

IUS, LEX Y DERECHOS SUBJETIVOS: UNA VISIÓN ORSIANA DE LA CUESTIÓN

[IUS, LEX AND SUBJECTIVE RIGHTS:
AN ORSIAN APPROACH TO THE QUESTION]

María Alejandra VANNEY

Sumario: 1. Introducción, 2. La distinción entre *ius* y *lex* en la Roma clásica: Aspectos objetivos y subjetivos, 3. El Derecho: “sistema de situación” o “sistema de relación”, 4. Derecho objetivo y derecho subjetivo, 5. Derecho subjetivo y relativismo.

Contents: 1. Introduction, 2. The distinction between *ius* and *lex* in Rome: Their Objective and Subjective Aspects, 3. The Law as a system based on “positions” or on “relationships”, 4. Objective and Subjective Rights, 5. Subjective Rights and Relativism.

1. INTRODUCCIÓN

En la Baja Edad Media comienza a introducirse en la mentalidad jurídica un proceso de degeneración de un orden de justicia objetiva. Se trata de una evolución conceptual que refleja el paso a la nueva cosmovisión moderna, de raíz antropocéntrica e individualista que triunfa a partir del nominalismo y de la difusión de expresiones culturales tales como el renacimiento y el humanismo naturalista.

De este modo, surge una consideración del derecho como conjunto de poderes personales –derechos subjetivos– que resulta antagónica a la idea cristiana del derecho como *directum*¹ –en alusión a un camino recto que conduce a un fin personal–, así como con la idea, hasta entonces vigente, del derecho propia del *ius* romano. Álvaro d’Ors, ha señalado insistentemente que el *ius*, en la mentalidad romana, se relacionaba directamente con el papel del jurisprudente, quien consideraba al derecho como deber

1. Hervada considera el proceso que condujo a la sinonimia entre *ius* y *directum* un vulgarismo en tanto tuvo lugar y se difundió en el latín vulgar. Cfr. HERVADA, J., *Lecciones prope déuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 175 y ss.

de no perturbar determinadas preferencias respecto a las cosas (subrayando indirectamente la existencia de una relación objetiva con la *res* y un modo procesal adecuado, la *actio*, de proteger la posición que la cosa guarda con el actor) conforme a un orden socialmente convenido y que incluye el servicio en su misma esencia.

Con la irrupción de la modernidad y el descrédito de la escolástica, las fórmulas legales adquieren un claro modo secularizado: dado que ya no existe fundamentación teológica, se las utiliza para instrumentar una concepción voluntarista y positivista a favor de la potestad civil. Es decir, que sobre la pérdida de ilación entre ley natural y ley positiva, se quita a la primera para considerar que no hay más criterio de lo justo que la ley. De este modo, el pensamiento jurídico de Occidente considera indiscutible a la *lex* positiva, que ha absorbido toda norma jurídica –comenzando por la natural– erigiéndose en la fuente única del derecho.

La tendencia a la sustitución del elemento dinámico por el estático, característico del derecho subjetivo, responde íntimamente a la mayor importancia que va cobrando la ley en detrimento de la práctica, entre las fuentes del derecho, fenómeno que tiene su correlato político en la preponderancia de una potestad absolutista, por encima de la autoridad propia del juez. Así Bruck observa que la exaltación del absolutismo del siglo XVIII y la teoría de la división de poderes de Montesquieu resultan en una preponderancia de la ley como fuente acaparadora de la creación del derecho², a costa de la jurisprudencia.

En efecto, la fuerza del derecho quedó absorbida por la legislación estatal de tal modo que, en definitiva, pasó a ser dogmático sólo el derecho creado por el Estado. Tan es así que la ingenuidad codificadora, llegó a establecer en el artículo 5 del Código Civil (la versión actual es más comedida, aunque igualmente arrogante) que “las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerán contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario”. Como bien se sabe, se trata de un texto que no condice con la realidad por más que le pese al código³.

2. BRUCK, E., *Römisches Recht und Rechtsprobleme der Gegenwart: Richterspersönlichkeit und lebendiges Recht*, Mohr, Tubinga, 1930, p. 19.

3. Ejemplos de desuetudo derogatorio hay muchos. Así, en Argentina, la Constitución (arts. 24, 75 inc. 12 y 118) exige la realización de juicios por sistema de jurado que nunca se han formado; también la ley es derogada por la costumbre en el caso de los menores, carentes de capacidad de contratar, que a diario realizan por sí mismos actos jurídicos patrimoniales de poca monta u operaciones de crédito en pequeña escala, tan simples como la compraventa

De este modo, se ha cedido a una vertiente voluntarista que no da importancia al contenido material de la ley: al derecho, *lo justo*, sino al procedimiento formal que se sigue para su creación; procedimiento establecido, a su vez, por una ley superior tan voluntarista y formal como las que se desprenden de ella. En síntesis, “en un sistema jurídico, en el que el derecho consiste en leyes, no hay lugar ya para un derecho de pura autoridad (...), sino que todo el derecho, como la misma ley que lo formaliza, es un puro acto de potestad, del poder legislativo”⁴. En otras palabras, para la visión legalista, “el derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta ¡Peor para la realidad!”⁵

Esta situación es fuente clara de relativismo, porque —como también explica d’Ors— significa la aceptación, en el ámbito jurídico, de una hipertrofia de la *potestas* respecto de la *auctoritas*, que manifiesta la adopción de un modelo voluntarista (de por sí susceptible de arbitrario cambio) por encima de un régimen de la razón.

Estamos, pues, ante circunstancias que exigen aquello que supone la mayor aportación que puede brindar el derecho romano: brindar luces al jurista para comprometerse en la tarea de ayudar a la reformulación (o al “regreso”) de una concepción del derecho (la clásica) basada no en el concepto estático del derecho subjetivo, sino en el concepto dinámico de la acción.

En efecto, el derecho romano, en su larga historia pasó al menos dos veces por crisis análogas dando a la postre resultados parecidos a los actuales, en los albores del siglo II a.C. y en el siglo I d.C.⁶, por lo cual cabe

de un periódico, contratos de transporte, etc., actos y operaciones que de conformidad con la ley civil, obviamente resultan nulos, pero que la costumbre los admite como válidos, de tal manera que no se estiman anulables.

4. D’ORS, Á., *Parerga histórica*, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 123. En este sentido no sorprende que el poder político utilice la ley para sus fines propios, como puede ser la práctica cada vez más extendida de legislar en ciertas áreas con el único fin de dar la sensación de que el gobierno está haciendo algo respecto de temas de actualidad.

5. NIETO, A., *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 36.

6. A comienzos del siglo II a.C. el *ius civile* perdió poco a poco su campo de aplicación a causa de los edictos pretorianos que, por sus excesivas reglamentaciones muchas veces se contrapusieron al *ius civile*. Sin embargo, este *ius praetorium* se convirtió, con el tiempo, en *ius civile*. Asimismo, en el siglo I, los emperadores introdujeron sin escrúpulo normas extrañas al sistema jurídico nacional, no obstante lo cual la fusión del espíritu nacional con el del *ius gentium* pasados varios siglos llegó a constituir un nuevo derecho que era el nuevo *ius civile*, codificado en el *Corpus Iuris* y que dio lugar, a su vez, al derecho civil actual.

confiar en que cuando el viejo derecho civil se vacíe de contenido, habrá surgido otro cuerpo de derecho de contenido civil, bajo otra denominación.

Ahora bien, si las consecuencias pueden no ser catastróficas, ello no significa que el jurista pueda permanecer como un simple espectador ante esta crisis, sino que a las nuevas formas que surgen, debe ir dándole una estructura científica para la cual es de imprescindible utilidad el derecho romano. De modo que a las funciones de “utilidad” que se vienen dando al derecho romano –antecedente, auxiliar de interpretación, instructor para el pensamiento científico– debe añadirse la de aleccionar acerca del modo como se debe actuar en momentos de transformación jurídica. Por ello, el principal mérito del derecho romano no está en haber conformado un sistema perfecto y estable, sino más bien en su dinamismo que permite la instancia superadora ya descrita.

En definitiva, como el derecho no es, ni de lejos, el reduccionismo que plantea el positivismo, Álvaro d’Ors abogó ininterrumpidamente por el regreso a la noción que vivía el derecho romano clásico y, concretamente, por el estudio de su dinámica ya que la “verdadera utilidad [del derecho romano] consiste en preparar la forma mental y el espíritu de libertad del joven jurista, en habilitarle para servirse del derecho positivo sin convertirse en su servidor”⁷

2. LA DISTINCIÓN ENTRE *IUS* Y *LEX* EN LA ROMA CLÁSICA. ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

Para distinguir ambos conceptos, es fundamental rescatar el concepto del *ius* romano como fruto del ejercicio de la prudencia que ilumina el intelecto en el momento de pronunciar el juicio⁸. Por otro lado, el *ius*, obra de la *iuris prudentia*, si bien tenía apoyo social del Senado, no era de carácter público, sino eminentemente privado: la autoridad derivada de los prudentes se manifestaba como *responsum*, opinión o *sententia*. Su ámbito venía

7. D’ORS, Á., “Crítica Romanística”, *Cuadernos compostelanos de derecho romano*, 10, Santiago de Compostela, 1999, pp. 136-137. Acerca de la función del jurista, cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, op. cit., pp. 73-76.

8. En efecto, lo propio del jurista consiste en saber discernir el derecho: “calificar el arte del derecho como prudencia está de acuerdo con su cualidad de ciencia práctica. Es (...) la virtud del correcto obrar moral, (...) en relación con la justicia, virtud también moral. Ello nos pone de relieve que la actividad jurídica depende de dos virtudes que están en la base del oficio del jurista: la justicia y la prudencia”, en: HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, cit. p. 81.

determinado por el interés de los particulares en obtener una respuesta de autoridad.

La *lex*, por su parte, era un acto de potestad que ponía límites e imponía datos nuevos al *ius* y, en este sentido, ella misma llegó a ser considerada como expresión del *ius* (en especial la Ley de las XII Tablas, en cuanto fue objeto de interpretación jurisprudencial posterior). Además la *lex* se manifestaba como fruto de la potestad que encarna una decisión del gobernante. Poco a poco, la *lex* se fue entrometiendo progresivamente en el *ius*, y la *lex* pública llegó a ser considerada productora del *ius*, es decir, fuente del derecho. Fue en esa instancia cuando se abandonó la *auctoritas* en el derecho para pasar a una situación en la que las normas iban respaldadas por la fuerza soberana de la *civitas*. En el siglo II el *Princeps* asumió el monopolio de la jurisprudencia, con la consiguiente burocratización del derecho. La voluntad imperial se encumbró y llegó a ser la única fuente de derecho. Así, el Código de Justiniano, aunque mantiene ambos conceptos, en sí mismo es una *lex*.

De este modo, la distinción entre *lex* (lo que declara la potestad) y *ius* (lo que declara la autoridad) se fue perdiendo. La creciente potestad del *Princeps*, y la designación de sus juristas, significó involucrar en la *potestas Principis* a la *auctoritas iurisprudens*, lo que desvirtuó de raíz la constitución mixta republicana “basada en una genial interrelación entre la autoridad del Senado (*auctoritas patrum*) y la *maiestas populi*, que se concretaba en la *potestas* de los magistrados”⁹. En efecto, este sistema creado por Octavio Augusto, y que se consolidó en la época de Tiberio (42 a.C.-37 d.C.)¹⁰, supuso una directa intervención de la *lex* en el *ius*, de la *potestas* en la *auctoritas*.

Si bien el senadoconsulto siguió siendo una autorización dirigida al magistrado y la realización de los preceptos senatoriales seguían bajo la responsabilidad del pretor, el mismo senadoconsulto llegó a considerarse fuente del *ius civile*, como lo era antes de las antiguas *leges*. Esto se explica porque el senadoconsulto dejó de ser una manifestación de la autoridad del Senado para ser expresión de la potestad del Príncipe.

Junto con esas reformas desapareció el edicto anual del magistrado –fuente viva del ordenamiento jurisdiccional– con la codificación de la

9. DOMINGO, R., *Ex Roma ius*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 71-72.

10. Cfr. WOLFF, H. J., *Roman Law: An Historical Introduction*, University of Oklahoma Press, Norman, 1951, pp. 108-109.

época de Adriano. De este modo dejó de ser un reglamento anual de potestad para convertirse en una fuente de autoridad (*ius praetorium*).

Se ve así, claramente, la confusión a la que se llegó: la fuente tradicional de autoridad (jurisprudencia) absorbió la potestad del edicto pretorio y se dedicó a la práctica de los *rescriptos*, mientras que la fuente tradicional de potestad (la ley) pasó a presentarse en la forma de senadoconsulto, entendido éste ya no como expresión de autoridad, sino de la potestad imperial, en forma de *oratio*.

En el siglo IV, caídas ya las apariencias de *res publica*, el *ius* se convirtió en expresión de la potestad imperial en forma de ley general. El *rescripto*, como expresión de autoridad, tendía ya a desaparecer y sus colecciones se fueron convirtiendo en libros de autoridad (integrantes del *ius*, en contraposición a las nuevas *leges*). Más tarde, Justiniano volvió a la idea de que el *rescripto*, al ser formalmente una expresión de voluntad imperial debía asimilarse a las *leges* y separarse del *ius*. En cierto modo, se volvía a la distinción entre potestad y autoridad en orden a las fuentes normativas, la potestad de las leyes imperiales y la autoridad de los antiguos autores, incluyendo el edicto perpetuo. Pero la palabra *ius* ya pasó a abarcar ambos tipos normativos.

Sobre la base de la distinción histórica, explica d'Ors que el *ius* es el fruto de la *iuris prudentia* y, si bien cuenta con el apoyo social del Senado, no tiene carácter público sino eminentemente privado. La consideración personalista es propia de la “experiencia jurídica romana” que distinguía entre el *ius civile* — eminentemente personal— y el derecho pretorio —real—, conjugado en acciones¹¹. La *lex*, por el contrario, es un acto de potestad que pone límites e impone datos nuevos al *ius* y, en este sentido, ella misma llega a ser considerada como expresión del *ius*.

También el derecho consuetudinario, considerado hoy por la teoría general del derecho como una de sus fuentes, es resultado de la confusión señalada anteriormente y lleva en sí el interrogante acerca del origen de su fuerza jurídica y de su posición frente a la ley¹². En la experiencia jurídica de Roma el tema se presenta de modo distinto. El edicto y la jurisprudencia vivían en íntima relación con la práctica y, por lo tanto, con la costumbre, de la que se nutrían y a la que, a su vez, encauzaban y confirmaban.

11. D'ORS, Á., *Parerga histórica*, op. cit., pp. 92-94.

12. D'ORS, Á., “Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en Roma”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 5 (1946), pp. 499-511.

Cuando la legislación imperial comenzó a separarse de la vida jurídica consuetudinaria y se fue elevando a la categoría de expresión autoritaria de una voluntad teocrática (pura *potestas*), comenzó la separación entre ley y costumbre. Por otro lado, la voluntad del emperador debía luchar –sin éxito– frente a la fuerza de los derechos locales; es decir, de las costumbres que se observaban en las provincias a medida que el Imperio extendía sus fronteras conquistando nuevos territorios. De ese divorcio entre la ley imperial y la práctica surge el choque teórico entre derecho legislado y derecho consuetudinario que hoy existe¹³.

Para d’Ors, en definitiva, *lex* y *ius* no sólo no se identifican, sino que se contraponen. La confusión entre ambas refleja la que existe entre potestad y autoridad, más aún en el Estado actual, pues “la secularización del mundo moderno que ha engendrado el Estado induce a no tolerar autoridad alguna que no dependa de la potestad gubernativa, ni admitir la distinción entre la autoridad y la potestad.”¹⁴

El derecho, entendido ya positivamente, puede dar o no un contenido a la ley; pero las leyes, por sí mismas, no son todas ellas jurídicas, sino que pueden ser organizativas o de pura planificación. En opinión de d’Ors, “la identificación de derecho y ley proviene (...) de la traducción ciceroniana del griego *nomos* por la palabra latina *lex*. Podría estar uno tentado de traducir *nomos* por norma, que incluso presenta alguna afinidad al oído, pero norma es una palabra muy moderna, en el sentido que actualmente tiene en derecho, y es muy impropia para traducir el *nomos* de los griegos. Norma debe relacionarse con *regula*”¹⁵.

En efecto, es a partir de esta identificación cuando cristaliza la denominación, amplia y general, de las fuentes del derecho como un conjunto de normas jurídicas bajo el nombre de *leges*¹⁶, intentando una interpretación sumamente elástica del verbo *legere* (elegir).

13. En este sentido señala d’Ors que “por su esencial legalidad, la democracia es contraria a la costumbre, y procura eliminar su observancia; tiende así a liberarse del imperio de los muertos y a entronizar la voluntad actual y siempre revocable de los vivos. En este sentido, la popularidad de la costumbre se contraponen a la voluntad democrática del pueblo”. D’ORS, Á., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1979, p. 47.

14. D’ORS, Á., “De nuevo sobre la ley meramente penal”, *La Ley*, 200 (1982), pp. 1035-1042.

15. D’Ors explica los conceptos de “norma” y “regla” a partir de su etimología, que remite a dos instrumentos usados en Geografía: la regla, que sirve para trazar líneas rectas, y la norma o escuadra para trazar ángulos rectos. Cfr. D’ORS, Á., “Sobre la palabra “norma” en el derecho canónico”, *Ius Canonicum*, vol. 32 (1976), pp. 103-107.

16. D’ORS, Á., *De la guerra y la paz*, Rialp, Madrid, 1954, p. 29.

Por otro lado, el valor normativo de la costumbre se comenzó a entender como procedente de un *tacitus consensus populi* y, en este sentido, tenía la misma fuerza que la ley. Se adoptó así otra idea claramente griega: que la ley (entendiendo por ley el *nomos* griego), es decir, cualquier norma jurídica, se funda en una opinión común de lo útil o del acuerdo común de la ciudad.

Así se explica también que se comenzara a hablar en Roma de voluntad del pueblo en un momento en el que la ley expresaba una voluntad aristocrática: ese *consensus populi* no era algo real dentro del sistema constitucional de la época, sino una pura idea tomada en préstamo de la filosofía griega, que se había introducido por vía de interpolación¹⁷.

Más adelante los juristas medievales tomaron el *Corpus Iuris* como un libro de indiscutible autoridad al que aplicaron el mismo método empleado en el estudio de la Biblia. De este modo se desarrolló un derecho protector de dogmas, cánones y leyes. Paradójicamente, por tanto, la ciencia jurídica europea se fue desarrollando como una dogmática ciencia laica (incluso Carl Schmitt llegó a decir que “el enemigo del jurista es el teólogo”¹⁸), que quedó absorbida por la legislación estatal; en definitiva, a partir de entonces, sólo resultaba dogmático el derecho creado por el Estado.

Frente a esta situación propone d’Ors una definición de derecho que no consiste en un sistema de potestades (conjunto de derechos subjetivos), sino en un sistema de deberes socialmente exigibles (derechos objetivos): se recupera de este modo la idea de que el servicio coincide con el deber, y de que el derecho no es tal si falta un contenido de justicia más allá de las formas que se hayan seguido en su formulación.

En definitiva, el derecho no necesita de una fuerza dogmática, sino del reconocimiento de principios fundamentales incontrovertibles que cons-

17. Esta sería una de las influencias griegas en la filosofía política romana. Cfr. D’ORS, Á., “Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en Roma”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 5 (1946), pp. 499-511.

18. Citado en D’ORS, Á., “Teología Política: Una revisión del problema”, *Revista de estudios políticos*, 205, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid (1976), p. 6. En la misma línea, la carta de Schmitt a d’Ors de fecha 13 de septiembre de 1951 hace alusión a un artículo de la serie “Carl Schmitt en Compostela” en la que a partir de elementos jurídicos se da paso a cuestiones escatológicas. Schmitt alerta de la posible reacción del teólogo afirmando: *Silete juris consulti, in munere alieno!* Es preocupación de ambos pensadores la desconexión entre derecho y teología como paso a la técnica jurídica adjetivizada. Cfr. *Carl Schmitt und Álvaro d’Ors Briefwechsel* (trad. y notas: Herrero, M.), Duncker & Humblot, Berlín, pp. 119-121.

tituyen su razón íntima de ser. En palabras de Hervada se puede afirmar que, siendo importante la norma, “el centro del sistema no es la ley, sino el derecho, cosa distinta de la norma, pues es lo suyo de cada uno, aquello que, de varias formas, está atribuido a los diversos agentes sociales y hay que dar a quien pertenece”¹⁹.

En definitiva, puede decirse que el problema que presenta la relación *ius* y *lex* es paralela a la que existe entre “derecho” y “derecho natural”; es decir, la consideración acerca de si una ley, como expresión de potestad, es decir de la voluntad del legislador que la impone, obliga por sí misma, independientemente de que coincida con un deber moral que no proviene de la misma ley, sino de la justicia intrínseca de lo ordenado, según criterios no-legales de moralidad. Es decir, si obliga independientemente de la coacción moral que su contenido ejerce sobre nuestra prudencia.

3. EL DERECHO: “SISTEMA DE SITUACIÓN” O “SISTEMA DE RELACIÓN”

La división entre derecho privado y derecho público conlleva también elementos que han conducido a una visión formal del derecho que lo ponen en directa relación con el relativismo. En efecto, con cierta frecuencia se esgrime la pretensión de que la autonomía de las partes propia de las relaciones privadas justifica la aceptación de cualquier conducta, dando lugar a la vigencia de un criterio claramente adjetivo.

Acudiendo nuevamente a bases romanistas, corresponde considerar que el derecho privado era aquel creado por los particulares en el ámbito de la autonomía privada, mientras que el procedente del *populus* daba lugar al derecho público, sin tener en cuenta las materias que regulaba. Este criterio se explicaba entonces sobre la base de la distinción entre el *ius*, el derecho que regía las relaciones entre particulares en asuntos que no incumbían a la *civitas*, y la *lex* como norma emanada de ésta. Con el tiempo, cuando aumentaron las fuentes normativas de carácter estatal, la contraposición *ius-lex*, dio lugar a la contraposición *ius civile-ius publicum*.

Cicerón ofrece un texto que aclara la contraposición entre *ius publicum* y *ius privatum*²⁰. En él con el fin de separar el derecho público escrito del

19. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 83.

20. CICERÓN, *partit. orat.* 37, 130. Citado por D'ORS, Á., *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961, p. 246.

privado, se dice que las fuentes del primero son la ley, el senadoconsulto y el tratado internacional; mientras que del *privatum*, las tablas del testamento y los documentos negociales. En definitiva, en términos actuales, las fuentes del derecho público serían todas aquellas que hoy se consideran leyes y las del derecho privado las que proceden de la autonomía privada de las partes.

En el derecho romano, la distinción aparece diáfana a partir del criterio de “publicidad”: el *ius publicum* era objeto de publicación y, por ello, era patrimonio de todos, en tanto que el *ius privatum* permanecía para el solo conocimiento de las partes del negocio.

Del origen romano se puede extraer alguna luz para la consideración acerca de la moderna distinción entre derecho público y derecho privado. El punto fundamental reside en que existen dos formas de observar el derecho: como sistema de situación o como sistema de relación. El derecho público se refiere a lo jurídico desde la perspectiva de una situación, es decir de su ubicación dentro de la hipótesis prevista por el ordenamiento jurídico²¹, mientras que el derecho privado toma en consideración el nexo trabado por la actividad de la autonomía privada. En definitiva, no se trata de una distinción basada en la materia sino de la diferenciación entre norma estatal y relación jurídica privada. Por ello –advierte d’Ors– “cuanto más detallada, cuanto más minuciosa y exigente sea la norma, tanto más se pondrá de relieve el aspecto de la situación [de tal modo que] la idea de relación se irá desvaneciendo más y más”²².

De este modo llega d’Ors al meollo de la cuestión, que consiste en determinar hasta que punto la ley respeta la libertad de los ciudadanos: “la norma, incluso dispositiva, supone siempre limitación del libre arbitrio. Cuando esta limitación proviene de la voluntad privada, que se sujeta a sí misma, tenemos una relación, y tal relación se ofrecerá a una preferente consideración privatística; cuando, en cambio, la norma limitadora es estatal, tendremos un fenómeno de situación, que se ofrecerá a una preferente contemplación publicística”²³.

Ante el auge del derecho público el problema que se presenta es que, en el marco de una justicia procesal pura, no puede buscarse ninguna *razonabilidad* acerca de la justicia del resultado, ya que al abandonar todo criterio

21. Esta distinción romana de ángulos de visión, el normativo de la *situación*, y el privativo de la *relación*, da luces para el análisis del fenómeno actual de reducción progresiva del ámbito privado.

22. D’ORS, Á., *Papeles del oficio universitario*, op. cit., p. 258.

23. *Ibid.*, p. 261.

trascendente que determine el bien y el mal, no existe un parámetro distinto del proceso mismo para saber cuál es, con anticipación, el resultado justo. Tampoco cabe hacer referencia a que los principios sean justos, sino a que el proceso lo sea, a pesar de que para llegar a un resultado “aceptable” sí se puede llegar a un compromiso. De este modo, en el Estado moderno, “la tiranía (...) no es personal, sino de un aparato burocrático”, aunque disfrazada de democracia²⁴.

Asimismo, como consecuencia de la indistinción moderna de los elementos de la tríada personas-cosas-acciones²⁵, que son, propiamente, elementos funcionalmente conexos: el *ius civile* – eminentemente personal –, el derecho pretorio – propio de la *res* – conjugados armónicamente en acciones, se impuso un sistema personal/patrimonial del que procede el moderno derecho privado²⁶. En éste, la acción ha quedado relegada a ser algo tan puramente instrumental y burocrático como es el “procedimiento”. Como no todas las acciones son iguales y del tipo de acción depende la naturaleza del derecho respectivo, se ha llegado a una situación de separación absoluta entre derecho sustantivo y procesal y, a la vez, este binomio pasó a ser la distinción más relevante para el derecho²⁷.

En el marco de un derecho procedimentalista tiene su auge el gobierno burocrático encarnado en la figura del Estado, cuya legitimidad despersonalizada se reduce inexorablemente a una pura legalidad: “las democracias modernas (...) prescind[e] del carisma de la legitimidad, su ‘legitimidad’ está en el apoyo de la fuerza expresada por un consentimiento de los individuos que forman la comunidad política. La sociedad democrática no consiste en familias, y su gobierno, en consecuencia no se funda en la legitimidad”²⁸. Efectivamente si bien pretende hallar

24. D’ORS, Á., *Ensayos de teoría política*, Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 196-197.

25. Corresponde subrayar que derecho y cosa no son elementos separables, no hay derecho sin cosa. Aquí precisamente radica el error de Ockham quien separa tajantemente la cosa y el derecho subjetivo, de modo que sea pensable el derecho sin la cosa, introduciendo la noción de derecho como pura formalidad. Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, op. cit., pp. 242-243.

26. D’ORS, Á., *Parerga histórica*, op. cit., pp. 92-94.

27. Un claro representante de la justicia puramente procesal es John Rawls, quien sostiene que ésta “se da cuando no existe un criterio independiente para conseguir un resultado correcto; [en cuanto] existe, sin embargo, un procedimiento tal que dará siempre un resultado correcto, cualquiera que éste sea, con la condición de que se siga apropiadamente el procedimiento”; en RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, p. 109.

28. D’ORS, Á., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto jurídico español, CSIC, Madrid, 1973, p. 135.

una legitimidad, ésta no surge de la naturaleza de las cosas, sino que es meramente convencional en cuanto procede de normas legales, que por sí mismas sin embargo, no pueden crear legitimidad porque carecen de fuerza legitimante²⁹.

Asimismo, la política estatal ha forjado una religión secularizada que propone dogmáticamente *valores democráticos*, proclamada multitudinariamente por los diversos actores sociales, susceptible de cambio en cualquier momento, según las conveniencias de los grupos de presión. Así, el nuevo modo de *justificar* convicciones personales pasa por su capacidad para conformarse con los valores democráticos y servir a sus normas. Se ve con claridad que esta reducción de lo bueno a lo democrático va unida a la reducción de autoridad a potestad y de potestad a poder democrático: *vox populi, vox Dei*³⁰.

4. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

D'Ors en su artículo "Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*"³¹, apela a la necesidad de reconquistar la *forma mentis* de los romanos³², sin pretender entenderla aplicándole criterios modernos. En efecto, en la mentalidad romana, el *ius* es un concepto elástico que permite abarcar

29. En esta línea, señala d'Ors que "basta legislar el divorcio o el aborto para que nada se pueda objetar acerca de su legitimidad, ya que la ley –y hay que entenderlo bien: toda posible ley– no puede ser otra cosa que la expresión de la voluntad del pueblo. Es evidente que resulta inútil buscar por ese camino una nueva ley universal superior a la concreta legalidad democrática de cada Estado. Y volvemos siempre al mismo resultado: la democracia consecuente no puede menos de prescindir de la legitimidad; le basta la legalidad, la de la ley que determine en cada momento la voluntad popular, del 'pueblo soberano'. Por ese camino llegamos otra vez a descubrir la incompatibilidad de la soberanía popular con el Derecho Natural". En D'ORS, Á., *Ensayos de teoría política, op. cit.*, pp. 145-146.

30. WILHELMSEM, F., "La filosofía política de Álvaro d'Ors", *Glossae, Revista de historia del derecho europeo*, 4 (1992), p. 179.

31. Publicado en D'ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, pp. 280-311.

32. Por ello afirma Rafael Domingo que "para conocer con exactitud el *ius romanorum* es preciso que el romanista, antes de sumergirse en el inmenso océano de las fuentes jurídicas romanas, se despoje de las categorías jurídicas actuales, de suerte que pueda captar, libre ya de ataduras conceptuales, cuáles fueron los hábitos lógicos y los esquemas jurídicos de los juristas romanos". En DOMINGO, R., "*Ius ratumque y ius potestasque* (Una contribución al concepto de *ius*)", *Persona y Derecho*, 25 (1991), p. 49.

tanto el aspecto objetivo como el subjetivo, de tal modo que los romanos no conocieron una distinción rígida entre uno y otro³³.

En este punto d'Ors sostiene, en la línea de Villey³⁴ y de otros romanistas de renombre, que en la concepción jurídica romana no tuvo lugar una categoría equivalente a la que la dogmática moderna conoce como "derechos subjetivos"³⁵, esto porque el acento estaba puesto en las personas, las cosas y las acciones en sí mismas, y no en las relaciones que estas cosas tienen con el "sujeto de derecho", al modo moderno³⁶.

Por ello, "aunque podemos traducir a menudo, la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamen-

33. Cfr. D'ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, cit., p. 281. Sostiene lo contrario Giuseppe Pugliese cuando, en "Actio e diritto subiettivo", se plantea la prioridad lógica e histórica entre ambas categorías. El problema de este autor, sostiene d'Ors, es que investiga desde el concepto de derecho subjetivo y, por lo tanto, encuentra al *ius* insuficiente para designarlo. Es conocida también la disputa al respecto entre Villey y Pugliese aunque parece responder más bien a una errónea interpretación de los escritos de Villey, por parte de Pugliese. Cfr. GROSSO, G., "La distinzione fra 'res corporales' e 'res incorporeales' e il secondo capo della 'Lex Aquilia'", en *Syntelesia. V. Arangio-Ruiz*, Jovene, Nápoles, 1964, p. 795.

34. Los escritos de Villey sobre este tema, con un estudio de presentación de Alejandro Guzmán, están recogidos –al margen de su publicación original– en: Villey, M. (1976), *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso. Incluye, entre otros, los siguientes artículos: "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", "*Suum cuique tribuens*", "Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo", "Acerca del sentido de la expresión '*ius in re*' en el derecho romano clásico", "El '*ius in re*' del derecho romano clásico al derecho moderno" y "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam". Afirma certeramente Guzmán, en la presentación del libro, acerca del pensamiento de Villey, 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 de desventajas, es delimitadora del poder; el derecho subjetivo, en cambio, lo reafirma" (p. 18).

35. Acerca de las diversas interpretaciones sobre la categoría del derecho subjetivo en el Derecho Romano, cfr. MEGÍAS, J. J., "El derecho subjetivo en el Derecho Romano (Un estado de la cuestión)", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25 (2003), pp. 35-54

36. F. Carpintero ha puesto de relieve en innumerables ocasiones que la mentalidad moderna, por el contrario, fue partidaria de estudiar ese complejo de situaciones y problemas variados para reducirlos a la unidad; pretendió, en otras palabras, reducir la multiplicidad a categorías abstractas que acogieran el mayor número de situaciones o posibilidades; sin considerar que no toda variedad es siempre reconducible a la abstracción sin que pierda su identidad. Cfr. CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 251 y ss.; ID., *Libertad y derecho*, Escuela Libre de Derecho, México; *Historia breve del derecho natural*, Colex, Madrid, 1999. En estas últimas obras ha desarrollado extensamente las consecuencias que tuvo para la Ciencia Jurídica el cambio de método, el abandono de la tópica romanística por parte de los modernos en pro de unos conceptos y principios abstractos.

te en ese sentido, porque no construyeron tal categoría”³⁷. En la mente romana esa palabra, ambigua, podía ser usada tanto como ordenamiento (sentido objetivo) como facultad (sentido subjetivo), sin que se separaran netamente ambos aspectos.

La utilización del mismo término se entiende si se considera que el sentido originario del *ius* está íntimamente relacionado con una actuación procesal de una persona contra el adversario, que se probó o puede probarse como justa. Efectivamente si el *ius* es originariamente una actuación, “nada sorprende que a la actuación posible de una persona, la facultad de actuar, se siga llamando *ius*, el *ius* que entendemos como subjetivo”³⁸. Lo que está claro es que el concepto de *ius* era ambivalente, sin constituir dos acepciones distintas como ocurre hoy y que se relacionaba con la justicia o injusticia de una conducta llevada a juicio.

El tránsito hacia la subjetivización del *ius* conoció varias etapas. En primer lugar, se llevó a cabo la elaboración de la figura jurídica de la *relación de uso*, ya sea en beneficio de un individuo o de una colectividad que, sin embargo, no se considera claramente una subjetivización. A continuación, el *ius* no sólo es usado, sino *apropiado* por un individuo, como sucede en expresiones tales como *ius meum perseguere*. Sin embargo, queda la duda cuando se aplican esos mismos conceptos a una cosa: *fundus cum iure suo* ¿Acaso un fundo puede tener un derecho subjetivo? se pregunta d’Ors³⁹.

Ante estas contradicciones, algunos autores como Gioffredi, Villey y Kaser, a los que sigue d’Ors, concluyen que *ius* es semejante a “situación jurídica”⁴⁰. En palabras orsianas “*ius* quiere decir exactamente, (...) para la mentalidad de los romanos, una ‘posición justa’, ‘posición jurídica’ (...). [En su sentido más primordial, el *ius* significa] la posición justa del magistrado en su función jurisdiccional, allí donde debe estar para *dicere ius*.”

37. D’ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, p. 283. En idéntico sentido Giuseppe Grosso, para quien el *ius* no se reduce a un conjunto de normas, sino que comprende un complejo de realidades concretas en las que las normas no lo son todo; proyectando ese *ius* hacia el exterior, se resuelve en una capacidad de actuación que viene a equivaler a nuestro derecho subjetivo. Cfr. Grosso, G. (1967), *Problemi Generali del diritto attraverso il diritto romano*, ed. Giappichelli, 2ª ed., Torino. También Carlo Gioffredi entiende el sentido originario del *ius* como “situazione giuridica obiettiva”. Cfr. GIOFFREDI, C., “*Ius, lex, praetor*”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 13-14, Apollinaris, Roma (1947-1948), pp. 50 y ss.

38. D’ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, op. cit., p. 284.

39. *Ibid.*, p. 287.

40. Así, por ejemplo, el *ius suum* señala la situación jurídica de un esclavo, que evidentemente no se puede entender como un derecho subjetivo.

Ahora bien: *ius dicere* significa precisamente declarar la posición justa del magistrado en su función jurisdiccional, allí donde debe estar para *dicere ius* (...). Declarar la posición que resulta justa de uno de los litigantes⁴¹. Hay que aclarar, sin embargo, que el que la distribución tenga por objeto el *ius* no quiere decir que se dé a cada uno su derecho subjetivo, sino que se le reconoce su posición justa. “El juez ‘pone’ las cosas en su sitio; coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*, virtud eminentemente judicial”⁴².

La palabra *ius* se aplica, sin embargo, en un sentido aparentemente subjetivo en las expresiones *ius fundi* y análogas, pero “aquellos *iura* no son sino las ventajas económicas del fundo en cuanto constituyen una posición reconocida como jurídica”⁴³. En esta concepción d’Ors sigue a Villey en la traducción de los términos con que se designan, por ejemplo, los distintos tipos de servidumbre: el gerundivo debe traducirse no por un verbo, sino por un sustantivo. Así, por ejemplo, sostiene d’Ors, *ius altium tollendi*, no es la “facultad de elevar un edificio”, sino “la posición justa de un edificio elevado”; el *ius utendi fruendi* es la “posición justa de uso y disfrute”, no de “usar y disfrutar”, etc. De aquí surge con claridad, que no se trata de una relación con una cosa, sino con una persona. El *ius fundi*, en consecuencia, es la posición jurídica de aquel que ocupa el fundo; pero no es lo mismo tener tal posición que tener el fundo mismo. El propietario tiene el fundo mismo, la *res*; el titular de la servidumbre tiene el *ius*, que metafóricamente se equipara a una *res* y se lo denomina *res incorporalis*.

De todos modos, en la concepción orsiana, el hecho de que el dominio no constituye un *ius*, como por ejemplo las servidumbres prediales, no impide que se dé la conexión *ius dominii*. “No creo que sea necesario, para huir del derecho subjetivo, caer en el objetivo. A mi modo de ver, *ius dominii* equivale ahí a ‘posición justa de dueño’, lo cual no es exactamente lo mismo que *dominium* sin más. [En efecto], aunque es evidente que los romanos no concibieron el *dominium* como un *ius*, ello no impide que el

41. D’ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, op. cit., p. 288. En idéntico sentido afirma Hervada que “*ius* es, en definitiva, la posición justa, el orden justo entre los ciudadanos y también –en cuanto ciencia– el arte de lo justo”, en HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, op. cit., p. 174.

42. D’ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, op. cit., p. 289. Explica d’Ors que la *in iure cesio*, por ejemplo, suponía la cesión de una posición jurídica y no de un derecho subjetivo, lo que explica la exclusión de toda idea de “transmisión”: “el vindicante no adquiere un derecho del cedente, sino que su nueva titularidad procede precisamente de la *addictio* del magistrado, una vez que, *in iure*, el cedente ha abandonado simplemente su posición”.

43. *Ibid.*, p. 291.

término *ius* se emplee en ciertas conexiones referentes al *dominium*. Ello se debe a que el concepto ‘posición jurídica’ es mucho más elástico que el de ‘derecho subjetivo’ que suele dársele al término *ius*”⁴⁴.

Cuando no se quiere superar el dualismo objetivo-subjetivo, resulta difícil explicar algunas fórmulas en las que no se puede decir que la ley otorgue un derecho subjetivo, porque el *ius* abarca todas las consecuencias, incluyendo las que implican un deber. En este punto, sigue d’Ors a Hernández Tejero, quien denomina “fundamento jurídico” al aspecto objetivo y “titularidad jurídica” al aspecto subjetivo⁴⁵. Lo que se da en realidad, corresponde a la unión de *ius* y *potestas* en cuanto se trata del poder de actuar una posición. El juez también reúne ambos elementos, porque la ley le pone en la posición de actuar y le da un poder para que esta actuación sea efectiva. Otro ejemplo, es el de la *patria potestas*, por medio de la cual, el padre ocupa una *posición* específica que se une a un *poder* de actuar esa posición⁴⁶. Conviene, de todos modos, tener en cuenta que esta aproximación de *ius* y *potestas* no significa la identificación del *ius* con el derecho subjetivo.

En definitiva, después de un examen acerca de las relaciones fundamentales en las que aparece la palabra *ius* en el derecho romano, se ve claramente que el concepto de derecho subjetivo no tiene cabida en ninguna de ellas, sin que por eso resulte más clara una interpretación objetiva. El *ius* clásico tiene un sentido único, de tipo intermedio entre la norma y la facultad, que es el de “posición justa”, entendiendo esta “posición” en sentido dinámico⁴⁷.

Así, afirma d’Ors que “*ius est* no quiere decir, evidentemente, ni ‘hay facultad’ ni ‘hay norma’, sino más bien: ‘es justo’ o ‘está en una posición justa’. *Iustum* es lo conforme al *ius*: lo que está en ‘posición justa’ o, para emplear un giro muy castizo y elegante del español, ‘está puesto en justi-

44. *Ibid.*, pp. 295-296. Explica d’Ors que, precisamente, la “consideración del *ius suum* en relación con una cosa, como *ius fundi*, nos ha servido para disipar la idea de derecho subjetivo en una serie de expresiones del *ius*, sin necesidad de caer en un sentido objetivo. La idea de ‘posición jurídica’ parece explicar los dos aspectos sin incurrir en distinciones de significado” (p. 297). Así el *ius fundi*, desde la perspectiva del titular, puede parecer una facultad que éste tiene, en tanto que considerado en relación con las demás realidades jurídicas circundantes, aparece como régimen normativo del fundo mismo.

45. HERNÁNDEZ TEJERO, J., *Compendio de derecho romano*, Gráficas Benzal, Madrid, 1966, p. 23.

46. D’ORS, Á., *Nuevos papeles del oficio universitario*, *op. cit.*, p. 303.

47. *Ibid.*, pp. 305-306.

cia' (...). Toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa. Todas las personas y todas las cosas tienen su posición; cuando su posición es justa, tienen un *ius*, y la *iustitia* (...), pone fin a la contienda de posiciones declarando cual es la justa, dando el *ius* a cada uno"⁴⁸.

Se entiende así que la concepción jurídica orsiana gire alrededor de las acciones. En efecto, la vida del *ius* "se traba mediante múltiples e interfe-rentes 'tomas de posición' o declaraciones (...), en su sentido originario, se funda (...) en las declaraciones de la jurisprudencia, sin que (...) la intrusión de la *lex* en el terreno del *ius*, altere fundamentalmente esta estructura, ya que la *lex*, lo mismo que otras formas de producción normativa, consiste también en una declaración (...). Los romanos no trazaron una línea clara de distinción entre el *ius* consistente en la posición de la jurisprudencia y el *ius* consistente en la posición declarativa de los particulares"⁴⁹. Es decir que el *ius* se presenta como una realidad unitaria, sobre todo porque existe pluralidad de fuentes.

Por ello, la escisión surge cuando la creación del derecho se hizo monopolio del emperador. A partir de ese momento, las leyes imperiales son norma, en el sentido del derecho objetivo moderno; nada queda para los particulares, fuera del acogerse a los beneficios de las leyes. Por eso, surge en la época post-clásica la idea del *ius* como derecho subjetivo. En este sentido d'Ors descubre en los post-clásicos, los verdaderos precursores de los modernos, en cuanto con ellos surge la distinción entre norma y facultad.

La distinción moderna, caracterizada además, por el uso del término "sujeto" en lugar de "persona", ha dado lugar a la actual denominación "derechos subjetivos", como si hubiera derechos no atribuibles a las personas. Se utiliza la expresión para distinguirlos del derecho objetivo, "que es el criterio establecido para juzgar los conflictos jurídicos"⁵⁰, mientras que los derechos subjetivos consisten en las facultades que aquel criterio objetivo atribuye a una determinada persona.

48. *Ibid.*, p. 306. La dinamicidad de la palabra "posición" es clara si se considera que se habla de "disposiciones legales" o cuando se habla de una persona que "está dispuesta" o de que "tiene disposiciones" para realizar algo. Es decir que se trata de posición justa que, desde un punto de vista objetivo se coordina con otras posiciones según un "orden justo". Desde un punto de vista subjetivo, en cambio, la posición significa la pretensión contrapuesta frente a terceros.

49. *Ibid.*, p. 307.

50. D'ORS, Á., *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 26.

Esta distinción racionalista, fruto del subjetivismo a que dio lugar el nominalismo junto con el arbitrarismo al que condujo el protestantismo⁵¹, no resulta imprescindible para concebir al derecho en su doble vertiente de criterio decisorio del cual no pueden separarse las consecuencias para las personas que intervienen en ellos. Es importante, por tanto, tener en cuenta que lo objetivo siempre es primario respecto de lo subjetivo, que no puede concebirse sin el criterio objetivo.

La definición moderna de derecho subjetivo, por otro lado, pone el acento en el interés legalmente protegido, pero aunque la protección tenga “rasgo adjetival”⁵² y secundario, lo cierto es que lo fundamental es la protección misma, siendo el interés el justificante de la protección. De modo que su existencia no depende de la reacción de un pretendido titular que se cree ofendido en su dignidad personal, sino de una instancia de superior autoridad que juzga, es decir, que otorga o deniega la protección pretendida con un criterio social.

La culminación del subjetivismo, en opinión de d’Ors, se manifiesta en la doctrina de los “derechos humanos” entendidos como facultades individuales, sin apoyo en criterio objetivo natural o positivo. Así, “el empeño por distinguir la facultad de la regla, lo subjetivo de lo objetivo, (...) tiende a reforzar el individualismo, y a relativizar la objetividad de los criterios de justicia (...). [De este modo] se construye un sistema de derechos subjetivos sin preocuparse ni de su fundamentación legal objetiva, ni, lo que es mucho más grave, de la forma de su posible declaración judicial. En realidad, no se trata de ‘derechos naturales del hombre’, sino de ‘deberes personales’ (...) que imponen deberes a las personas y no conceden derechos a los individuos”⁵³.

De ningún modo cabe a una declaración de derechos humanos suplantarse el orden del derecho natural, porque los pretendidos derechos subjetivos no se pueden considerar como poderes personales constituidos por la ley, porque implican siempre deberes respecto de otras personas⁵⁴. Los

51. En sentido semejante, afirma que “el papel primordial que se ha concedido al derecho subjetivo arranca de una concepción individualista que hace fructificar la jurisprudencia protestante, sobre todo por obra de Grocio”, en D’ORS, Á., *Papeles del oficio universitario*, op. cit., p. 224.

52. *Ibid.*, p. 198.

53. D’ORS, Á., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 30-31.

54. Si bien d’Ors habla de los “deberes naturales de las personas”, lo hace para oponerse al lenguaje moderno de los “derechos humanos”, alejados de toda relación con lo justo natural. Cfr. D’ORS, Á., *Derecho y sentido común*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 17-18. Al respecto cabe señalar que el centro de la vida jurídica –como bien señala Hervada– no está constituido por deberes ya que si bien el derecho es lo debido, en el sentido de ser aquello que el hombre justo y la sociedad

derechos de las personas, son más bien preferencias relativas para exigir una determinada conducta ajena en relación con una cosa que “interesa”⁵⁵; regresamos así a la idea orsiana de “servicio”, tanto porque éste se puede exigir (al deudor) como porque se puede prestar al ejercer esa preferencia (por parte del acreedor). En este último caso, se trata de reclamar un servicio en beneficio del buen orden social⁵⁶.

Por eso, aunque “muy corrientemente [se dice] que a todo deber corresponde un derecho correlativo, (...) esto no es así. Los llamados ‘derechos subjetivos’ pueden ser un reflejo de deberes que determinadas personas pueden exigir, pero hay muchos deberes que sólo pueden ser exigidos por una organización despersonalizada –por ejemplo, la Administración pública– a los que no corresponde ningún derecho subjetivo, precisamente por la indeterminación personal del que puede exigir su cumplimiento; sería absurdo decir que al deber de no contaminar los ríos pueda corresponder un derecho subjetivo de los propietarios ribereños, o del mismo río”⁵⁷.

El derecho civil suele considerar las preferencias patrimoniales como facultades de exigir algo de otras personas: derechos a que se respeten esas preferencias concedidas por el derecho positivo. Desde una perspectiva del derecho natural, se trata de deberes naturales concretados por el derecho humano, que exige su cumplimiento (lo que para el derecho civil es el anverso, por ejemplo, el derecho del propietario, para el derecho natural no es más que el reverso de lo mismo: la exigencia de respetar la propiedad ajena), y siendo la propiedad un modo de administración, se comprende que hay también deberes por parte de aquel a quien le ha sido atribuida. En este contexto se explica mejor la noción de “abuso del derecho” como exceso del administrador respecto de los bienes que tiene atribuidos⁵⁸.

deben realizar y alcanzar para vivir justamente, resulta más correcto afirmar que el núcleo de la actividad jurídica es el derecho, aunque los deberes son su manifestación primaria. Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas, op. cit.*, pp. 247 y 529 y ss. En este punto, corresponde subrayar que tanto los derechos como los deberes naturales proceden de una misma fuente: el ser mismo del hombre (su naturaleza) y su fin; y que tanto unos como otros son concretos y no meras abstracciones. Acerca de la abstracción y concreción en los derechos naturales, cfr. HERVADA J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1988, 5ª ed, pp. 104-106.

55. Hervada se refiere a esta cuestión afirmando que si bien “el derecho es una cosa, (...). [Ésta] –el fundo, la servidumbre, la herencia...– no interesa al jurista por sí misma, sino en relación con su oficio, que es tanto como decir en relación con la acción justa”. En HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, 1992, p. 202.

56. Cfr. D’ORS, Á., *Nueva introducción al estudio del derecho, op. cit.*, pp. 26-28.

57. D’ORS, Á., *Derecho y sentido común, op. cit.*, pp. 20-21.

58. Cfr. *ibid.*, 1995, p. 71.

5. DERECHO SUBJETIVO Y RELATIVISMO

Como ya se hizo mención, la revolución estatal se manifestó en el ámbito cultural y social del humanismo renacentista, colocando al hombre abstracto como centro de la realidad y medida de todas las cosas. En el orden jurídico supuso, por su parte, una consideración exacerbada del concepto de “derecho subjetivo”. D’Ors, con Villey, afirma que el renacimiento, el nominalismo y la construcción hobbesiana de la “filosofía del derecho individualista moderna” que concibe al concepto de derecho subjetivo como el atributo de un sujeto (*subjectum iuris*), tienen sus raíces por lo menos en Ockham⁵⁹. Hervada precisa que el teólogo franciscano fue quien introdujo el derecho subjetivo en “la doctrina, sustituyendo la noción realista de derecho (el derecho como la cosa justa debida) (...). Al que siguieron los autores nominalistas que dominaron la cultura universitaria posterior”⁶⁰. Si bien son varios los autores de la Segunda Escolástica que se hicieron eco de la noción de derecho subjetivo, como noción secundaria que acompañaba al analogado principal (Vitoria, Soto, Molina), Francisco Suárez fue quien de modo rotundo sustituyó al derecho como cosa justa por el derecho como facultad.

¿Qué se entiende, entonces, por derecho subjetivo? En el *ius* romano clásico en la versión del *Digesto*, se define como lo que es justo (*id quod iustum est*), y esta noción aplicada al individuo, “designa la parte justa que le ha de ser atribuida (*ius suum cuique tribuendum*) con relación a los demás, en este trabajo de repartición (*tributio*) entre varios, que es el arte del jurista”⁶¹: el derecho subjetivo siguiendo un esquema dinámico de tipo romano consistiría, pues, en una atribución de derechos y cargas.

Aquí radica la principal diferencia respecto del concepto de derecho subjetivo de los modernos, para quienes el derecho se vincula *sólo* con *su sujeto*, y reside en una cualidad inherente al individuo. Se perdió, de este

59. Ockham da lugar a lo que Pinckaers llama *libertad de indiferencia*. Aquí, la libertad es simplemente una facultad neutral de “elección”, y ésta abarca toda la realidad, porque el hecho de elegir implica una afirmación personal, es cuestión de poder. La voluntad es el atributo que define al ser humano y el que define toda la realidad. De hecho, también Dios posee una voluntad suprema; y la vida moral, como la entiende Ockham, es un conflicto de voluntades entre mi voluntad y Dios que se impone con la suya, por ejemplo, en los diez mandamientos. Cfr. PINCKAERS, S., *The Sources of Christian Ethics*, Catholic University of America, Washington, 1995, p. 242.

60. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas*, op. cit., pp. 239 y ss.

61. VILLEY, M., *Filosofía del derecho*, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, pp. 97 y ss.

modo, la función social del derecho, por haberse perdido antes la sociabilidad de la persona convertida en individuo⁶².

Por otra parte, a través de una inversión semántica del término *subiectum* (tradicionalmente entendido como “lo que se halla sometido”), se introduce el sustantivo *subiectum* en el sentido de “titular”, persona “sujeto de derecho”, como contrapuesto al objeto del mismo⁶³.

De modo progresivo, el derecho subjetivo fue ganando terreno de tal modo que llegó a ocupar el corazón del pensamiento jurídico moderno. El “derecho objetivo” pasó a ser tan sólo un conjunto de leyes y el normativismo se convirtió en una categoría generalmente aceptada. Antes, el derecho indicaba el camino hacia la salvación (o hacia una vida justa), se trataba de un precepto natural inmutable o de una “ley humana” que adaptaba a las circunstancias temporales la ley divina. En el mundo moderno, por el contrario, la ley permanece humana, estática y no tiene más alcance que el de su utilidad. El derecho subjetivo pasa a ser el término, y el objetivo el auxiliar de aquel⁶⁴. Se trata de un ordenamiento legal individualista, exaltador de la propiedad individual como base de todo el orden jurídico y expresión de la nueva libertad: el llamado “individualismo posesivo”. La razón es muy clara: ¿cómo puede existir el “bien común”, si no hay más que bienes particulares entre hombres y mujeres que actúan, cada uno, según su querer personal?

De todos modos, en el siglo XVII todavía existía una gran diferencia entre la *facultas agendi*, propia del derecho subjetivo, y la *potestas* del derecho romano, en tanto ésta no consistía sólo en una eventual facultad, sino más bien en una *actio*⁶⁵.

Con el nacimiento del Estado moderno, y los múltiples factores ligados a su surgimiento, la persona quedó reducida a la categoría de individuo; y la

62. Resulta interesante, a modo de ejemplo, confrontar la clásica definición de derecho como “conducta recta”, con la moderna de Ockham para quien el *ius* es una permisón que nos deja la ley moral, una licencia o libertad. De este modo, la ciencia abstracta de los modernos aísla en el derecho el beneficio que constituirá para el individuo. Hobbes añade a esta *libertad* la característica de que esa permisón se hace efectiva por la fuerza de hecho del Estado, por la *potestas* (ya que se trata de poder que se puede hacer efectivo, es decir que es reconocido socialmente).

63. GARCÍA HERVÁS, M. D., “El derecho canónico en el pensamiento de Álvaro d’Ors”, en ALTUVE-FEBRES, F. (comp.), *Homenaje a Don Álvaro d’Ors*, Dupla, Lima, 2001, p. 124.

64. De ahí la habitual definición de derecho como un sistema de derechos subjetivos provisto de sus instrumentos, que son las leyes y cuya misión es medir, limitar y garantizar estos poderes de los individuos.

65. GARCÍA-HERVÁS, M. D., “El derecho canónico en el pensamiento de Álvaro d’Ors”, *op. cit.*, p. 125.

persona, una vez desvinculada de la comunidad, quedó desamparada frente a las pretensiones de la sociedad a la que pertenece su individualidad. Así, una concepción de tipo liberal ha conducido a una típicamente socialista. La persona, reducida a sólo individuo, queda mutilada en su libertad personal y se dejará conducir por las normas que se le imponen desde el Estado o desde la opinión pública que pasa a tener una importancia desmesurada en una sociedad que vale lo que dice la mayoría, real o manipulada.

Más aún, dado que en el lenguaje revolucionario la *libertad* es entendida en sentido negativo y se le atribuye como principal misión el más amplio respeto de la individualidad, ya no le cabe otro contenido que el de la propia intención que puede dirigirse hacia cualquier cosa mientras no se aplique a una voluntad superior, sea divina o humana. Por eso, con la desaparición de Dios, la libertad pasa a entenderse en términos puramente instrumentales o utilitarios. “Si la intención lo es todo –explica Weigel– y la libertad es simplemente afirmación del yo, afirmación protegida por la ley, entonces es muy difícil, y quizá imposible, dar razón de porqué esa libertad posee valor, a no ser por [resultar] la mera expresión de mi voluntad”⁶⁶. Es en la encrucijada donde se encuentran un concepto de derecho subjetivo sobredimensionado con una libertad vacía (mero elegir), donde se pone de manifiesto el frágil equilibrio del derecho que acaba siendo presa del relativismo.

No hay referencia a la naturaleza del hombre, sino a las decisiones consensuadas. La libertad pasa ahora a depender en su contenido de la voluntad (*potestas*) abandonando todo vínculo con la verdad (*auctoritas*). Ya no se trata de la libertad que protege aquellos derechos que proceden de una íntima exigencia de la naturaleza humana, sino de una contingencia política⁶⁷.

* * *

No cabe duda de que toda norma supone una cierta limitación a la libertad: cuando la limitación surge de la voluntad personal que se sujeta a la misma, tenemos una *relación* de tipo privatística; cuando la norma limitadora es estatal, tenemos un fenómeno de *situación*. En ambos casos, la limitación que supone la ley, se supera si se considera que libremente se desea la vida en sociedad que la naturaleza impone; y que se desea también

66. WEIGEL, G., *Política sin Dios*, ed. Cristiandad, Madrid, 2005, p. 93. El fundamento de la libertad, resulta así, desde luego muy débil para sostener una civilización tal como se pretende en la actualidad.

67. D'ORS, Á., “Ley de la ONU versus Ley de Dios”, en *Razonalismo. Homenaje a Fernández de la Mora*, Fundación Balmes, Madrid, 1995, pp. 592-600.

el orden que la comunidad requiere; se quiere no la consecuencia limitadora en sí misma, sino la norma en cuanto está puesta al servicio de cada persona y del bien común. El problema surge cuando es el mismo sistema el que determina los modos de conducta a través de una legislación sofocante de la libertad personal y social.

Es claro que el derecho pone actualmente un acento desmedido en el futuro y en el sujeto⁶⁸. Así, las constituciones y tratados declaran múltiples derechos (de realización futura) a favor de sujetos, que a la hora de intentar reivindicarlos se demuestran falsos o meras declaraciones de buena voluntad⁶⁹. La marca de la modernidad se deja ver con toda su crudeza: el legislador en su afán de convertir los derechos subjetivos en derechos objetivos acaba dándose de frente con la realidad de que resulta imposible, porque –por mucho que le pese– no es omnipotente ni lo domina todo.

Los, así llamados, derechos subjetivos llevan consigo una carga ideológica. En este punto, si bien d'Ors no niega el papel de los mismos, manifiesta cierta animosidad frente a ellos porque suele considerarlos una “culminación del subjetivismo (...) [al] concebirlos como facultades individuales o ‘libertades’ que, sin apoyo en un criterio objetivo natural o positivo, vienen a limitar el uso de la potestad social”⁷⁰. Para evitar caer en alguno de los extremos mencionados, resulta necesario afinar en su entendimiento. No cabe duda de que todo derecho se refiere a una persona; es más el derecho existe para la persona y por la persona, en cuanto sin persona “reclamante” no hay derecho objetivo que se realice; se podría entonces afirmar, para evitar confusiones, que el derecho es siempre *subjetual*.

En definitiva, si el derecho subjetivo se concibe como libertad irrestricta, al estilo moderno, lo que se reclama no constituye estrictamente un derecho

68. A diferencia del derecho clásico que ponía el acento en el derecho objetivo y en el pasado (la cosa juzgada). Evidentemente tanto la perspectiva clásica como la moderna, adolecen de una disociación entre derecho objetivo y subjetivo que, en la realidad, van siempre unidos y son entre sí correlativos. Así, si no ejercito mi derecho subjetivo no habrá lugar para la posición justa del derecho objetivo; y, viceversa, si no existe un derecho objetivo cualquier facultad que intente hacer valer en juicio resultará vana.

69. Tómese en cuenta, por ejemplo, en la Constitución Española, el art. 35 inc. 1 donde se declara “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, o el art. 47: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. No cabe duda que tomando al pie de la letra estas normas, el ciudadano en paro o quien carece de vivienda podría reclamar un puesto de trabajo o una vivienda digna y el poder público debería dárselo.

70. D'ORS, Á., *Nueva introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 27.

porque falta el elemento fundamental de “lo justo”, contenido necesario de “lo reclamado”. Pero es claro que tampoco cabe un derecho objetivo sin una persona que tenga la facultad de hacer uso de él. Así, por ejemplo, si decimos que un niño “tiene derecho a ser alimentado por sus padres”, estamos considerando la facultad del niño para requerir el alimento, entendiendo que se trata de la facultad de que le alimenten “según medida”, es decir según “lo justo”, criterio objetivo que acompaña toda verdadera facultad. En definitiva, si bien hay que concluir de lo anterior que cuando d’Ors admite un *derecho personal*, está dentro del campo de aquello que los modernos llaman derecho subjetivo, por otro lado, alerta sobre la pretensión de un aparente derecho fundado sólo en facultades –en definitiva en una libertad de espontaneidad, totalmente libre de referencias heterónomas– que no constituye verdadero derecho, pues no hace referencia a ninguna justicia.

En este sentido, el mundo jurídico actual es ejemplo claro de enumeraciones extremadamente generosas de derechos públicos, sociales y económicos con efectos a terceros, y de tercera y cuarta generación, cuya efectividad judicial resulta problemática porque exigen una previa actividad del Estado tanto legislativa como administrativa difícil de conseguir y que escapa en su cumplimiento a las posibilidades del juez⁷¹.

No cabe duda de que d’Ors supo ver con claridad que la raíz de la crisis del derecho se encuentra en el mismo meollo del sistema de producción y aplicación de las normas y, con su pragmatismo característico, supo denunciar que el sistema jurídico en la sociedad moderna ha sido reemplazado por un juego de habilidades negociales o procesales⁷². En el ambiente sofisticado actual, ya no se busca la verdad sino la apariencia y se apela más a una presunta justicia que al saber. Cuando se politiza lo jurídico el subsistema del derecho queda indefenso en manos del aparato de poder⁷³.

71. Se trata de derechos tales como el de “disfrutar de un medio ambiente adecuado”, frente al cual el juez debe decidir si dejar la norma en estado latente, como un papel retórico, o convertirla en una palanca rigurosamente jurídica a favor de todos los ciudadanos, difícilmente posible.

72. En este nivel ya no tiene interés el contenido material de la norma, sino sólo su forma externa y las habilidades del jurista para “ganar” o “perder” según la estrategia que utilice. Un tanto cínicamente, se puede decir que con las mismas reglas gana el más hábil. Así el derecho se trivializa. Por otro lado, quien establece las reglas de juego (el Estado) participa también en él y no tiene inconveniente en establecer reglas parciales a su favor y, más aún, de cambiarlas en medio de la partida según su conveniencia.

73. Si se tiene en cuenta que la sociedad democrática es un ente desarticulado, compuesto por individuos atomizados, se comprende que la única unificación es externa y consiste en el Estado mismo. En definitiva, democracia y Estado terminan siendo en la práctica nociones idénticas.

Éste entonces es quien busca, de algún modo, encorsetar la vida social con disposiciones de *potestas* —si son acatadas por los ciudadanos— o de mero poder en caso de incumplimiento generalizado de las leyes.

Resumen: *El ámbito de los derechos subjetivos se haya actualmente dominado por tendencias de tipo legalista que, con facilidad, permiten su formulación e interpretación de modo relativista, como puro fruto de la voluntad legislativa. Por el contrario, el concepto romano de ius permite abarcar tanto el ámbito subjetivo como el objetivo del derecho, ocupándose de las personas, las cosas y las acciones en sí mismas, y no de las relaciones que las cosas tienen con el “sujeto de derecho”, al modo moderno. En este sentido cobran importancia las aportaciones de Álvaro d’Ors, quien siguiendo el desarrollo romanístico clásico, ofrece un modo de reformular el ius que sirve para poner freno a la noción de derecho subjetivo moderna.*

Palabras clave: *Ius, lex, Derecho Romano, derecho subjetivo, derecho objetivo, procedimentalismo, Álvaro d’Ors.*

Abstract: *Subjective rights, although not relevant in the Anglo-American tradition, are currently being considered as key aspects of Continental European legal systems and are mainly interpreted in legalistic terms. This position easily leads one to understand them purely as a result of the legislative will. On the other hand, the Roman concept of ius includes both the objective and subjective aspects of law, which consider persons, objects and actions as an inseparable triad. The modern legal system considers only the relationship between the subject of the law and the positive legal order. Álvaro d’Ors, a Spanish Romanist, offers the Roman perspective of ius as a critique to the modern relativistic view of subjective law.*

Key words: *Ius, lex, Roman Law, subjective right, objective right, procedure-ism, Álvaro d’Ors.*