp. 635-636, y “Varia romana: I. *Ius*, posición jurídica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español XXV* (1955), p. 825.

cada cual su posición justa, algo mucho más complejo que un simple derecho. Así, el juez que recibía la queja de un ciudadano y debía decidir sobre el conflicto jurídico, después de estudiarlo, *pondría* o colocaría a cada una de las partes implicadas en su posición debida³¹.

En igual sentido se pronuncia R. Domingo al analizar las endíadis *ius ratumque, facultas iusque* y *ius potestasque*, cuyas primeras referencias se remontan al siglo I a.C., concluyendo que, en estas fórmulas, la expresión *ius* no equivale a los derechos tal como los entendemos hoy. En *ius ratumque*, el *ius* tenía una función adjetival y se utilizaba en su vertiente objetiva, significando “lo que es justo” y válido (*ratum*) porque así lo había establecido una ley. En el caso de *ius potestasque*, el *ius* muestra su aspecto subjetivo, pero sólo equiparable a lo que hoy entendemos por capacidad, claramente diferente del concepto moderno de derecho como poder o facultad³².

Sin embargo, Albanese³³, Crifó³⁴ y Pugliese³⁵ defendieron el uso del *ius* claramente en sentido subjetivo, como facultades otorgadas por los *responsa* o por las

³¹ “El juez *pone* las cosas en su sitio; coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*”. A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., pp. 284-285.

³² R. Domingo, “Ius ratumque y ius potestasque (Una contribución al concepto de *ius*)”, en *Persona y Derecho* 25 (1991), pp. 53 y 57-58. Algo similar ocurre con la endíadis *facultas iusque*: “En el *Codex Theodosianus* se nos conserva la expresión *facultas iusque*, pero no en el sentido de derecho subjetivo, sino en el de capacidad”. Op. cit., p. 56. En el mismo sentido, cfr. Guzmán Brito, “Introducción del concepto de derecho-facultad (“derecho subjetivo”) en la Ciencia Jurídica y en la Política”, en *Legal Roots* 1 (2012), pp. 7-8, M. Breto-ne, “La *coscienza ironica* della romanistica”, en *Labeo* 43 (1997), pp. 187-201 y C. Gioffredi, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano* 70 (1967), p. 228.

³³ Sitúa al final de la República el nacimiento de la idea del derecho subjetivo, perfilado en etapas posteriores. Cfr. B. Albanese, “Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo”, en *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*. Giuffrè, Milano, 1963, vol. IV, p. 10.

³⁴ En su artículo “Diritti della personalità e diritto romano cristiano”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano* 64 (1961), pp. 33-59, da por admitido el derecho subjetivo, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad.

³⁵ Vid. un extenso comentario a las ideas de Pugliese, contestando a Villey, sobre el uso del derecho subjetivo por los juristas romanos en E. Regino García, “Derecho subjetivo y

leyes. Se fijaron en expresiones recogidas en algunos textos como *ius testandi*, *ius utendi fruendi*, *ius fundi*, etc., que hoy llamamos derecho a testar, a usar, etc., sin más. Para d’Ors, esas expresiones sólo designaban una posición jurídica y no un derecho³⁶. La expresión *ius fundi*, por ejemplo de D. 50, 16, 86, no se refería a un derecho personal, sino a la *posición jurídica* del fundo, con un sentido objetivo y subjetivo al mismo tiempo. Los *iura* que acompañaban a cada fundo constituían sencillamente las ventajas económicas de aquél en cuanto que conformaban una posición reconocida como jurídica. Al igual que se podía perjudicar la posición jurídica de una persona, también la posición jurídica de un fundo podía resultar perjudicada, es decir, podía estar gravada con cargas, sin que ello debiera entenderse como que se estaba perjudicando un derecho subjetivo³⁷. El *ius fundi* era una posición jurídica del fundo, con independencia de quien fuera su propietario o poseedor; si sobre ese fundo existieran servidumbres, también el beneficiario de éstas tendría una posición en íntima relación con la de aquel. El propietario del fundo no tenía un *ius* en el sentido moderno, sino que tenía la *res* misma, el fundo con su posición jurídica, y el beneficiario de la servidumbre tenía un *ius* “que se equipara, por un proceso en cierto modo metafórico, a una *res* y se designa como *res incorporalis*”³⁸. Ese *ius fundi*, “desde el punto de vista del titular, puede parecer una facultad que éste tiene, en tanto, considerado en relación con las realidades jurídicas circundantes y como tal *ius fundi* en sí, se nos aparece, en cambio, como régimen normativo del fundo mismo”³⁹.

concepto de *ius*”, en *Revista de Derecho de la Universidad del Norte* 5 (1995), pp. 26-29.

³⁶ Cfr. A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., pp. 285 y ss. También Guzmán Brito, “Presentación” a *Estudios en torno...*, cit., pp. 18-19.

³⁷ Si en D. 2, 9, 1, 1 se habla del *ius actoris deterius facere* referido a la persona, en D. 50, 16, 86 se refiere al fundo: *ius fundi deterius facere*. En “Las Instituciones de Gayo...”, cit., pp. 86-88, afirma Villey que no se puede entender la servidumbre como un derecho subjetivo, sino como una situación pasiva: la relación que liga a un fundo con otro fundo, realidad objetiva que puede convertirse, en relación con el hombre que la aprovecha, en un valor, en una cosa susceptible de utilización jurídica.

³⁸ Cfr. A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 288.

³⁹ A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 290. También Villey se muestra

Del mismo modo, con *ius altius tollendi* no se quería significar “la facultad de elevar el edificio”, sino la posición justa de edificio elevado; *ius tigni immittendi* no significaba la facultad de apoyar una viga en el edificio vecino, sino la posición justa de edificio que apoya su viga en el edificio vecino; y en el mismo sentido, *ius utendi fruendi* era la posición justa de uso y disfrute, el *ius testandi* era la posición justa de testador, el *ius adipiscendae civitatis Romanae* era la posición justa de quien adquiriría la ciudadanía, el *ius tutoris optandi* era la posición justa de opción de tutor, el *ius cognationis* o *ius adfinitatis* eran la posición justa de cognación o de afinidad, etc. Todos estos *derechos* no eran entendidos como nosotros entendemos hoy el derecho a testar, a obtener la ciudadanía, etc., sino como una posición jurídica con implicaciones objetivas y subjetivas simultáneas⁴⁰.

O. Robleda se apoya en los textos de Gayo para defender el uso de *ius* como derecho subjetivo; sin embargo, se advierte nítidamente que los términos *ius* o *iura* fueron utilizados por este jurista unas veces para indicar lo que hoy entendemos como facultad lícita de hacer algo y otras para indicar un gravamen. Encontramos una muestra de ello cuando Gayo afirma que a un predio podía corresponder un *ius altius tollendi* o un *ius non extollendi*⁴¹. Para Villey ésta era una prueba de que *ius* no se podía entender como derecho en sentido moderno, puesto que unas veces significaba derecho y otras significaba carga⁴². En otro texto afirma Gayo, refirién-

muy próximo a esta visión: “Solamente algunos de los *iura* particulares, el usufructo o la prenda, por ejemplo, objetivamente enfocados en el sistema de las Instituciones, muy pronto podrán ser pensados como derechos subjetivos, por un desplazamiento del sentido natural. Pero esas pocas creaciones aisladas no constituyen un sistema de derechos subjetivos”. “Las Instituciones de Gayo...”, cit., pp. 98-99.

⁴⁰ Gioffredi reconoce que estas expresiones pueden ofrecer una idea próxima al sentido subjetivo del derecho, pero en realidad muestran un claro valor objetivo. Cfr. “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo...”, cit., pp. 230-235.

⁴¹ Cfr. Gayo, *Instituciones* 2, 14. Ed. coordinada por F. Hernández-Tejero. Civitas, Madrid, 1985, p. 108. Se refiere a las posibles servidumbres, de hacer o no hacer, de un predio cuya edificación incide sobre las luces y vistas del predio vecino.

⁴² Cfr. M. Villey, “Los orígenes de la noción...”, cit., pp. 35-39. Para salvar esta dificultad, Robleda mantenía que cuando el *ius* se entendía como una carga estaba implicando un derecho de la persona que se beneficiaría por la prohibición de edificar del vecino, o de que

dose a la potestad sobre los hijos que “este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad sobre sus hijos como la que nosotros tenemos”⁴³. Mantiene Robleda que esta potestad o poder constituía un genuino derecho del padre sobre su hijo⁴⁴. Para d’Ors, en cambio, no lo era: el *ius* del *pater* no era su derecho, sino su posición de *pater*, y su *potestas* era el poder de actuar en cada momento y con relación a sus hijos desde tal posición de padre. El aditamento de *potestas* agregaba la idea de “facultad de actuar” precisamente en virtud de esa posición de *pater*⁴⁵.

2.2. Los cambios del periodo postclásico

Afirma d’Ors que con el creciente control imperial del derecho a partir del siglo I y con la monopolización de la ley no quedó a los particulares más opción que “acogerse simplemente a los beneficios de las leyes. Por este motivo, surge en época post-clásica la idea de *ius* como derecho subjetivo”⁴⁶. Pudo ser, por tanto, este legalismo el que facilitó un cambio de mentalidad para que la figura de los derechos se abriera camino de forma lenta, pero constante.

Entre los supuestos más notorios que pueden ejemplificar este cambio encontramos los casos en los que el *ius* era objeto de transmisión. *Adquirere* o *amittere ius* podía decirse de la *posición justa*, pero sin entender que se transmitiera la posición. *Alienare ius*, en cambio, parecía ser una expresión postclásica. Así, en el texto de Ulpiano recogido en D. 1, 3 41 leemos que “todo derecho consiste o en adquirir o en conservar o en disminuir; pues o se trata de qué modo una cosa se

impidiera que llegaran las aguas de lluvia o la luz, etc. Cfr. O. Robleda, “La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico”, en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano* 80 (1977), pp. 34-35.

⁴³ Gayo, *Instituciones* 1, 55 (edición citada, p. 48).

⁴⁴ Cfr. O. Robleda, “El derecho subjetivo en Gayo”, en *Studi in onore di G. Scherillo*. Milano, Giuffrè, 1972, vol. I, pp. 8-9.

⁴⁵ Cfr. A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., pp. 293-295.

⁴⁶ A. d’Ors, “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 297. Expone a continuación unos pasajes en los que el término *ius* aparece en sentido subjetivo: D. 2, 8, 7, pr.; 40, 11, 3; 48, 7, 7; 49, 17, 19, 2; etc.

hace de alguien, o de qué manera alguno conserve alguna cosa o su derecho, o de cómo los enajene o pierda”; parece apreciarse ya la distinción entre la norma y algo que deriva de la norma; aparecía un *ius* objetivo, que consistía en normas para la adquisición, conservación o pérdida del *ius suum*, que a su vez podría ser entendido ya como un *ius* subjetivo. “La forma es, gramaticalmente, inadmisibile. Es posible que Ulpiano tratase ahí tan sólo de *iura praediorum* y los bizantinos dieran, mediante retoques, un valor general a sus palabras”⁴⁷. Lo mismo sucede con los textos D. 8, 5, 20, 1⁴⁸ y D. 50, 17, 175, 1⁴⁹, que tratan sobre *alienare* y *transire ius*, y cuyas interpolaciones hacen que *ius* deba ser entendido en sentido subjetivo⁵⁰.

También Gioffredi apunta este posible deslizamiento hacia el subjetivismo jurídico⁵¹ y en el mismo sentido se pronuncia Coing, que advierte la insignificancia

⁴⁷ A. d’Ors, A., “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 299.

⁴⁸ “Muchos de un municipio, que poseían diversos predios, compraron un bosque común, para tener el derecho de apacentar en común, y esto se guardó también por sus sucesores; pero algunos de los que tenían este derecho vendieron sus propios predios; pregunto, ¿en la venta habrá seguido también aquel derecho a los predios, habiendo sido los vendedores de voluntad de enajenarlo también?”

⁴⁹ Se recoge en este pasaje que cuando la ley establece que algo debe ser hecho por persona libre, no puede intervenir un esclavo, para añadir a continuación que “no debo ser de mejor condición que mi derecho-causante, del cual pasó a mí el derecho”.

⁵⁰ “El clásico, en cambio, hablaba del *ius compascui*, que debe seguir al predio dominante, cuando éste es enajenado. El uso clásico de *ius* se entremezcla en estos textos con el uso postclásico”. A. d’Ors, A., “Aspectos objetivos y subjetivos...”, cit., p. 299.

⁵¹ Alude a “la progressiva tendenza del diritto postclassico e giustiniano verso il dogmatismo e le costruzioni teoriche, lascerebbe presumere un’accentuazione del valore astratto di *ius* nei testi del Digesto fondatamente sospettati di rimaneggiamento. In effetti in quei testi ricorre talvolta una terminologia non ignota al diritto classico, ma che è al di fuori di ogni sistematica delle *res* -com’è ad es. nelle Istituzioni di Gaio (2, 12-14)- e che perciò non può intendersi come istituto che costituisce una prerogativa, ma piuttosto come un’entità ideale che si concreta in una spettanza del soggetto: *ius in corpore*, *ius dominii*, *ius successionis*, *ius pignoris*, *ius possessoris*, *ius petitoris*. Tuttavia per motivi che si intuiscono, una simile figura che ben poco se differenzierebbe da quella del diritto soggettivo, potrebbe essere ascritta al diritto postclassico sulla base dei testi riportati, con cautela, e solo dopo un’adeguata indagine -che è da condurre a parte- sulle fonti postclassiche”. Gioffredi, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo...”, cit., p. 238.

del derecho subjetivo durante las épocas arcaica y clásica, mientras que en la postclásica comenzaron a afianzarse algunas figuras más propias del subjetivismo⁵². No afirmó de forma taxativa la aparición del derecho subjetivo en los textos postclásicos, pero entiende que en ellos se vislumbran matices subjetivos del *ius*, de ahí que considere a los jurisprudentes postclásicos como *precursores* de los que más tarde pondrán el énfasis en la distinción entre ordenamiento (Derecho) y facultades (derechos)⁵³.

Para d'Ors, la acepción subjetiva del derecho es reconocible en los textos del periodo postclásico, sólo que los juristas no teorizaron sobre ella⁵⁴ ni le dieron la importancia que nosotros le otorgamos en la actualidad, pues las facultades o pretensiones individuales, aunque fueran importantes, estaban para el jurista en un segundo plano: “la idea, que podía encontrarse en los textos romanos, de *tener derecho* no era más que un modo de referirse a la justa conducta personal conforme a ese gran orden cósmico, del que el hombre era una pieza de singular relevancia. Por tanto, una concepción eminentemente objetivista”⁵⁵. El *tener derecho* debía ser entendido, por tanto, principalmente como que una conducta o acción era recta y se adecuaba a las exigencias de un orden jurídico objetivo, ya fuera el natural o el positivo⁵⁶.

Descartó d'Ors, por tanto, que los *iura* mencionados por los juristas romanos pudieran asemejarse a los derechos naturales o individuales, pues ello hubiera re-

⁵² Cfr. H. Coing, “Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht”, en AA.VV., *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*. A. Metzner, Berlin, 1959, vol. 5, pp. 8-14.

⁵³ Muy similares son las conclusiones de Ionescu. Cfr. O. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. E. Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 23.

⁵⁴ Los juristas romanos huían de las especulaciones teóricas estériles que de poco servían en la práctica; la distinción entre Derecho y derechos era “un producto de la especulación racional no excesivamente necesario para la inteligencia de la realidad jurídica”. *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 14.

⁵⁵ *Prelección Jubilar*. Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1985, pp. 24-25.

⁵⁶ Este fue el alcance que d'Ors propuso siempre en sus escritos, coherente con su entendimiento del derecho subjetivo como reflejo de los deberes contenidos en el Derecho. Cfr. *Derecho y sentido común*. 2ª ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 29.

querido otorgar todo el protagonismo al individuo sobre la comunidad, y los romanos no lo hicieron. Admite que en el periodo clásico pudo aparecer la referencia a la persona como *subiectum*, pero apunta que con este término siempre se quiso indicar que el ser humano “estaba sujeto” a un orden jurídico, natural o positivo, el orden que regulaba las relaciones humanas, pero nunca pretendieron con él referirse al individuo como ser autónomo y fuente originaria de sus propios derechos⁵⁷.

3. El sendero hacia los derechos naturales

Así, pues, aunque se puede sostener que en el plano del Derecho positivo fue en la Antigüedad cuando aparecieron los primeros derechos de carácter subjetivo, no podemos extraer de este hecho la conclusión de que también se admitieran en el plano del Derecho natural, que continuó siendo percibido como un orden jurídico de origen divino que establecía lo recto y justo con carácter universal. No es objeto de este artículo el estudio del origen de los derechos naturales en su vertiente subjetiva, pero entiendo necesario hacer al menos una breve referencia a esta cuestión para apreciar su diferencia respecto al pensamiento de la Antigüedad.

Intuye F. Carpintero que en la Baja Edad Media se dio un paso importante hacia los derechos naturales en la diferenciación entre *ius* y *fas* recogida por san Isidoro de Sevilla en sus escritos. El término *fas* ya aparecía junto al *ius* en los textos romanos arcaicos con significado similar, incluso como sinónimos durante los siglos VI-III a.C., pero el *fas* llevaba consigo un carácter religioso o divino que le otorgaba a la acción del sujeto un plus de legitimidad (en caso de ser conforme a

⁵⁷ D’Ors enmarca su consolidación definitiva en la Modernidad, época en la que “el hombre queda constituido en centro, y religado tan sólo en su intimidad con aquel que puede suponerse creador de una naturaleza que se ordena por sí misma, un ser lejano que se mantiene ajeno a la vida social. Desde este momento se viene a concebir el Derecho como un sistema de facultades individuales, del que, por una inversión semántica del *subjectum*, que significa lo sujeto a un orden superior, se llama ahora el *sujeto del derecho*, como contrapuesto al *objeto*. Se entroniza así la idea de que el Derecho consiste en los *derechos subjetivos*, y no era inconsecuente que, instalada la nueva forma del Estado, se hiciera éste el defensor de aquellos derechos subjetivos legalmente ordenados por él”. A. d’Ors, *Prelección Jubilar*, cit., p. 25.

lo exigido) o de negatividad (en caso de ser disconforme, *nefas*)⁵⁸. Al consolidarse la distinción entre *ius humanum* y *ius divinum* a partir del siglo III a.C., comenzaron a distanciarse estos dos términos⁵⁹. Carpintero expone, al explicar los antecedentes del subjetivismo jurídico, que san Isidoro de Sevilla utilizó –porque debía estar ya en el ambiente- el término *fas* para referirse a lo que era justo, mientras que con el término *ius* designaba lo que era legal. Así, el sujeto que transitara por una propiedad ajena sin permiso de su dueño, debemos suponer que sin causar daño y por una necesidad real –por ejemplo, para llegar a su finca tras una inundación que impidiera otro camino-, lo haría lícitamente, aunque careciera de justificación legal⁶⁰. Esto lleva a Carpintero a mantener que este *fas* así expuesto por san Isidoro parecía reconocer un derecho natural que justificaría la posibilidad –amparada por el orden divino- de actuar libremente sin daño para otros⁶¹.

En mi opinión, san Isidoro no innova en este terreno, sino que, como advierte Carpintero, ya estaba en el ambiente jurídico y que se refería más bien a que esas

⁵⁸ Cfr. A. Fernández de Buján, “Conceptos y dicotomías del ius”, en A. Murillo Villar (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*. Universidad de Burgos, 2000, vol. 1, pp. 10-11.

⁵⁹ Algo lógico “según el conocido principio léxico-semántico de que por economía toda lengua tiende a eliminar la sinonimia perfecta introduciendo diferencias de significado aunque sean de matiz o al menos de uso contextual. Con Cicerón (siglo I a.C.) ya ha cristalizado la diferenciación consistente en que *ius* expresa el derecho humano y *fas* el derecho divino, sea divina la norma por su origen o por su objeto”. J. Bogarín Díaz, “De nuevo sobre el concepto etimológico de derecho”, en *Derecho y Conocimiento* 1 (2001), p. 325.

⁶⁰ “Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas tienen su fundamento en la naturaleza; las humanas, en las costumbres de los hombres. Precisamente por ello estas últimas muestran discrepancia entre sí, ya que a cada pueblo le agradan unas costumbres diferentes. Lo justo (*fas*) es una ley divina; lo legal (*ius*) es una ley humana. Atravesar una posesión ajena es justo, pero no es legal”. *Etimologías*, cit., V, II, 1.

⁶¹ “La equiparación del *usus innoxius* a un derecho natural permisivo fue un añadido isidoriano, aunque probablemente era otro ejemplo de uso frecuente en las escuelas del Bajo Imperio. En cualquier caso, lo que podemos contrastar es que tanto en las escuelas de artes como en las de derecho, la libertad de las personas estaba siendo enseñada como fundamentada en el derecho natural”. “El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica”, en F. Carpintero, J.J. Megías Quirós, M.J. Rodríguez Puerto y E.V. de Mora Quirós, *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, p. 45.

posibilidades de actuar no eran contrarias al orden establecido por el derecho natural por existir una situación objetiva que justificaba, por ejemplo, entrar en una finca ajena en caso de necesidad. Aunque no podamos descartar la carga de subjetividad contenida en el planteamiento isidoriano, no creo que esté en su mente presentar estas posibilidades lícitas de acción como derechos naturales, sino que más bien las entiende como situaciones jurídicas naturales que justifican objetivamente por sí mismas la acción.

Sin embargo, advierte B. Tierney que cinco siglos más tarde diversos decretistas ofrecieron un planteamiento similar al isidoriano al exponer los significados de *ius*. Afirma que uno de estos significados, identificado con el término *fas* ya utilizado por autores anteriores, fue el de facultad o poder personal de libertad amparada por la ley natural⁶². La reiteración de este planteamiento en otros canonistas le lleva a afirmar que se podría considerar como la primera formulación de la doctrina de los derechos naturales por parte de decretistas del siglo XII⁶³. Apoya su afirmación en los comentarios de Juan Teutónico, Rufino y Hugoccio, que presentaron una acepción del *ius* como facultades de la persona que habilitaban para actuar con rectitud y licitud por provenir de la naturaleza⁶⁴. Como telón de fondo

⁶² Así lo mantuvo tempranamente al exponer que en diversas glosas anónimas de autores ingleses del siglo XII aparece el *fas* como la facultad del hombre de hacer con libertad por derecho natural. Cfr. B. Tierney, “Two Anglo-Norman Summae”, en *Traditio* 15 (1959), pp. 483-491.

⁶³ Cfr. “Origins of natural rights language: text and context, 1150-1250”, en *History of Political Thought* vol. 10, n° 4 (1989), p. 623, y *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and Church Law 1150-1625*. Emory University Studies in Law n° 5, Scholars Press, Atlanta, 1997, pp. 46-48, sentenciando más adelante que “many canonists included in their lists of meanings a subjective one that explained *ius naturale* as a faculty or power inherent in human nature” (p. 76). Como apunta acertadamente C.J. Fernández, para Tierney “Ockham no fue el creador absoluto del derecho subjetivo, sino que se basó en la tradición de los decretalistas y en la de su propia orden religiosa”. C.J. Fernández, “Ius-naturalismo, voluntarismo, derechos subjetivos y otros problemas de la *Opera Política* de Ockham”, en *Anuario Filosófico* XLI/1 (2008), p. 142.

⁶⁴ Cfr. *The idea of natural rights: studies on natural rights...*, cit., pp. 61-68. Atribuye a Juan Teutónico en su glosa al Decreto de Graciano la equiparación entre la *potestas* personal y el *ius*. Cfr. “The idea of natural rights. Origins and persistence”, en *Northwestern*

encontramos la teoría de que la ley natural, tal como la presentaban los decretalistas a juicio de Tierney, no sólo ordenaría lo que estuviera bien y prohibiría lo que estuviera mal, sino que también dejaría algunos ámbitos a la libertad del sujeto, de modo que éste podría lícitamente elegir cómo actuar⁶⁵. Afirma J.F. Segovia, acertadamente a mi juicio, que en sus estudios “Tierney ha demostrado que en los canonistas existió la atribución de derechos a los sujetos pero no un uso subjetivo del concepto, porque el fundamento de tales atribuciones no estaba en el sujeto (no hay una subjetivación del concepto como en la modernidad) sino en la misma cosa justa, *id quod iustum est*”⁶⁶. Y coincido también con su crítica, pues da la impresión de que Tierney se propone desde un principio adelantar la época en que son propuestos los derechos naturales de autonomía con fundamento en el propio sujeto sin más y que para ello traslada al siglo XII una nueva concepción del sujeto y del derecho que arraiga con el nominalismo del siglo XIV y se consolida en la Modernidad⁶⁷.

Entiendo que la fijación por parte de M. Villey del origen de la fundamentación subjetivista del derecho natural en el pensamiento franciscano y, más concretamente, en el de Guillermo de Ockham es acertada. Él mismo reconoce, como ya

Journal of International Human Rights vol. 2, n° 1 (2004), p. 5.

⁶⁵ Insiste en esta idea en escritos posteriores. Cfr. “Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches”, en *The Review of Politics* vol. 64, n° 3 (2002), p. 292 y “Dominion of self and natural rights before Locke and after”, en V. Mäkinen y P. Korkmann (eds.), *Transformation in medieval and early-modern rights discourses*. Springer, Dordrecht, 2006, pp. 175-176.

⁶⁶ J.F. Segovia, “Los derechos naturales en la ley natural permisiva y la autoconservación (Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos)”, en *Revista Cruz del Sur* 14 (2015), p. 48. Vid. una reciente revisión de las afirmaciones de Tierney en C.A. Casanova, “Guillermo de Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos”, en *Cauriensia* XI (2016), pp. 113-140.

⁶⁷ “El esfuerzo de Tierney permite afirmar, en el mejor de los casos, que si los canonistas del siglo XII descubrieron que *ius* podía ser interpretado como facultad personal, lo fue como uno de sus tantos significados; pero no se debió a ellos que se generalizara tal uso, sino que fue obra de los escritores del siglo XIV, a partir de la polémica con los franciscanos y por la vulgarización de la doctrina de Ockham”. J.F. Segovia, *Ibidem*. En las pp. 35-48 recorre críticamente los pasos de Tierney en su empeño por justificar sus hipótesis.

hemos afirmado anteriormente, que no significa que no estuviera ya presente en el pensamiento y escritos de la época, sino que lo estaban como algo muy secundario y residual. Afirma en este sentido J. Finnis que, por ejemplo, santo Tomás ya conocía perfectamente la acepción subjetiva del derecho, pero que no le otorgó relevancia alguna porque en su época y en su obra continuaba prevaleciendo la visión objetivista del derecho⁶⁸. Y en el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente A. MacIntyre, que no encuentra ni en santo Tomás ni en sus predecesores un uso del término derecho que pudiera ser equiparado con los derechos naturales de la Modernidad⁶⁹; obviamente no quiere decir que no conociera el Aquinate tal acepción, sino que le concedía una relevancia mínima, como era normal en su época, pues la misión principal del derecho era la realización de la justicia y ordenar con armonía la sociedad⁷⁰. También R. Tuck sostuvo que los derechos naturales como facultades o capacidades según el dictamen de la recta razón no se apreciarán con claridad

⁶⁸ Cfr. J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 234-239. Va más allá al afirmar que, a pesar de conocer este uso del *ius*, nunca llegó a utilizar un término que pudiera ser equiparado con la concepción propia de la Modernidad o con nuestros derechos humanos. “Though he never uses a term translatable as ‘human rights’, Aquinas clearly has the concept”. J. Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 136. También Tierny reconoce que santo Tomás conocía la acepción subjetiva del derecho, pero que no la utilizaba. Cfr. B. Tierny, “Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches”, en *The Review of Politics* vol. 64, núm. 3 (2002), p. 406.

⁶⁹ “No existe ninguna expresión en ninguna lengua antigua o medieval que pueda traducir correctamente nuestra expresión *derechos* hasta cerca del final de la Edad Media: el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes del 1400 aproximadamente (...). Naturalmente de esto no se sigue que no haya derechos humanos o naturales; sólo que hubo una época en que nadie sabía que los hubiera”. A. MacIntyre, *Tras la virtud*. Crítica, Barcelona, 1987, p. 95.

⁷⁰ “One such moment was during which a new meaning for ‘jus’ and ‘jura’ emerged, one that makes it posible to translate these expressions by ‘right’ and ‘rights’ in our modern sense of these words. For Aquinas, as for his predecessors, as *jus* is a moral rule governing human relationships, one that embodies justice in institutionalized or at least institutionalizable form and is justified, as the virtue of justice itself is, by reference to the good which is the end of that teleological order with which God has endowed the world”. “Community, Law, and the Idiom and Rhetoric of Rights”, en *Listening: Journal of Religion and Culture* 26 (1991), p. 102.

como tales hasta más avanzada la Edad Media, poniendo el acento en la obra de Jean Gerson, en cuya obra encuentra el paso nítido desde el mero reconocimiento de su existencia como algo dado a su promoción como derechos activos de la autonomía individual⁷¹.

Coincido con Carpintero en que la subjetivización de los derechos naturales no se consolida hasta bien avanzada la Edad Media con los nominalistas, aunque su aparición en escena no fue repentina, sino que ganó consistencia gracias al proceso de subjetivización jurídica que se inicia en el periodo postclásico romano y que se reforzó, simplemente se reforzó, con las interpolaciones introducidas por los juristas bizantinos en los textos del *Corpus Iuris Civilis*, transmitidas posteriormente por san Isidoro de Sevilla y que llegó hasta los decretistas⁷².

Jerez Fra., 6 de febrero de 2017

⁷¹ Cfr. R. Tuck, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 9-12 y 25-26. En sentido similar, cfr. M. Boylan, *Natural Human Rights. A Theory*. New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 46-59.

⁷² Vid. F. Carpintero, “Facultas, propietas, dominium: tres antropologías en la base de la justicia”, en *Persona y Derecho* 52 (2005/1), pp. 143-188; “Sobre naturaleza, persona humana y ley natural en Tomás de Aquino”, en *Revista Philosophica* 45-46 (2014), pp. 5-52; y “El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica”, cit., pp. 35-287, en especial pp. 54-99. En el mismo sentido Guzmán Brito, como puede apreciarse especialmente en “Historia de la denominación del derecho-facultad como *subjetivo*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXV (2003), pp. 407-443; “Historia de la atribución de categorías o predicamentos a *derecho (ius)*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXXIII (2011), pp. 273-317; y su “Introducción del concepto de derecho-facultad...”, cit., pp. 4-10.