

## EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ROMANO

La existencia del derecho subjetivo en la jurisprudencia romana es un tema que ha dado pie a muchas polémicas. Michel Villey ha afirmado<sup>4</sup> que no existe dicha noción, como modernamente se entiende, en el derecho romano clásico. Lo que no significa que, en efecto, ciertos usos del término *ius* tengan una connotación subjetiva clara. El maestro francés sostiene, más bien, que no hay una autonomía del concepto “derecho subjetivo” que permita distinguirlo claramente del *ius* objetivo; es decir, no existe una separación tajante entre ambas nociones, cosa que sí ocurre en el iusnaturalismo moderno.

La elevada especulación sobre problemas abstractos no atraía en absoluto al jurista romano, quien se ocupaba más bien de resolver los casos concretos que se le presentaban a su inteligencia. Su esfuerzo se encaminaba a descubrir lo justo de cada cosa, es decir, el lugar que corresponde a la parte con respecto del todo. En este sentido, la resolución de un problema era la forma de instaurar el orden en el mundo. Como se ve, la mentalidad del pensador romano se encuentra en las antípodas de la de los juristas modernos, quienes creaban auténticos catálogos de premisas lógicas y abstractas, con la intención de resolver todos los conflictos jurídicos.

El término *ius* no significa literalmente “derecho”, sino *lo justo*. “Derecho” es un vocablo que proviene del latín vulgar *directum*, cuyo contenido es moral, pues hace referencia a lo recto y

<sup>4</sup> *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 30 y ss.

adecuado.<sup>5</sup> Este sentido moralizante de la ciencia jurídica, propio de la cultura cristiana, era ajeno a los jurisperitos clásicos. Cuando los romanos hablan del *ius*, se refieren más bien a una posición justa, como afirma el profesor D'Ors.<sup>6</sup> Esta posición implica, es verdad, un poder que se puede ejercitar: en este sentido, se puede hablar equívocamente de un derecho subjetivo; sin embargo, hace referencia principalmente a la relación conveniente de una persona con una cosa, relación que determinará lo debido en justicia. El juez, pues, tenía la obligación de determinar la posición (justa) que convenía a cada una de las partes implicadas en un caso: eso era dar su *ius* a cada uno.

Como se ve, no se puede distinguir claramente el derecho subjetivo del objetivo en el pensamiento romano clásico; o, si se quiere decir con otras palabras: la distinción entre uno y otro era mucho más flexible que para nosotros, pues el *ius* era un concepto dinámico, vivo, difícilmente clasificable en esquemas rígidos de distinción.<sup>7</sup> En este sentido, se puede afirmar junto con el profesor Villey,<sup>8</sup> que en el derecho romano el derecho subjetivo tiene una importancia secundaria, pues lo esencial del *ius* es lo objetivo.

¿Qué decir, pues, de figuras como el *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius testandi*, *ius tutoris optandi*, *ius suum quique tribuendi*, etcétera, del que están plagados los textos romanos, y que parecen denotar derechos subjetivos? La respuesta se encuentra en el significado clásico de *ius*. Nosotros tendemos a interpretar cualquier tipo de facultad o poder como derecho subjetivo, por lo que las expresiones anteriores parecerían ineludiblemente revelar la existencia de un *ius* personal. Pero el razonamiento latino era distinto. Nos advierte D'Ors: “aunque podemos traducir a menudo la palabra

<sup>5</sup> Carpintero, F. *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20. De ahora en adelante: *DSH*.

<sup>6</sup> *AOSI*, pp. 284 y 285.

<sup>7</sup> Véase D'Ors, A., “*Ius*: posición justa”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXV, 1955, p. 825. Citado en *DSH*, p. 25.

<sup>8</sup> *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 35.

*ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría”.<sup>9</sup>

Cuando en el Digesto encontramos expresiones de esta índole, tenemos la tentación, por ser herederos de la lógica jurídica moderna, de ver una facultad subjetiva; mas la realidad es otra: el término *ius* designa, en los ejemplos anteriores, una categoría dinámica, una posición jurídica, que incluye tanto a los derechos objetivos —principalmente— como a los derechos subjetivos.<sup>10</sup> Y la diferencia de esta concepción con respecto a la racionalista se vuelve aún más clara cuando comprobamos que la posición jurídica para los jurisprudentes latinos también implica a las cosas o a los animales, razonamiento, por lo demás, inaceptable para nuestra actual comprensión del derecho. Pensemos en el dominio, que nosotros consideramos un derecho subjetivo. Para los juristas de la *aurea aetas* no podía considerarse a esta figura como un derecho. En todo caso, el propietario tenía una *res*, no un *ius*. Se ve, pues, que este último término no significó meramente una facultad o potestad, sino algo principalmente objetivo; algo que “tenían” las cosas, por decirlo de alguna manera.

Algunos han afirmado que los derechos sobre cosas inmateriales o *iura*, mencionados en las *Institutas* de Gayo, son auténticos derechos subjetivos, en tanto que la objetividad no existe, por tratarse de cosas incorpóreas. A nuestro modo de ver, los *iura* son también estatutos o relaciones jurídicas que develan derechos subjetivos y objetivos. Hay distinciones de gran calado entre lo que los romanos conocían como facultades o poderes y lo que los modernos consideran como derecho subjetivo.

Para los modernos, el derecho subjetivo hace referencia a la individualidad, al sujeto atómicamente considerado. También se considera que este derecho está ínsito en la naturaleza de los hombres; es decir, es una cualidad originaria. El romano, por el contrario, pensaba que el *ius* en su vertiente subjetiva (recorde-

<sup>9</sup> *AOSI*, p. 280.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 288.

mos que “lo justo” no puede considerarse aisladamente como derecho subjetivo) era un poder que existía en relación con su ejercicio: no había un poder potencial latente en cada individuo, sino que, según las relaciones y funciones públicas, cada persona obtenía la facultad necesaria para llevar a término los conflictos o situaciones cotidianas. En pocas palabras: el poder existía por las relaciones que cada hombre tenía: no preexistía a la situación concreta a resolver, sino que existía de acuerdo con la necesidad de solucionar un conflicto concreto. De ahí que se considerara que todo poder está fundado en un título.<sup>11</sup>

En este sentido, se ve la invalidez de una identificación de los *iura* con los derechos subjetivos al modo moderno. A pesar de que hay ciertas notas de interioridad en los derechos sobre cosas inmateriales de la tradición romana, no se pueden igualar plenamente con lo que los iusracionalistas entendieron por derechos personales.

La principal fuente para la constitución del derecho natural tanto de la Edad Media como de la Edad Moderna es, sin duda, el *Corpus Iuris Civilis*. En la escolástica tuvo un prestigio ampliamente reconocido. Recordemos que las primeras grandes escuelas jurídicas europeas, la de los Glosadores y la de los Comentaristas, consideraban al *Corpus* del “Sacrosantísimo y Cristianísimo Emperador Justiniano”<sup>12</sup> como la *ratio scripta*, un auténtico

<sup>11</sup> “He dicho que es poder para los romanos lo que nosotros llamamos derecho subjetivo. Y entre lo uno y lo otro media la misma diferencia que entre sostener —*sustinere*— y tener —*tenere*— consustancial a la idea de poder es la de sostener, mantener, contener, defender frente a cualquier acechanza o ataque. El poder se da para su ejercicio. O se da para tenerlo simplemente. No se da para ostentarlo en quietud u ocio. El poder es algo siempre en marcha, *in via*, quien tiene un poder, el que fuere, debe actuarlo y defenderlo”. Iglesias, J., *Espíritu del derecho romano*, 2a., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 89.

<sup>12</sup> Según Francisco Carpintero, “casi todas las obras de *ius commune* impresas en el siglo XVI presentan así las ediciones del *Corpus Iuris*”. *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, UNAM, 1999, p. 18. De ahora en adelante: HDN.

*donum Dei*.<sup>13</sup> También muchos de los conceptos contenidos en sus constituciones forman una parte esencial del iusnaturalismo racionalista, sea o no sea reconocida por los propios autores modernos.

Genéricamente, las fuentes romanas distinguen entre un estadio originario de la humanidad, llamado derecho natural, y un estadio posterior, que es el de la vida social tal como la conocemos hoy, llamado derecho de gentes. La primera etapa se caracteriza por ser una etapa histórica ya superada, en la que todos los hombres fueron igualmente libres y no existía la propiedad privada. Esto es claro en la famosa declaración del Digesto 1,1,5, conocida como la ley *Ex hoc iure* (El punto de partida de este derecho), uno de los textos que, según los historiadores del derecho, ha tenido una influencia decisiva en nuestra cultura jurídica. En este texto se afirma que el derecho de gentes, o *ius gentium*, derogó en gran medida al *ius naturale* al introducir las propiedades y las guerras, y por estas últimas, la esclavitud (*servitus est constitutio iure gentium, qua quis domino contra natura subiicitur*).<sup>14</sup> También el comercio, la arquitectura, los contratos, etcétera. En suma: que el *ius gentium* hizo posible la vida social, al superar la etapa prístina de la humanidad: el derecho natural, aunque introduciendo algunas injusticias, como el sometimiento del hombre por el hombre.<sup>15</sup>

Por otra parte, Ulpiano había definido el derecho natural como “lo que la naturaleza enseña a todos los animales”.<sup>16</sup> El jurista romano basa su definición en los instintos naturales que comparten los hombres y los animales. De ahí que un importante autor de la

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> D. 1,5,4. “La servidumbre ha sido constituida por el derecho de gentes, por lo que resulta que el dominio es contra la naturaleza”.

<sup>15</sup> D. 1,1,5: “Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, la compraventa, los arrendamientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil”. Versión castellana de Álvaro d’Ors y otros, Pamplona, Aranzadi, 1968.

<sup>16</sup> D. 1,1,1,2-4. Citado en *HDN*, p. 19.

baja Edad Media, Tomás de Aquino, gran conocedor del *Corpus* romano, asegurara que “el orden de los preceptos de la ley natural sigue al orden de las inclinaciones naturales”.<sup>17</sup>

Varias cuestiones son importantes de destacar. El derecho natural, para los juristas romanos clásicos, por lo menos el que podemos deducir de los textos contenidos en el *Corpus* justinianeo, tiene como notas características: 1) Todos los hombres eran igualmente libres (*omnium una libertas*). 2) No existía la propiedad privada, y, por tanto, la posesión de los bienes era común a todas las personas (*communis omnium possessio*). 3) Fue una etapa histórica que ha sido sustituida o derogada considerablemente por el derecho de gentes (*ius gentium*). 4) El *ius gentium* es un tipo de derecho natural, pues está construido por la razón, que pertenece por naturaleza al hombre.

El concepto de libertad heredado del *Corpus Iuris Civilis* acentúa sobremanera la autonomía y la capacidad de indeterminación del hombre, sin poner mucho peso en su naturaleza social ni en los límites éticos que impone la realidad. Se considera el libre arbitrio como una facultad, como un poder de decisión pleno, que no tiene que ser coartado por nada ni por nadie. Pensemos en la famosa definición de libertad del jurista florentino: *Libertas est naturalis facultas quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibeatur*.<sup>18</sup>

La noción de libertad como un poder originario e irrestricto que todos los hombres poseen de igual manera por naturaleza será asumida por el voluntarismo franciscano, y posteriormente por el iusnaturalismo racionalista. No es de extrañar, entonces, que importantes autores modernos citen la definición del florentino.

A nuestro modo de ver, la libertad, entendida como una privilegiada posición de indiferencia, es simplemente un pilar del libre arbitrio, pues en un segundo momento el hombre tiene que

<sup>17</sup> “Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo preceptorum legis naturae”. *S. Th.* I-II, q94 a2, resp.

<sup>18</sup> D. 1,5,4. “La libertad es la facultad natural por la que cada quien hace lo que le place, si no está prohibido por la ley”.

tomar decisiones para desarrollar plenamente su vida. Una decisión siempre acaba con la indiferencia, ya que al elegir algo se discrimina lo otro necesariamente: siempre hay cierta tragedia en la elección, porque siempre hay un sacrificio de la opción opuesta y porque siempre cabe la posibilidad del error. Mas la libertad, sin elección, es precaria.

Cabe mencionar que los romanos no entendían el término “derogación” legal como actualmente lo entendemos nosotros, hijos de la modernidad. El derecho natural, a pesar de haber sido derogado por el derecho de gentes, no pierde su validez absolutamente, puesto que si las necesidades lo exigen, pueden cobrar vigor jurídico algunos de sus preceptos. Por ejemplo, en caso de hambruna en una región se puede apelar a la *communis omnium possessio*. Así lo entendían también los medievales. De forma tal que dos órdenes convivían paralelamente, sin exclusión total el uno del otro. Y algunos comentadores medievales del Corpus, como es el caso de los maestros Irnerio y de Placentino,<sup>19</sup> agregaban a estos dos órdenes un tercero: el *ius civile*, que había derogado, a su vez, al *ius gentium*.

El hombre era libre plenamente por naturaleza, mas en el derecho de gentes su libertad se veía constreñida por el bien común, los pactos, el comercio, la distribución del trabajo y demás. En suma: por las necesidades sociales. Éstas, al verse reglamentadas, se convertían en derecho civil. Ahora bien, estos derechos no son excluyentes: unas veces para resolver una controversia se acudiría al derecho natural, otras veces al civil, y otras más al de gentes. La flexibilidad de la inteligencia romana permitía esto. Igual ocurrió en el derecho medieval: existieron pluralidad de ordenamientos jurídicos que se imbricaban mutuamente para resolver los casos. De ahí el término *ius commune*, que incluía, entre otros ordenamientos: el Corpus justiniano, las glosas de Irnerio y su escuela y los comentarios de los pensadores del *mos italicus*, como Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis; y por supuesto el *ius canonicum*.

<sup>19</sup> Véase HDN, p. 22.

Es importante resaltar la convivencia de varios órdenes jurídicos en el derecho clásico y medieval, pues este fenómeno nos revela un racionamiento jurídico distinto al de la época moderna, cuya prerrogativa era reducir el fárrago de órdenes normativos existentes en el derecho anterior, para obtener un único ordenamiento claro y “racional”, con el que se podrían resolver todos los conflictos.

El endurecimiento que sufrieron los conceptos de derecho natural —originalmente maleables— de los romanos y de los bajo-medievales en las obras jurídicas de los iusracionalistas terminó en un dogmatismo que poco tenía que ver con la realidad; es decir, con las necesidades cotidianas a las que el jurista tiene que dar solución.