

## El encaje de los derechos sociales en la estructura original del derecho subjetivo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES EN LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA.—III. LAS APORTACIONES Y CONCEPCIONES MEDIEVALES.—IV. LA ELABORACIÓN DOCTRINAL DE GUILLERMO DE OCCAM.—4.1. Los hechos.—4.2. El nominalismo.—4.3. El conflicto jurídico y político.—4.4. La controversia jurídica y el surgimiento del concepto del derecho subjetivo.—4.5. La relación en el derecho elaborado por Occam.—4.6. Evolución restrictiva: hacia la relación bilateral.—V. CONCLUSIONES PROVISIONALES.—VI. CODA.

### I. INTRODUCCIÓN

Es hoy ya indudable que el concepto de derecho subjetivo es uno de los conceptos claves en la formación de la moderna Ciencia del Derecho y aun en el proceso de construcción del armazón teórico en el que se apoya el surgimiento de los Estados nacionales, primero al reconsiderar la posición del titular del poder político frente al Derecho, reformulándose junto al concepto de ley y situando al monarca en posición creadora y no meramente interpretativa de los preceptos jurídicos, y segundo al concebirse como facultad inherente al ser humano con unos contenidos determinados que el Estado debe, en todo caso, respetar. El primero de los procesos está magníficamente ilustrado, entre nosotros, por José Antonio Maravall<sup>1</sup> y también, de forma más específica, por Antonio Truyol y Serra<sup>2</sup> y, más recientemente, por Gregorio Peces-Barba<sup>3</sup>, y en cuanto al segundo es sobradamente cono-

---

\* Letrado de la Asamblea de Madrid.

<sup>1</sup> José Antonio Maravall, *Estado Moderno y Mentalidad Social*, t. II, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1972, pp. 405 a 439.

<sup>2</sup> Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 2 volúmenes, Alianza Universidad, Madrid, 1989.

<sup>3</sup> G. Peces-Barba y E. Fernández García, *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I: *Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 13 a 265.

cido al constituir la esencia argumental básica de las revoluciones liberales de finales del XVIII.

Pero si es cierto que ya nadie pone seriamente en duda estas circunstancias (al menos en cuanto a su desarrollo histórico) no lo es menos que ahí se detienen las coincidencias en torno al concepto de derecho subjetivo, surgiendo una disparidad de criterios y teorías ciertamente considerable que abarcan desde la misma existencia de tal concepto hasta su significado, pasando por su naturaleza y función. No es objeto de este trabajo realizar un estudio pormenorizado de las diversas teorías formuladas en el estudio del derecho subjetivo, existiendo en la literatura científica sobradas monografías al respecto, pero sí es necesario realizar un breve recorrido histórico para explicar adecuadamente el proceso de ensamblaje del concepto de «derechos humanos» en el armazón jurídico del derecho subjetivo con las primeras declaraciones liberales de derechos.

Tal vez la mejor forma de aproximarse al análisis del derecho subjetivo sea la contenida en las reflexiones efectuadas por Kelsen cuando señalaba que: «No se ha dado cuenta en absoluto de lo que debe proporcionar al jurista el buscado concepto de derecho subjetivo, de a cuál pregunta debe dar una respuesta»<sup>4</sup>. Por mi parte, entiendo que se presentan dos problemas en el estudio del concepto, naturaleza, contenido y función del derecho subjetivo; el primero es que no siempre se sabe lo que se busca, y el segundo —y, a mi juicio, más frecuente— que no se *quiere decir explícitamente* lo que se busca. Esto último puede, tal vez, explicarse si se considera que con el concepto de derecho subjetivo se ha pretendido en ocasiones ofrecer una solución jurídica a problemas y planteamientos ajenos al ámbito jurídico y provenientes de otros campos, principalmente del político. No es que el concepto de derecho subjetivo pretenda formularse como un instrumento de juridificación de la política (lo cual ya sería de por sí motivo suficiente para suscitar diferencias y aun enfrentamientos doctrinales, como ocurre lógicamente en el ámbito del derecho público con el concepto de Constitución), sino que en este caso, entiendo que más que juridificar la política, lo que con la formulación de teorías en torno al concepto, naturaleza y contenido del derecho subjetivo se perseguiría, más bien, sería disfrazar la verdadera naturaleza del debate, trasladando el mismo (consciente o inconscientemente, libre o forzadamente) del plano de la decisión política al ámbito de la definición jurídica, para propiciar mediante el tratamiento y manejo de las técnicas y mecanismos jurídicos, un cambio, variación, o al menos reflejo o incidencia, en la esfera política. A esta vocación responden, a mi juicio, la revisión occamiana del concepto del derecho subjetivo respecto del *ius* romano, hábilmente explicada por Michel Villey, los intentos doctrinales de la escolástica española, primordialmente Vitoria y Suárez, para fundamentar jurídicamente la voluntad política que dirigía la colonización, el acomodo de los derechos liberales en el encaje formal del derecho subjetivo para autoarrogarse la burguesía triunfante mediante instrumentos jurídicos

<sup>4</sup> Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 223.

(normativos y judiciales) la facultad de representar a toda la comunidad y asumir el poder político en exclusividad, y, como último ejemplo, la negativa a admitir a los derechos sociales, económicos y culturales como «verdaderos derechos» bajo la argumentación de su imposible encaje en la estructura del derecho subjetivo, esgrimiendo con ello un argumento «jurídico formal» pretendidamente neutro desde la valoración política.

Cualquiera que sea la definición que pueda darse del concepto de derecho subjetivo de entre las muchas existentes en el panorama doctrinal, tanto civilista<sup>5</sup>, como *iusfilosófico*, donde destaca la magnífica síntesis realizada por Juan Ramón de Páramo<sup>6</sup>, entiendo que hoy por hoy, admitiendo la simplificación que ello representa, al utilizar la expresión «derecho subjetivo» estamos haciendo referencia, fundamentalmente, a dos aspectos:

- 1.º A una facultad, a un poder de disposición que le corresponde a un sujeto respecto de una cosa y/o frente a otro u otros sujetos y que el primero puede esgrimir ante los Tribunales de Justicia, *puede hacer valer en juicio*, obteniendo así la protección y ayuda del poder coactivo estatal para satisfacer su pretensión<sup>7</sup>.
- 2.º A la circunstancia de que la facultad o poder con que cuenta un sujeto lo tiene precisamente por su condición de ser humano, al margen, por el momento, de que respecto de tal facultad el ordenamiento jurídico realice exclusivamente una función de mero reconocimiento o de atribución<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Véase, a título de ejemplo, José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1982, pp. 25 a 38.

<sup>6</sup> Juan Ramón de Páramo, «Derecho Subjetivo», en la obra colectiva *El Derecho y la Justicia*, Edición de E. Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

<sup>7</sup> Esta cualidad se incluye, al menos parcialmente, formando parte de todas las definiciones científicas del concepto del derecho subjetivo, desde la de Kelsen: «el derecho subjetivo en sentido específico es el poder *jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente*» (*Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 269), o las clásicas de Windscheid, «*un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferido por el orden jurídico*» (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906) o la referencia al aspecto formal de «*protección de la demanda*» que hizo Ihering (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1906), pasando por la concepción del derecho subjetivo como *pretensión* o incluso como *potestad jurídica* en Hohfeld (*Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968) hasta las más modernas precisiones de Feinberg, que considera los derechos como «*pretensiones válidas contra*» (*Rights, Justice and the Bonds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 1980), así como también, de alguna manera, en la famosa concepción de Dworkin, de los derechos como *triumfos* frente a la colectividad [en «Rights as Trumps», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1989].

<sup>8</sup> Esta segunda cualidad se encuentra, implícita o explícitamente, en las definiciones formuladas en la concepción *substancial* de Ihering que hace referencia a la utilidad, ventaja o ganancia que proporciona el derecho a su titular (obra citada en nota anterior), en la síntesis de Ennecerus/Nipperdey, al considerar al derecho subjetivo como «*un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico; (que) por su finalidad es un medio para la satisfacción de los intereses humanos*» (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1960), así como en las consideraciones de que a través de los derechos, *los sistemas normativos buscan la realización de algo en interés de la persona a la que se atribuyen*, elaboradas por MacCormick («Children's rights: A Test Case for Theories of Right», *ARSP*, 62, 1976, 605-17) y por Laporta («Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, 73-46), o en la muy precisa definición de Carlos Santiago Nino, al afirmar que «*se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de*

Aunque ambos aspectos suelen presentarse de forma conjunta y simultánea, como inherentes al propio concepto de derecho subjetivo, lo cierto es que no es en modo alguno necesario que conceptualmente se den en esa disposición, pues cada uno responde a planos distintos (al de la eficacia el primero, al de la fundamentación el segundo)<sup>9</sup> y, además, surgen históricamente en momentos diferentes (con la obra de Occam el primero y con Locke, principalmente, el segundo, que hunde sus raíces en las formulaciones del Juez Coke)<sup>10</sup>.

Solicitando excusas por la simplicidad de las acepciones expuestas sobre el concepto de derecho subjetivo, considero que, a pesar del riesgo que ello implica, es preferible utilizarlas en este momento sin comprometerme precipitadamente con ninguna de las actualmente perfiladas, porque ello me permite iniciar, sin grandes cortapisas, el breve recorrido histórico al que se ha hecho mención más arriba, contando tan sólo para ello con una mínima idea de aquello cuya génesis y evolución se va a analizar, aceptando en todo caso la genérica definición que entraña la segunda de las acepciones que Pérez Luño realiza de los derechos subjetivos como «instrumento jurídico dirigido a la tutela de las facultades y valores individuales»<sup>11</sup>.

## II. ANTECEDENTES EN LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA

No parece muy descabellado intentar rastrear el concepto del derecho subjetivo en la antigüedad clásica partiendo de las significaciones más aproximadas que en relación al mismo podemos descubrir en el derecho romano, toda vez que este sistema jurídico es el que ha ejercido una mayor influencia en la formación de los derechos nacionales europeos. Ello, no obstante, obliga a adentrarnos como primer paso en el estudio del pensamiento jurídico griego por encontrarse ya en éste los conceptos nucleares sobre los que se desarrolló la reflexión jurídica romana. Todo ello se expondrá de forma muy somera, con la sola intención de proporcionar el necesario sustrato

---

*verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a la clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso» (Ética y derechos humanos, Barcelona, 1989, p. 39).*

<sup>9</sup> Una distinción entre los enfoques normativo, empírico y analítico ha sido desarrollada brillantemente por Robert Alexy en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>10</sup> Vid. «Los derechos naturales en la filosofía política de Locke», en G. Peces-Barba y E. Fernández García, *op. cit.*, pp. 601-636.

<sup>11</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 569. Con quien modestamente me identifiqué (y a ello responde en gran medida este trabajo) en su «empeño discursivo por defender la inserción de los derechos sociales en el catálogo de los derechos fundamentales, y por mostrar, en suma, que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales» (*op. cit.*, p. 570).

de antecedentes para una más completa comprensión de la importancia de la revisión llevada a cabo por Guillermo de Occam en la baja Edad Media<sup>12</sup>.

Los significados que en la actualidad se suelen atribuir al concepto de derecho subjetivo que, a pesar de ser un término de múltiples acepciones, pueden reconducirse en líneas generales, en el marco de lo arriba apuntado, a la clásica definición de Villey como «el poder jurídico que pertenece a una persona contra otras respecto de un determinado concepto», permiten centrar nuestra investigación en torno al término latino de «*ius*», del que derivará el de «*iustitia*» y que hunde sus raíces en las concepciones político-jurídicas, sociales y filosóficas del mundo griego.

El pensamiento jurídico griego se encuentra lógicamente subsumido en las coordenadas del conjunto de toda su construcción intelectual. El griego comienza su reflexión filosófica a través de la mera contemplación del mundo físico que le rodea, atribuyendo a los objetos que en él se encuentran y a las relaciones que descubre entre los mismos, un carácter de norma general incuestionable que regula el funcionamiento del universo todo, proyectando además tal orden de consideraciones al ser humano y a las relaciones que el mismo despliega en la sociedad, es un pensamiento de tipo prelógico. En palabras de Fernando Prieto «todo el ámbito de la experiencia es una realidad sometida al poder irresistible —frecuentemente también es un poder caprichoso— de los dioses»<sup>13</sup>. Nos situamos así en una fase de pensamiento mítico, en la que se gestarán las primeras formulaciones de los conceptos religiosos, sociales, políticos y jurídicos.

Los poemas homéricos son la fuente literaria en la que más tempranamente se puede descubrir el alcance del primer pensamiento griego en sus coordenadas mitológicas en relación con la justicia, a través de tres personificaciones: *themis*, *diké* y *dikaioσύne*, aunque acabaría imponiéndose la segunda sobre las otras dos. La *Diké* se utiliza ya en la *Ilíada* por boca de Ulises como criterio diferenciador entre la barbarie y la civilización, como nos recuerda Elio A. Gallego<sup>14</sup>. Por su parte, Hesíodo en su *Teogonía* señala que *Diké*, hija de Zeus, tiene la misión de defender la convivencia pacífica entre los hombres, y en *Los trabajos y los días* incidirá nuevamente en la justicia como línea diferenciadora entre las ciudades decadentes y las justas, señalando que sólo en éstas puede reinar la paz y la abundancia como premio de Zeus que a su vez castiga con desastres a aquellas en las que se producen injusticias tanto del individuo como de la colectividad.

Comienza así a perfilarse la idea de justicia como *orden propio de los humanos* al que las posteriores reflexiones de los filósofos cosmológicos, como Anaximandro, Heráclito o Parménides, atribuirán además un sentido objetivo<sup>15</sup>. Para ellos lo que está fuera de la justicia está fuera del concepto

<sup>12</sup> Es esencial para un adecuado conocimiento del desarrollo histórico de los derechos la obra del profesor Antonio Truyol y Serra, antes citada, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1998.

<sup>13</sup> Fernando Prieto, *Manual de Historia de las Teorías Políticas*, Unión Editorial, Madrid, 1996, p. 22.

<sup>14</sup> Elio A. Gallego, *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, p. 22.

<sup>15</sup> J. Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1991, pp. 106 y 107.

de lo humano; es lógico que si lo humano se define precisamente por estar regido y gobernado por la justicia, ésta no pueda ser una creación o invención de los hombres, sino, antes bien, sean éstos lo que alcancen su propia naturaleza cuando se sitúan bajo sus presupuestos. La justicia es algo ajeno, exterior y superior al hombre, que tan sólo puede aspirar a descubrirla para vivir de acuerdo con sus preceptos, se producen así las primeras formulaciones del objetivismo normativo con las iniciales consideraciones del mismo concepto de justicia. Como apunta con acierto Gallego, «su concepto del orden posee un sentido fuerte, metafísico, de tal manera que no cabe hablar de un orden equivocado o injusto, porque ello equivaldría a hablar, precisamente, de un no orden, de un des-orden. El orden —la *diké*— es concebido por ellos como un principio objetivo inherente a la naturaleza divina de las cosas», en el mismo sentido señala Hervada que «en tanto que el derecho y la justicia constituyen la médula del orden social, *dike* fue usada por los primeros filósofos griegos —transponiendo al mundo general las categorías sociales— para designar el orden cósmico (Anaximandro, Heráclito), el orden de los seres (Parménides) y también el orden social de la Polis; en el plano personal, este orden o armonía era la bondad moral. Con ello la *diké* o justicia adquirió un sentido objetivo como el orden o la armonía».

Esta primera aceptación natural del orden establecido en un mundo, un cosmos, descubierto, es puesta en cuestión por primera vez por los sofistas en el paso del período cosmológico al antropológico. A través de la técnica argumental y dialéctica los sofistas alcanzan un alto grado de racionalización combatiendo la mentalidad tradicional y su legitimidad como principio de organización social. Se comienza a abandonar el sentido de colectividad ordenada mediante reglas externas e ineludibles y se alaban las capacidades del individuo para organizar su propia existencia; ello supone el inicio del individualismo y el principio del fin de la *polis* basada en un fuerte sentimiento de colectividad. Las normas de ordenación social hasta entonces aceptadas por su universalidad son cuestionadas al descubrir que las mismas en realidad no son tan universales, sino que varían de una *polis* a otra, e incluso en una misma *polis*, de una a otra época; la regla de convivencia natural e incuestionable aparece ahora como una mera convención y queda planteado en sus primeras fases el eterno debate entre objetivismo y voluntarismo.

Esta evolución conceptual tiene sus repercusiones en el objeto de nuestro estudio; en efecto, si nos situamos en un escenario de organización social basada en el principio de la libre decisión de todos los individuos (lo que sostienen los sofistas de la primera fase, es decir, los anteriores a la guerra del Peloponeso) la igualdad de derechos puede llevar a la competencia ilimitada y a la guerra de todos contra todos para imponer cada uno su propia decisión, si ello no ocurre así es precisamente porque, como apunta Protágoras de Abdera, se produce una intervención de Zeus que otorga a los hombres el sentido de la justicia. Como vemos, otra vez aparece la justicia como umbral de la civilización, aunque con una notable diferencia, ya que ahora no se inserta en el orden cósmico universal conocible mediante téc-

nicas diversas (reservadas a unos iniciados), sino que se sitúa en el mismo corazón del hombre, de todos y cada uno de los individuos que componen la comunidad. Se podría decir, aun a riesgo de simplificar en exceso y con las debidas salvedades, que por primera vez la idea de justicia (por entonces idéntica a la del derecho) se *subjetiviza*. Esta dualidad y oposición entre naturaleza y convención será objeto de reflexión en las obras de otros sofistas como Antifon, Trasímaco y Calicles<sup>16</sup>, cuyo detallado examen escapa del ámbito de este estudio.

Sócrates, que si en un primer momento se alía con los sofistas luego decide combatirlos, pretende resolver el hipotético conflicto de la guerra del todos contra todos no mediante la intervención generalizada del sentido de la justicia en todos los individuos, sino pura y simplemente mediante el triunfo de los más fuertes sobre el resto. Sócrates pretende salvar la concepción comunitaria de la *polis*, respecto de la que la solución consensual de los primeros sofistas actúa como un enérgico disolvente, pero no puede partir ya de un orden externo incuestionable, sino, acorde con su formación humanista y antropológica, de la capacidad del individuo para organizar su propia existencia y la de la colectividad. Ahora bien, no de todos los individuos, sino sólo de los mejor preparados, se trata de una colectivización individualista. La comunidad se organiza política y socialmente mediante un pacto previo entre la *polis* y el ciudadano, aquélla es un dato con el que éste se encuentra y que no funda; en virtud de ese pacto el ciudadano se somete a las reglas de la *polis*, incluso cuando éstas sean injustas, siempre y cuando la injusticia no afecte a terceros<sup>17</sup>.

Esta concepción revela la existencia en el pensamiento socrático de un orden normativo superior al legal respecto del que se efectúa el contrato de «justicia» y a la vez una prioridad del orden legal respecto del orden de la justicia cuando se produce oposición entre ambos, con una sola excepción: que la injusticia no afecte a terceros. Es posible que la distinción entre las consecuencias de la injusticia cuando ésta recae en un individuo o en los terceros radique en la fuerza vinculante del pacto, ya que, como el pacto es individual, el individuo ha de soportar las consecuencias del mismo (incluso cuando le sean perjudiciales y contrarias al orden justo), pero no tiene por qué soportarlas cuando perjudican a un tercero, ya que él no ha intervenido en el pacto entre ese tercero y la *polis*. Si ello puede parecer en principio una elevada consideración de la propia dignidad del individuo, tomando en serio hasta sus últimas consecuencias las decisiones por él adoptadas, no parece que dicha consideración pueda compartirse cuando se permite la intervención frente a las injusticias que sufren los demás (se supone que incluso contra su propia voluntad), pues ello significaría situar en menor consideración las decisiones de éstos.

<sup>16</sup> Fernando Prieto, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>17</sup> Esta doctrina socrática se encuentra expuesta en diversos pasajes de distintos Diálogos de su discípulo. Como ejemplo, véase Platon, *Diálogos*, t. I, *Critón*, pp. 68 y 69, y t. II, *Gorgias*, pp. 65 y 66, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.

En cualquier caso y al margen de eventuales contradicciones, lo cierto es que en el pensamiento socrático aparecen ya los rasgos necesarios para poder construir el armazón del derecho subjetivo —que no llegará, sin embargo, a cristalizarse—, de un lado, un orden normativo objetivo (natural y legal) y, de otro, una serie de derechos individuales que el orden legal puede llegar a vulnerar, cometiendo injusticia. Parece lógico afirmar entonces que en Sócrates los derechos individuales, personales, subjetivos se definen por el orden natural, pues es el que sirve de contraste, en caso de conflicto, con el legal.

Un salto cualitativo, que no tendría seguimiento en la evolución del pensamiento griego, se produce con el movimiento cínico (Antístenes, Diógenes) que, desde postulados estrictamente individualistas, niega la existencia de orden natural o legal alguno y erigen como único criterio de organización social la propia sabiduría personal, que lleva al sabio cínico a la renuncia de todo derecho o privilegio social (propiedad, matrimonio, familia). Su incidencia en la evolución filosófica y política griega fue muy escasa; se citan tan sólo a efectos de poner de relieve que el concepto de renuncia presupone el reconocimiento implícito de la capacidad del individuo para ser titular previamente de aquellos derechos respecto de los que formula la renuncia.

La subsiguiente reflexión platónica del derecho se vierte principalmente en *La República* y en *Las Leyes*<sup>18</sup>. Platón formula un pensamiento dualista que se conservará a lo largo del tiempo como el modelo típico del objetivismo idealista. Es conocida su famosa alegoría de la caverna en la que considera a los hombres como seres reclusos en el seno de una cueva que sólo atisban a vislumbrar sombras que no son sino el reflejo de las verdaderas esencias que se encuentran en el exterior. Entiende el universo compuesto de ideas puras de las que en la tierra sólo se proyectan reflejos; de este modo, todo ente realmente existente no es sino el reflejo imperfecto de una idea perfecta.

Dentro de esta construcción general la justicia tiene a su vez dos formulaciones, la pura, perteneciente al mundo ideal, y la humana, que tiende a la semejanza con la primera y que se inserta en el interior de cada humano. La justicia ideal es la responsable del orden y la armonía cósmica (se vuelve aquí a la reflexión cosmológica) y por ello la justicia humana es aquella virtud que persigue la armonía y el orden social, situando y conteniendo a cada individuo dentro de sus propios límites, es decir, disponiendo que cada cual desempeñe su propia función, se identifica así la justicia con «aquella virtud por la cual todos los ciudadanos, mujeres, niños, hombres libres, esclavos, artesanos, magistrados y súbditos, se limitan cada cual a su empleo, sin intervenir en los ajenos». Con tal formulación de la *dikaion*, término griego que comprende tanto el de «derecho» como el de lo «justo», desaparece cualquier rasgo identificador de un derecho subjetivo; la justicia consistirá en atribuir a cada uno su parte, *suum cuique tribuere*, no porque nadie tenga derecho a ella, sino simplemente porque así se encaja cada pieza en el orden

<sup>18</sup> Platón, *Diálogos*, t. V, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.



social que tiende a ser reflejo de la armonía cósmica<sup>19</sup>. En consecuencia no existe ningún derecho individual que pueda oponerse a los mandatos de la ley positiva (reflejo de la legislación ideal o natural) y, por lo tanto, se impone una estricta y rigurosa obediencia de la ley. He aquí la gran paradoja del pensamiento jurídico platónico, agudamente señalada por Villey: «Il est remarquable que Platon, parti de si haut, se trouve échouer en fin de compte une sorte de positivisme juridique assez grossier»<sup>20</sup>.

Será con Aristóteles con quien asistamos a la primera gran elaboración práctica del concepto de justicia y del de derecho. Desde una posición menos ideal que la de su maestro y más apegado a la realidad (*amicus Plato, sed magis amica veritas*) expondrá en la *Ética a Nicómaco* y en *La Política* un sistema iusfilosófico llamado a tener una notable influencia y proyección en la posteridad<sup>21</sup>.

Dejará de aproximarse a la justicia en busca de su esencia y definirá la misma en función de sus efectos, afirmando que es «la virtud por la que cada uno tiene lo propio, y según ley». Nos movemos aún, sin embargo, en el parámetro de la justicia reglada, entendida como norma, como ley cuya aplicación determina qué es lo propio de cada cual. Ahora bien esta definición servirá para diferenciar el concepto de justicia del derecho (lo propio), de tal forma que el derecho no será otra cosa que el objeto de la justicia.

El Estagirita distingue a continuación dos tipos de justicia, la llamada justicia general, consistente en atribuir a cada uno lo suyo, según la fórmula tradicional de Platón, cuyo objeto es la distribución, llamada también por ello justicia *distributiva*. Es un concepto de justicia claramente tributario aún de su anterior consideración de orden y armonía, pues a su través se persigue un cierto equilibrio social, «le juste milieu est dans les choses mêmes, qui sont distribuées à chacun en quantité ni trop grande ni trop petite, mais moyenne entre ces deux excès (*medium rei*)»<sup>22</sup>, se sitúa esta clase de justicia en el plano del objetivismo normativo.

Sin embargo, sí podemos vislumbrar ya elementos del derecho subjetivo en la siguiente división aristotélica, la que hace referencia a la justicia *conmutativa*, aquella que se produce como consecuencia de las relaciones sociales y de los intercambios que las mismas promueven entre los individuos, de tal forma que la definición de lo «justo» no podrá aquí realizarse de forma general, sino caso por caso, atendiendo a cada sujeto y situación particular, para obtener el contenido de lo que en cada caso concreto le *es debido* a un individuo. «Es la justicia de los intercambios entre los ciudadanos y que constituye el entramado básico de la vida social»<sup>23</sup>.

La justicia conmutativa permite además una subdivisión en su seno representada por aquellas ocasiones en que se produce un daño a alguien en

<sup>19</sup> A. Gómez Robledo, *Meditaciones sobre la justicia*, FCE, México, 1963, p. 34.

<sup>20</sup> Michel Villey, *La formación de la pensée juridique moderne*, Ed. Montchretien, París, 1968, p. 34.

<sup>21</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 36.

<sup>22</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 39.

<sup>23</sup> Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000, pp. 131 a 146.

contra de su voluntad, de donde surge el deber de restitución, apareciendo así una justicia *correctiva*. No obstante, los postulados aristotélicos distan aún mucho de la consideración del individuo como generador por sí solo de derechos; en efecto, si observamos con atención veremos que el mismo concepto de justicia correctiva nos indica una tendencia «correctora», pero ¿corregir qué y hacia dónde?; pues simplemente el desequilibrio originado por el daño, es decir, se trata de volver al equilibrio armónico dispuesto por la regla general, por la justicia distributiva. En el caso de la conmutativa, aunque con más rasgos individualistas, lo cierto es que tampoco consigue alejarse completamente del diseño distributivo, ya que si bien es la transacción libremente operada por el individuo la que genera para éste el derecho al crédito, no lo es menos que el contenido del derecho no es voluntariamente determinado por éste, sino que viene claramente prefijado por la regla general a través de los legisladores que señalan cuál es el *justo precio* de cada tráfico transaccional; «*le juste prix de tel objet sera fixé à telle somme d'argent; le juste prix est nécessairement quant à sa taxation précise, du type du juste positif*»<sup>24</sup>. Será precisamente la superación del concepto del *iustum precium* en el tránsito de una economía feudal a una precapitalista lo que permitirá la formación de una clase burguesa que protagonizará la más depurada formulación del concepto de derecho subjetivo en su utilización como estructura jurídica típica de los derechos fundamentales liberales<sup>25</sup>.

Pero, con todo, Aristóteles es el primero que de forma clara distingue los conceptos de justicia y de derecho, deslindando la *dikaion* platónica y concibiendo el derecho como el objeto de la justicia, ya sea en su vertiente distributiva o en la conmutativa<sup>26</sup>.

Incluso Jean Dabin<sup>27</sup>, en su refutación de Duguit, verá en la doctrina aristotélica de la justicia la existencia de la estructura de un derecho subjetivo tanto en la justicia distributiva como en la conmutativa, si bien se verá obligado a reconocer que el contenido del derecho en esta fase puede quedar reducido al de mero *sentimiento*, en cuanto «sentimiento de justicia que está en la misma fuente del estado de conciencia que hace la regla de derecho». Y en efecto, en este período a poco más se podía llegar, porque, como afirma Romenn, «Aristóteles no percibió con toda claridad el concepto de persona y, por consiguiente, la idea de derechos naturales subjetivos, la relación teleológica de cosas y servicios a la persona. Por eso sólo conoció una moralidad estatal de índole universal, puesto que suponía que la virtud sólo podía conseguirla el individuo en el Estado y sólo el Estado podía hacer virtuoso al ciudadano»<sup>28</sup>.

En resumen, el pensamiento iusfilosófico griego nos sitúa en una idea del derecho íntimamente vinculada con la de justicia y entendida ésta como

<sup>24</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 41.

<sup>25</sup> Harold J. Laski, *El liberalismo europeo*, FCE, México, 1988, pp. 22 a 27.

<sup>26</sup> J. Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1991, p. 117.

<sup>27</sup> Jean Dabin, *El derecho subjetivo*, traducido por Fco. Javier Osset, Edersa, Madrid, 1955, p. 57.

<sup>28</sup> H. Rommen, *La Teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*, Madrid, 1951, p. 95.

una virtud característica del ser humano y organizadora de la armonía y del orden en la comunidad, que delimita el papel y la función de cada cual en la estructura social, y donde al individuo la ley le concede los derechos necesarios para que se mantenga adecuadamente dentro del lugar que le corresponde en dicha estructura.

El trayecto evolutivo precisa para su impulso de una mayor identificación del concepto de persona y de la dignidad inherente a la misma; tal reflexión se iniciará en el mundo helénico con los estoicos, pero alcanzará su completo desarrollo con la proyección de la doctrina estoica por Cicerón en la mentalidad romana y con su posterior colusión con el cristianismo.

En efecto, la influencia estoica parece incidir en la mentalidad romana generando una mayor conciencia de la importancia del individuo, lo que traduciría en una mayor subjetividad del ordenamiento jurídico. Parece respaldar tal opinión la circunstancia apuntada por Renato Rabbi-Baldi de que «todas las instituciones (*res-actiones*) se encuentran concebidas en función de la persona, a partir de sus problemas, de sus expectativas y con el fin de satisfacer sus esperanzas: «*ius hominus causa constitutum est*»<sup>29</sup>; en este sentido se alude a expresiones significativas de la literatura jurídica romana como la de *adire hereditatem* (entrar en la herencia), la de *fundum meum esse* (cuando la finca deviene mía) o la de *actionem haberen* para indicar que una persona puede utilizar una acción y ganar un proceso.

Lo anterior abonaría una lectura subjetivista del término latino *ius*, que se podría identificar con los esquemas básicos del moderno derecho subjetivo. Así lo vieron los juristas teólogos españoles del siglo xvi, como magistralmente ha dejado expuesto entre nosotros el padre Avelino Folgado al apuntar que «son sobre todo las fuentes romanas las que suministran pasajes abundantes en que *ius* tiene, para nuestros teólogos, el significado de facultad o poder concedido y respaldado por la ley»<sup>30</sup>, pues, como dice Suárez, «en el Derecho tienen esta significación las expresiones *ius in re* y *ius ad rem*. Los tiene en las definiciones de las servidumbres rústicas y urbanas, de usufructo, uso y semejantes»<sup>31</sup>.

El mismo sentido dieron a la expresión *ius* el jurista francés del xvi Bernabé Brisson, que en la quinta de las nueve acepciones que recoge del término latino le atribuye el significado de poder o facultad, y Gregorio de Valencia, siguiendo a éste<sup>32</sup>.

Y a partir del siglo xvi, como señala Folgado, una porción de romanistas —los sistemáticos— planearon la exposición del Derecho romano tomando como base el derecho subjetivo: Doneau, Vinnien, Feltmann, Struve, etc.<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, pp. 81 y ss.

<sup>30</sup> A. Folgado, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio Especial en los Teólogos-Juristas Españoles del siglo xvi*, Anuario Jurídico Escorialense, I (1960), San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 83.

<sup>31</sup> Suárez, *De legibus*, 1,2 5.

<sup>32</sup> Ambos citados por Folgado, que ofrece las siguientes ediciones: De Brisson, *Lexicon juris sive De verb.*, Libro 9, palabra *ius*; y G. de Valencia, *Coment in summam D. Tho.*, T. 3, disp. V.q.1.p.1.

<sup>33</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 93.

El primero fue Doneau al afirmar que el fin del derecho, como el de la justicia, es la atribución a cada uno de su derecho, es decir, de su privilegio, licencia, poder o facultad, siguiendo para ello la exposición del ordenamiento romano sobre la base de la tripartición de Gayo en personas, cosas y acciones. Pero ¿era el genuino derecho romano el que se exponía, o era el resultante de su paso por el prisma individualista y humanista propio del siglo XVI? Los estudios de Michel Villey al respecto han sido sumamente esclarecedores, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

La interpretación de los romanistas del XVI tiene como base, como hemos dicho, la Instituta de Gayo, en donde los glosadores y posteriormente, y sobre todo Feltman, consideraron que Gayo aludía al derecho que tenemos sobre las personas o sobre las cosas, presentando así cuáles son los derechos subjetivos de cada uno y los medios para hacerlos valer.

Para el padre Folgado los fragmentos de los textos romanos en que *ius*, según Suárez o Brisson, tiene el significado de poder o facultad del sujeto pueden reducirse a tres grupos: 1) Los contenidos en el libro I de la Instituta de Gayo y de las de Justiniano, que tienen por materia el derecho de las personas, y en los títulos correspondientes del Digesto, repartidos en diversos libros; 2) Los contenidos en el Libro II de la Instituta de Gayo y de las de Justiniano, que tratan del Derecho de las cosas, y en los títulos y libros correspondientes del Digesto; y 3) Una serie de expresiones esparcidas a través de todos los libros y títulos de los citados cuerpos legales en los que *ius* aparece unido a las palabras *meum, tuum, suum, habere, esse*, etc.

Sin ánimo exhaustivo podemos exponer una respuesta general y otra específica ofrecida a cada uno de los grupos para desvirtuar el carácter subjetivo del *ius*. Con carácter general apunta Rabbi-Baldi que Gayo en su Instituta «más bien procura describir la realidad jurídica, dar cuenta de la distinta posición jurídica de los diferentes elementos que componen el teatro de la vida, ya que de la correcta disposición de cada uno de ellos depende la realización o no de la justicia de la *civitas*, es decir, la consecución de la plena armonía de ésta», lo que nos devuelve al concepto de la *diké* griega.

Con carácter particular apunta M. Villey, específicamente sobre el significado del *ius* en relación con las personas, que «no vemos que en el Libro I de las Instituciones se trate del derecho subjetivo en sentido moderno: la palabra *ius*, ahí empleada a veces, *hoc ius proprium civium romanorum est*, parece designar la condición, el estatuto de un tipo de personas: esclavos, libertos, hombres libres, padres, hijos o hijas de familia»<sup>34</sup>. En la misma línea, Folgado, tras un minucioso análisis de la Instituta de Gayo, 1,48-141, cuyas expresiones se copia en la Instituta de Justiniano 1,2 y en el Digesto, concluye que *ius* es igual en todo los lugares citados, igual a *patria potestas, dominica potestas, manus* y *manucipium*, que son simples derechos subjetivos, sino instituciones, justos que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones, cargas, etc., tanto por parte del titular como por parte del sometido.

<sup>34</sup> Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Montchretien, París, 1957, pp. 25 y 121.

Por lo que se refiere a las cosas, de las que trata el Libro II de las Instituta de Gayo y Justiniano, distingue Villey en su análisis las cosas corporales de las incorporeales. En cuanto a las primeras y a la pregunta de si se trata de cosas materiales o, por el contrario, de un derecho de propiedad, confundido con su objeto, contesta el autor francés que si bien la cosa es material, ésta no excluye una clara dimensión jurídica: «un *fundus*» no es simplemente un objeto material, un campo, un inmueble rural, sino lo que se llamaría hoy día una propiedad. Cada *fundus* comprende una serie de caracteres jurídicos, su «*ius*», y por ello el Digesto, en numerosas ocasiones, expresa que «la palabra cosas comprende la cosa misma y sus derechos», y de ahí que la cosa se lega *cum iure suo*. La ciencia jurídica romana se encuentra obligada a describir el contenido y las características de la cosa, de la que constituyen un elemento más, no necesario, los *iura*. Concluye Villey que la cosa corporal constituye la realidad primordial, que preexiste al derecho y que se ofrece a la mirada de los juristas antes del derecho y sin el derecho (*fundus derelictus*), no es por ello el contenido del derecho el que expondrán las Instituta, sino la estructura de la cosa<sup>35</sup>.

Contribuye a aclarar la situación el análisis sobre la naturaleza de las cosas incorporeales, cuya división desde las corporales es obra de la filosofía griega, asumida y reelaborada por los romanos. En efecto, como señala nuestro autor, no se conocía hasta el momento más que *fundus cum iure suo*, con su estatuto propio, que podía contener tal derecho de paso hacia el vecino (paseo sin duda protegido por el procedimiento indirecto del interdicto); pero he aquí que del paso en el fundo se pudo hacer un bien autónomo, cuyo ser consiste en una relación jurídica abstracta: la servidumbre, un bien que la *actio confessoria* reivindicará separadamente, que la *in iure cessio* transferirá. Se convierte, así, en un objeto distinto de comercio y de ciencia jurídica. Por ello, aunque los juristas de la época clásica aplicaran a las cosas incorporeales el nombre de *ius* o *iura* (aludiendo, por ejemplo, indistintamente a la obligación con las expresiones *obligatio* o *ius obligationis*), para Villey los «*iura*» forman una especie entre las cosas incorporeales, aquellas que interesan al jurista. A diferencia de la *res corporalis*, que existe según la naturaleza, la cosa incorporeales carece de todo soporte material; es una creación del derecho y es su esencia jurídica.

Folgado advertirá que la simple lectura de los textos es suficiente para darse cuenta del significado de la frase *ius in re* o *ius in rem*, que más que el significado de una facultad, como entendía Suárez, hace referencia a «tener en la cosa un derecho»<sup>36</sup>, ya sea el usufructo, el uso, la superficie, el paso, etc., que son cosas *res* incorporeales, instituciones o *iura*; es así posible contraponer, como hace el Digesto (9, 4, 30, 30 y 39, 2, 19), *ius* y *dominium*, con lo que se concluye que «el dominio, que es el derecho subjetivo por

<sup>35</sup> M. Villey, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Domat-Monchretien, París, 1945.

<sup>36</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 91.

excelencia del Derecho moderno, no es un *ius* en sentido romano, es decir, no es una *res incorporalis*, mera creación de la ley»<sup>37</sup>.

Villey esgrime varios ejemplos más para reforzar su argumentación. Señalará, de un lado, la diferencia objetiva entre la *obligatio* romana y el derecho subjetivo de crédito moderno, ya que si aquélla puede nacer *re* por la entrega de la cosa o *consensu*, por el cruce de voluntades, éste tiene su fuente normal y necesaria en el consentimiento del deudor al querer del acreedor. Se apunta asimismo, como colofón muy significativo, la paradoja conceptual que significaría entender el *ius* romano en el sentido del derecho subjetivo moderno al examinar, por ejemplo, el *ius altius tollendi aut non extollendi*, donde la aplicación de nuestro *prima* a la institución original nos llevaría el absurdo de mantener que se tiene el derecho a no elevar (*aut non*) la altura de un edificio, cuando en realidad el sentido originario hace referencia no a un derecho (moderno), sino a todo lo contrario (también en sentido moderno), es decir, a una obligación o carga, la de no sobreelevar la altura de un edificio.

Todo lo expuesto llevaría a la ineludible conclusión, a juicio de Villey, de que el *ius* romano no puede identificarse con el moderno concepto de derecho subjetivo, sino que alude ya a una ventaja, ya a una carga, según la posición o situación justa que está llamado a desempeñar en las diferentes relaciones sociales en las que actúa.

No obstante, como apunta Rabbi-Baldi, ello no significa que el derecho romano ignore por completo la noción del derecho subjetivo, pues es cierto que se produce un despegue individualista respecto al pensamiento jurídico griego; así, como señalamos al principio, las instituciones se encuentran concebidas en función de la persona, pero desde los postulados ontológicos del realismo, sin llegar nunca a considerar jurídicamente al individuo como una «realidad provista de una existencia en sí». Folgado nos dirá que el *ius* latino es el *diakaion* aristotélico, tiene su origen en la naturaleza o la ciudad y es armonía, equidad, orden objetivo y deshumanizado; lo que concuerda con lo señalado por Villey al afirmar que el derecho subjetivo era necesariamente ajeno al mundo romano «porque no encontraba su lugar en el sistema de derecho natural de la filosofía antigua».

### III. LAS APORTACIONES Y CONCEPCIONES MEDIEVALES

El hilo transmisor del acervo de la Antigüedad tardía hacia la Edad Media se rastrea en la obra de San Jerónimo, San Agustín y Casiodoro, quienes fundamentaron las bases de una concepción cristiana que entendía cualquier especulación filosófica como una tarea auxiliar y vicaria de la religión. Sin duda la influencia más notable en el ámbito del pensamiento político y jurídico se debe a San Agustín<sup>38</sup>, quien —sobre una variación platónica— for-

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 90

<sup>38</sup> Sobre la vida y obra de San Agustín sigue siendo imprescindible la obra de Peter Brown. Existe una edición muy reciente: Peter Brown, *Agustín de Hipona*, Ed. Acento, Madrid, 1991.

mula su teoría del conocimiento por iluminación divina, afirmando que el sentido de la verdad y de la justicia no se capta mediante la experiencia, sino que surge en el hombre exclusivamente como consecuencia de la revelación del Ser supremo. El mundo de las ideas perfectas de Platón se reduce ahora a una sola de carácter omnicomprendivo: Dios (el Dios cristiano, claro está).

La propia idea de justicia la identifica San Agustín con la idea de Dios, o mejor dicho, con la voluntad de Dios, que se manifiesta en la formulación de la ley eterna: «*Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans*», postulando así un sistema de derecho sacro, que, como afirma Villey, se tratará de practicar durante la Edad Media<sup>39</sup>. Fácil es comprender que la simple noción de derecho subjetivo es de imposible articulación en una concepción de este tipo. En este sentido, y a nuestros efectos, el estudio de la doctrina agustiniana se ha de limitar a la mera referencia genérica de su formulación con la única finalidad de ilustrar sobre la concepción jurídica que sostuvieron las élites europeas en la Alta Edad Media, el denominado agustinismo político, que ofrece como única fuente auténtica del Derecho a las Sagradas Escrituras —de las que los únicos intérpretes válidos son los Padres de la Iglesia—, y que sostendrá la competencia universal, tanto personal como material, del derecho canónico, respecto del que se producirá un notable afán recopilador, una de cuyas últimas grandes muestras se dará entrado el siglo XII con el Decreto de Graciano.

Frente a la concepción y proyección del agustinismo, que señorea su influencia durante más de siete siglos, se iniciará un movimiento sistemático a finales del siglo XI en el seno de un centro de enseñanza de la península itálica mantenido por laicos (y ajeno por ello a las obligaciones de estudio canónico contenidas en la legislación carolingia): la Escuela de Bolonia<sup>40</sup>. Se propicia en ella el estudio ordenado del Derecho romano que permitirá la recuperación del mismo gracias al análisis detallado del *Corpus Iuris Civilis* justinianeo. Aquí se encuentra el germen, rápidamente extendido a París, que permitirá a la cristiandad occidental entre los siglos XII y XIII superar el agustinismo político a través de lo que se ha dado en denominar la revolución escolástica, de clara raíz aristotélica, protagonizada principalmente por Santo Tomás de Aquino con el precedente de su maestro San Alberto Magno.

El pensamiento escolástico es el resultado del encaje de la filosofía aristotélica, transmitida a través de los filósofos árabes de la península ibérica —muy especialmente de Averroes—, con los postulados del dogma cristiano. Dicha tarea, que se lleva a cabo primordialmente por dos dominicos, San Alberto y Santo Tomás, significa en cuanto oposición a la teoría platónica la oposición y superación del agustinismo.

<sup>39</sup> Michel Villey, *op. cit.*, p. 101.

<sup>40</sup> Walter Ullmann, *Historia del Pensamiento Político en la Edad Media*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, p. 114.

Uno de los elementos medulares de la nueva filosofía se manifiesta en la formulación de una nueva teoría del conocimiento, basada ahora no en la revelación a la que se accede a través de la fe, sino en la experiencia sensible que se logra mediante la utilización de los sentidos<sup>41</sup>. Los escolásticos, no obstante, no negarán —no podían hacerlo— la vía de la revelación como camino del conocimiento, sino que se limitarán a afirmar que la observación y verificación experimental es un complemento de la primera que no genera contradicción con ella; sin embargo, el calificativo de vía ordinaria y general aplicado a la experimental, frente al de extraordinario y particular reservado a la revelada, determinará la superación práctica de ésta por aquélla.

Santo Tomás construye su gnoseología realista mediante una revitalización de la doctrina aristotélica a la que embrida dentro de los postulados del cristianismo. Su conclusión principal es clara: todo conocimiento pasa a través de los sentidos. Ello tendrá una notable repercusión en orden a la fundamentación del Derecho y a la determinación de sus fuentes. Si todo conocimiento ha de ser susceptible de ser captado a través de los sentidos, también lo ha de ser el conocimiento de las reglas de justicia que regulan las relaciones entre los hombres, es decir, del Derecho; y la única forma posible de que produzca tal captación sensible es que exista un conjunto de reglas susceptible de ser conocido sensiblemente, es decir, que exista un Derecho «natural».

Surge así un nuevo tipo de norma, de ley, la ley natural, que Santo Tomás no puede, ni quiere oponer a la ley eterna agustiniana, limitándose a situarla a su lado como fuente de validez y parámetro verificador de la ley positiva. Tres serían ahora los planos de fundamentación «justa» del Derecho: *ley eterna*, manifestación primera de la voluntad de Dios; *ley natural*, manifestación segunda y general de la voluntad divina, reflejada en la naturaleza y aprehensible por los sentidos, y *ley positiva*, manifestación particular del querer providencial formulada por el hombre tras la comprensión de la ley natural a la que se ordena y de la que obtiene el predicado de justicia<sup>42</sup>.

El santo de Aquino utiliza la doctrina aristotélica del orden natural. Define Santo Tomás a Dios como la *causa primera*, quien actuará a través de *causas segundas*; a cada especie de cosas les da sus leyes naturales, es decir, su naturaleza. Si la ley eterna tiene su única expresión en el momento de la creación y aparece como la razón de Dios ordenando el cosmos, los movimientos subsiguientes de los seres creados obedecen cada uno a las leyes de su naturaleza, que les mueven a un cierto fin, hacia la plenitud del ser, de su ser.

Si los animales siguen los dictados de su naturaleza de forma instintiva, el hombre los sigue en parte instintivamente, en cuanto participa del género animal, y en parte racionalmente, es decir, con libertad, lo que constituye su verdadero elemento diferenciador en el orden de la creación. Ello significa

<sup>41</sup> Luis González Seara, *El Poder y la Palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 84.

<sup>42</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 125.



ni más ni menos que el hombre tiene el privilegio de poder salirse del orden natural; por ello, a efectos de poder actuar y decidir con libertad, el conocimiento de su naturaleza presenta para el hombre un interés particular. En efecto, el estudio de la naturaleza del hombre implica la constitución de una moral; es la moral natural de la Antigüedad tardía que Santo Tomás encuentra en Aristóteles, también en los estoicos y, sobre todo, en el *De Officiis* de Cicerón, una de sus fuentes capitales.

Del estudio de las inclinaciones y de los fines del hombre se deriva una moral sustancial y cargada de deberes precisos y variables según los diversos estados de la vida o las condiciones sociales, puesto que cada especie o cada género posee un orden específico. La forma de descubrimiento de esta moral, como ya se dijo, es la utilización de los sentidos, por ello Santo Tomás, como Aristóteles, intentará construir un sistema de derecho natural que parta de la observación de los hechos, es decir, un método experimental; dicho de otra forma, el estudio del derecho natural nos lleva a ser realistas.

El método experimental utilizado por el aquinatense consiste en el intento de formular reglas generales derivadas de la observación de la actuación de las sustancias primeras, que para él son los individuos.

Con los postulados expuestos Santo Tomás se enfrenta a las ideas de Justicia y de Derecho, construyendo un concepto objetivo de ambas.

La objetividad del Derecho brota tanto del derecho natural, como consecuencia del reconocimiento por parte del hombre de algo que constituye una exigencia de la realidad, cuanto del derecho positivo, toda vez que incluso el carácter contingente de éste no es fruto de una sola voluntad, sino de un acuerdo o convención social que formula una regla de aplicación general, que además no puede vulnerar ni desconocer las prescripciones objetivas del derecho natural.

La intersubjetivización de la idea de justicia se desprende de la consideración de su propiedad de *alteridad*, es decir, de la imposibilidad de predicarla en virtud de un solo individuo, toda vez que requiere de un elemento de contraste, proyección y relación en otro, se trata de una virtud relacional<sup>43</sup>. En este campo la influencia de Aristóteles es notable y, al igual que éste, Santo Tomás distinguirá entre una justicia general, referida al bien común y que responde a la pregunta sobre qué se debe a la comunidad, y una justicia particular, referida a un sujeto concreto y que responde a la cuestión de qué le es debido al mismo.

El santo de Aquino concebirá, pues, el Derecho como algo objetivo, lo que es lo mismo que afirmar que el derecho no radica primariamente en el sujeto sino en algo externo a él, que para Santo Tomás será una acción exterior o una cosa. Afirmará además que el derecho no sólo radica ahí, sino que el mismo derecho consiste precisamente en esa acción exterior o cosa y, en cuanto elemento externo y empíricamente verificable, puede ser medido y cuantificado. El derecho se presentará en su teoría como una proporción, una adecuación de personas y cosas; adecuación y proporción

<sup>43</sup> Elio A. Gallego, *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 38.

que constituyen, en esencia, una igualdad, de tal forma que afirmará textualmente que «el derecho es un débito según una igualdad».

Ahora bien, cabe preguntarnos: ¿quién determina los parámetros de la igualdad?, y ¿con respecto a qué? Tomás responderá a la primera pregunta señalando que la determinación del contenido del derecho en cada caso concreto se verificará mediante una investigación de los elementos que concurren en cada situación específica a través del conocimiento sensible de la misma; labor que corresponde al jurista y que se realiza con el ejercicio de la *iurisdictio*; en lógica congruencia con estos postulados, la Escolástica coincidirá con el máximo apogeo de la tópica como método jurisprudencial. La segunda pregunta podría haber dado pie a una respuesta subjetivista, pero ni así fue ni se daban las condiciones sociales, económicas y políticas suficientes para permitir tal paso. No obstante, sí empezaron a atisbarse los primeros elementos, no por básicos menos necesarios, que permitirían la posterior construcción teórica del derecho subjetivo. Pero en la concepción tomista del derecho y la justicia la referencia subjetiva, individual, del derecho no puede entenderse como facultad de exigir, sino como una «atribución del orden social (al individuo) para su efectivo ejercicio», ejercicio que además no es disponible, sino obligado, en cuanto implica no sólo facultades, sino también cargas y obligaciones cuyo cumplimiento exige el orden social del que deriva y a cuya composición, a la postre, se ordena.

Nos encontramos en pleno realismo jurídico (lo que no es sino una mera consecuencia de estar insertos en pleno realismo filosófico), donde no es viable la afirmación de derechos o libertades formales —como las que luego constituirán las primeras declaraciones liberales— sin que existan bienes que constituyan esos derechos. Para que el concepto moderno de derecho subjetivo pueda formularse lógicamente será necesario que el derecho deje de concebirse como una *res* y se pueda definir en términos abstractos.

Pero, como señalé más arriba, considero que Santo Tomás comienza a diseñar el esquema formal que posteriormente permitirá una construcción material del concepto de derecho subjetivo. La construcción tomista a la que me refiero surge de la conexión que el santo realiza entre los conceptos de justicia y derecho. Santo Tomás definirá el derecho como «objeto» de la justicia, alejándose de la tradición medieval que establecía la relación entre justicia y derecho únicamente desde la perspectiva de considerar a la justicia como fuente y origen del derecho, tal y como señala Elio A. Gallego<sup>44</sup>. Como explica el citado autor, Santo Tomás llega a definir el derecho como objeto de la justicia en virtud del análisis de la célebre definición de Ulpiano, para quien la justicia consiste en la acción de «dar a cada uno su derecho». Ahora bien, si en congruencia con tal definición el derecho es el objeto en que se concreta la acción de la justicia, lo que en realidad estamos afirmando es que el «derecho» es algo anterior a la justicia, puesto que sería imposible dar algo que no existiese previamente, luego parece lógico llegar

<sup>44</sup> Elio A. Gallego, *op. cit.*, p. 44.

a la conclusión de que el derecho es anterior a la justicia, y que, por lo tanto, ésta no puede ser fuente ni origen de aquél. ¿Dónde está, pues, el origen del derecho? En la contestación de Santo Tomás es donde me permito vislumbrar las bases de la posterior construcción del concepto del derecho subjetivo. Veamos.

Afirma el aquitanense: «Por la creación empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo»<sup>45</sup>. En la creación reside, por lo tanto, el fundamento del derecho, pero en la creación del ser humano, acto que no agota sus efectos en sí mismo, sino que los proyecta sobre toda la vida del hombre al que señala su finalidad: alcanzar su propia perfección. De tal forma que, aunque el primer acto fundante, la creación, se debe a la mera liberalidad del creador, una vez realizada deposita en el sujeto creado una cualidad que constituye su misma esencia, el logro de su perfección, que se erige en título de débito suficiente en las relaciones con los demás hombres.

Por primera vez el fundamento del derecho se sitúa en el ser humano (una vez producido el acto de la creación) y se orienta además hacia el desarrollo del propio ser humano, hacia el logro de su perfección. Éste será, salvando las distancias conceptuales, el esquema básico utilizado por el racionalismo iusnaturalista para fundamentar la existencia de los derechos naturales<sup>46</sup>, sustituyendo en el punto de origen a Dios por la Naturaleza y en la meta la consecución de la perfección por la búsqueda de la felicidad.

En el esbozo del esquema tomista no se identifica al deudor, pero una vez descartada la posibilidad de situar a Dios en tal posición: «*en los primeros efectos de la creación no se encuentra ninguna razón de débito*»<sup>47</sup>; sólo queda concluir lógicamente que los deudores serán los otros seres humanos, pues no ha de olvidarse el carácter de alteridad y la propiedad de virtud relacional que Santo Tomás predicaba de la justicia, respecto de la que el derecho constituye su objeto.

Pero no acaba aquí la importancia de la doctrina tomista del derecho en lo que a nuestros efectos interesa, ya que no se limitará a fundamentar el derecho en el propio ser humano, sino que además se adentrará a definir la naturaleza de las cosas sobre las que puede recaer el contenido concreto del derecho. Y así, teniendo presente la consecución de la perfección de la persona, Santo Tomás señala que pueden constituir objeto de derecho tres categorías de bienes: los bienes del alma (*bonum animae*), los bienes del cuerpo (*bonum corporis*) y los bienes exteriores (*bonum exteriorum rerum*)<sup>48</sup>. La inclusión de esta tercera categoría dentro de los contenidos del derecho necesarios para alcanzar la perfección del ser humano entiendo que es sumamente significativa, siquiera a los meros efectos de recordatorio para aquellos que hoy en día se cuestionan no ya sólo la posibilidad real, sino incluso la fundamentación teórica de incluir los derechos económicos, sociales y culturales dentro del concepto de derechos fundamentales.

<sup>45</sup> Citado por el mismo autor en página 47.

<sup>46</sup> G. Peces-Barba y otros, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1995, p. 130.

<sup>47</sup> Elio A. Gallego, *op. cit.*, p. 47.

<sup>48</sup> Suma Teológica, II-II, cuestión 73.

Pero Santo Tomás no avanza más en la construcción subjetiva del derecho, pues, tal como recuerda Gallego, aunque se admita que el fundamento se haga radicar en la persona y no en la cosa, ello no implica la atribución al sujeto de una facultad de exigir aquello que le es debido por sí mismo, sino que toda la técnica jurídica se encuentra aún orientada a la consecución de un orden o armonía general<sup>49</sup>.

El siguiente paso, es decir, la concepción del derecho como facultad, requerirá el desbordamiento del marco sociopolítico y filosófico de la escolástica y del realismo, y no se producirá hasta la llegada del nominalismo franciscano, que tendrá su figura señera en Guillermo de Occam.

Antes de abordar el advenimiento del concepto de derecho como facultad en la orden franciscana, entiendo necesario realizar una breve referencia a la íntima relación existente entre las concepciones jurídicas expuestas desde San Agustín con la situación política en la que éstas se insertaron. En efecto, como magistralmente ha estudiado y documentado Walter Ullmann<sup>50</sup>, las concepciones políticas que dominan la cristiandad occidental durante toda la Edad Media se pueden agrupar en dos grandes teorías del poder: la ascendente y la descendente. Esquemáticamente, la primera, de origen germánico, concibe el poder emanado del conjunto de la comunidad en que se ejerce y que se entrega por delegación a determinados titulares que se eligen al efecto, mientras que la segunda, de raigambre romana, postula un poder residenciado y fundamentado en la cúspide de la pirámide que se ejerce libremente sobre todo el cuerpo social sin tener que responder ante el mismo por sus acciones. La segunda de las concepciones, la descendente, fue la asumida por la jerarquía de la Iglesia cristiana en virtud de la referencia testamentaria que identifica a Pedro como elemento fundante de la Iglesia y fuente de su única legitimidad y autoridad.

No es de extrañar, por lo tanto, que la alianza de mutua ayuda que se produce con la institucionalización imperial de la religión cristiana en la conversión de Constantino, a inicios del siglo III, supusiese la aplicación generalizada de la teoría descendente del poder y que por ello San Agustín, empeñado en la prolongación de la relación entre Imperio y cristiandad, elaborase una teoría del derecho que se define en la más alta de las fuentes, las Sagradas Escrituras, sin abrir el más mínimo resquicio que permitiese tener en cuenta las pretensiones del individuo.

No es posible aquí realizar un análisis no ya detallado, sino ni aun siquiera simplemente enunciativo, de la evolución política de la Alta Edad Media; baste señalar a los efectos de poner de manifiesto la relación a la que arriba se hacía referencia, que la concepción sacral del derecho formulada por Agustín de Hipona nutrirá de fundamentaciones jurídicas eficaces tanto a la hierocracia papal como al cesaropapismo que la invención vaticana del siglo VIII (decorada con la superchería de la donación constantinea) pondrá en marcha con el imperio carolingio. La denominada «teoría de las dos espadas» en

<sup>49</sup> Elio A. Gallego, *op. cit.*, p. 48.

<sup>50</sup> Walter Ullmann, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 14.

nada cuestionará la teoría descendente, sino que se limitará a tratar de definir a cual de los dos poderes, Papa o Emperador, le corresponde la titularidad de la cúspide. En el mismo sentido, el enfrentamiento entre el Emperador y los monarcas de los nuevos reinos se sigue apoyando en las tesis descendentes del poder, discutiéndose únicamente sobre el titular y el ámbito territorial de su ejercicio.

No es casualidad que la revolución escolástica y la superación que con la misma se realiza de la concepción agustiniana se produzca a partir de la segunda mitad del siglo XIII, cuando la recepción de los principios aristotélicos viene propiciada por la aparición de las primeras manifestaciones prácticas de la teoría ascendente del poder. Dichas manifestaciones se producen principalmente en el ámbito de las ciudades, donde la incapacidad material de las burocracias reales permite el surgimiento de asociaciones corporativas de tipo populista que vuelven a ensayar las nunca olvidadas por completo prácticas germánicas de asamblea. En este nuevo contexto germinal tiene pleno sentido la nueva formulación tomista, pues, como señala Ullmann<sup>51</sup>: «Para Tomás de Aquino, el ciudadano no era ya el súbdito, el *subditus* que tenía que limitarse a obedecer las leyes superiores. La definición aristotélica del ciudadano como partícipe del gobierno actuó de disolvente e hizo posible la liberación del inferior, del súbdito, con respecto del superior, de la autoridad. En efecto, debemos recordar que lo que se negaba precisamente al súbdito era la participación en el gobierno, así como tampoco tenía participación alguna en la elaboración de la ley que se le dictaba. Lo importante aquí es que Santo Tomás, al asimilar las ideas aristotélicas, efectuó en la esfera del gobierno, más que una metamorfosis del súbdito, el renacimiento del ciudadano, que había estado invernado desde los tiempos clásicos».

La interinfluencia entre los conceptos jurídicos y las tendencias políticas y sociales en los que éstos operan es inevitable. Una nueva muestra se nos ofrecerá con el estudio del surgimiento del moderno concepto de derecho subjetivo en el seno de nominalismo franciscano.

#### IV. LA ELABORACIÓN DOCTRINAL DE GUILLERMO DE OCCAM

Constituye hoy en día ciertamente un lugar común afirmar que la aportación teórica de Guillermo de Occam significa un hito en la evolución jurídica medieval, abriendo el paso a una nueva forma de entender el Derecho<sup>52</sup>. Montoro afirmará que con Occam «se operó en el pensamiento jurí-

<sup>51</sup> W. Ullmann, *op. cit.*, p. 168.

<sup>52</sup> Eduardo Díaz-Otero y Enrique Olivas, *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 48: «La filosofía nominalista, con G. de Occam a la cabeza hasta 1349, nos adentra en la concepción absoluta del acto subjetivo humano; en la concepción de una subjetividad que al ser constitutiva en las decisiones que derivan de la forma de su conocimiento, va a producir, a la vez, el

dico un viraje desde el objetivismo hacia el subjetivismo jurídico que elevó la noción de *potestas* a la dignidad de *ius*»<sup>53</sup>.

En líneas generales podemos apuntar como hilo conductor de su reflexión el que parte del surgimiento de un movimiento filosófico, el nominalismo, para sentar las bases de un sistema jurídico, el positivismo, alumbrando como corolario un nuevo concepto jurídico: *el derecho subjetivo*. Todo ello en un contexto marcado por un enfrentamiento religioso, el conocido como *querrela de la pobreza*, y sobre el fondo de un conflicto político, determinado por la lucha entre el Imperio y el Papado, que, sometido éste al cautiverio de Avignon, concluirá con la victoria definitiva del primero, apoyado en sus formulaciones teóricas por Marsilio de Padua, con su *Defensor Pacis*.

Para Villey, el nominalismo, el voluntarismo y el positivismo constituyeron los supuestos filosóficos que permitieron a Guillermo de Occam realizar la primera formulación clara y completa de la idea de derecho subjetivo<sup>54</sup>.

Sin embargo, para Massimo La Torre, Occam será sólo un precursor filosófico de la concepción subjetiva del derecho<sup>55</sup>.

Al ser éste uno de los puntos claves en la evolución del objeto de nuestro estudio, conviene que nos detengamos suficientemente en su análisis, contemplando adecuadamente cada uno de los elementos que lo integran para poder obtener la necesaria comprensión del fenómeno<sup>56</sup>. Es posible que, en primera instancia, puedan parecer irrelevantes o fuera de lugar algunas de las reflexiones que a continuación se harán, pero estoy convencido de que al final del capítulo se comprenderá el interés por la aproximación global a esta decisiva etapa de la evolución jurídica; tanto más si el lector llega a concluir —como mantiene el autor— que la misma ofrece numerosas y sugerentes coincidencias con el actual momento de la teoría jurídica y política.

Comenzaremos así describiendo brevemente los hechos que dieron lugar al inicio de la reflexión occamista, expondremos a continuación las líneas generales de las corrientes filosóficas enfrentadas, nos detendremos brevemente en el análisis de la juridificación del conflicto político, analizaremos con detalle la controversia jurídica teórica y el concepto de derecho subjetivo que surge de la misma, y finalizaremos con una reflexión general sobre las similitudes ya apuntadas entre los avatares históricos expuestos y nuestra

---

doble efecto de iniciar la crisis del sujeto de la Edad Media y la construcción de la filosofía política moderna.»

<sup>53</sup> Alberto Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Universidad de Murcia, 1983, p. 32.

<sup>54</sup> M. Villey, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Seize essais de Philosophie du droit*, Ed. Dalloz, 1969, p. 169.

<sup>55</sup> M. La Torre, *Disavventura del Diritto Soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 58.

<sup>56</sup> Señala Truyol y Serra que «la filosofía política de Occam, como su pensamiento en general, ejerció gran influencia en los siglos XIV y XV. Su aceptación fue amplísima en las universidades, principalmente en las que por aquellos tiempos se crearon», *op. cit.*, p. 419.

situación actual, conclusión ésta que en realidad viene a constituir una de las tesis principales de este trabajo.

En el estudio de todo el capítulo utilizaré fundamentalmente las obras del padre agustino Avelino Folgado, las de Michel Villey y la más reciente de Elio A. Gallego, a las que me remitiré concretamente en los momentos oportunos. Comencemos, pues.

#### 4.1. Los hechos

En el año 1321, en la ciudad de Narbona, un *beguino* predica que «Cristo y los Apóstoles, siguiendo el camino de la perfección, no poseyeron nada por derecho de propiedad, ni en particular ni en común<sup>57</sup>». Ante tal afirmación, el dominico Juan de Belma, inquisidor y arzobispo de la ciudad, ordena su prendimiento bajo cargo de herejía. Se convoca seguidamente a los doctos para que emitan opinión al respecto. Comienza la toma de posición y el enfrentamiento. Berenguer de Talón, lector en el convento franciscano de Narbona, afirma que lo que predica el *beguino* no sólo no es herético, sino que se ajusta plenamente a lo proclamado por el Papa Nicolás III en la Decretal *Exit*, y, por lo tanto, es fiel doctrina católica. El Inquisidor considera ahora que Berenguer también ha incurrido en herejía y le ordena retractarse; éste se niega y para evitar ser prendido, formula apelación ante la Santa Sede y marcha para sostenerla a la Corte Pontificia, a la sazón en Avignon. La controversia se ha formalizado.

A pesar de que, como señala Folgado<sup>58</sup>, la cuestión podría parecer una mera disputa entre frailes, el Papa Juan XXII, hombre de sólida formación jurídica, la consideró de interés. La afirmación del *beguino* venía a incidir en una acusación anteriormente formulada por los Valdenses y Arnaldo de Villanueva y recientemente aireada por el grupo de los «espirituales» de la orden franciscana: *La Iglesia oficial no era la Iglesia de Cristo, puesto que conocía riqueza y poder político que no conoció Cristo*. Ahora un franciscano respaldaba la tesis del *beguino* y se enfrentaba a un dominico.

El Papa consultó a sus cardenales en un consistorio convocado al efecto el 6 de marzo de 1322. Los cardenales franciscanos Vidal de Four y Beltrán de la Tour, junto con los también franciscanos Arnaldo Roiard y Jerónimo de Cataluña, defendieron las tesis del Berenguer. Por su parte, el dominico Guy Cattano, arzobispo de Oristano, apoyó al inquisidor Juan de Belma. Juan XXII consideró oportuno requerir nuevas opiniones de los doctores y abrió la cuestión a pública disputa. Contestaron, entre otros, el procurador general de los franciscanos, Bonagracia de Bérnago, y el que había sido franciscano de los espirituales, Ubertino de Casale. Las tesis de ambos coincidían. En resumen, afirmaban:

<sup>57</sup> Avelino Folgado, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, San Lorenzo del Escorial, 1960, p. 96.

<sup>58</sup> Avelino Folgado, *op. cit.*, p. 99.

«En Cristo y los apóstoles debe distinguirse doble personalidad, pública y privada. Como personas públicas, en cuanto Prelados de la Iglesia, tuvieron bienes, no a título de propiedad, sino de administración, para dar a los pobres y atender a las necesidades de la Iglesia. Negar esto es cerrar los ojos a muchos pasajes del Nuevo Testamento y debe considerarse herético. Pero no es de esto de lo que se trata, sino de Cristo y los Apóstoles como personas privadas, perfectos despreciadores del mundo y ejemplos de perfección. También aquí debe hacerse una distinción que se refiere al modo de tener. El primero es un tener concedido y protegido por el Derecho positivo, de forma que el titular dispone de acciones y excepciones ante el juez civil para rechazar al invasor. Cristo y los Apóstoles nada tuvieron de este modo. Los frailes Menores se refieren a este modo de tener cuando dicen que Cristo y los Apóstoles no poseyeron nada por derecho de propiedad, ni en común ni en particular, mas no distinguen. El segundo modo es un tener de Derecho natural. Cristo y los Apóstoles tuvieron por Derecho natural lo necesario para el sustento de la vida. Los frailes Predicadores hablan de este modo de tener cuando afirman que es herético decir que Cristo y los Apóstoles nada tuvieron, pero tampoco distinguen.»

Oída la respuesta, contenida en la *Responsio ad questionem de paupertate Christi et Apostolorum* de Ubertino de Casale, el Papa sentenció: «No queremos oír más, la respuesta a la cuestión es buena.» Y ahí podía haber acabado la cosa; pero no acabó.

Los cardenales franciscanos que había tomado parte en el consistorio de 6 de marzo de 1332, Beltrán de la Tour y Vidal de Four, insatisfechos, instigaron al general de la Orden, Miguel de Cesena, para que sometiese la cuestión a debate en el Capítulo que los franciscanos celebraban en Perugia en la Pascua de Pentecostés. Las conclusiones del Capítulo se plasmaron en dos cartas, de las que se hicieron multitud de copias que se repartieron por toda la cristiandad. Las cartas iban firmadas por el general de la Orden, los ministros provinciales, los guardianes, maestros y bachilleres presentes en el Capítulo, a los que se añadieron otros 41 residentes en París e Inglaterra. La primera carta, como recoge Nicolás Minorita, citado por Folgado, se reducía casi exclusivamente a la profesión transcrita en el texto; la segunda iba razonada con argumentos teológicos, de tradición, filosóficos y jurídicos. La profesión era la siguiente:

«Concorde y unánimemente profesamos y confesamos que, decir y afirmar que Cristo, mostrando el camino de la perfección y los Apóstoles siguiendo ese camino y enseñándolo con su ejemplo a los que quisieran imitarlo, nada tuvieron por derecho de propiedad y dominio o derecho propio, en especial y en común, no es herético, sino sano y católico y fiel, máxime cuando la Santa Romana Iglesia Católica lo tiene ya expresamente dicho, afirmado y determinado»<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Nicolas Minorita, *Chronicon de gestis contra fratricellos*, pp. 208-211. Recogido por Baluze-Mansi, *Miscellanea*, III.



Al Pontífice le disgustó la doble soberbia franciscana; de un lado, en la forma, por su pretensión de resolver una cuestión avocada a la Santa Sede, y, de otro, en el fondo, pues a la postre con su argumentación se pretendía afirmar que la orden franciscana era la única guardiana de la altísima pobreza que Cristo y los Apóstoles practicaron. Juan XXII no lo iba a tolerar y decidió acabar definitivamente con las pretensiones franciscanas. El 8 de diciembre de 1322 decretó la Constitución *Ad Conditorem*, en la que refutaba completamente las tesis de los frailes Menores; ante ella, su procurador Bonagracia de Bérgamo puso protesta. El Papa contestó a la protesta con una medida personal directa, disponiendo el arresto de Bonagracia durante un año menos un día, y con la versión definitiva de la tesis pontificia, mediante la promulgación de la Constitución *Cum iter*.

La mayoría de la Orden se sometió a la decisión papal, pero una minoría rebelde mantuvo las tesis franciscanas que fueron recogidas en una apelación formulada por Luis de Baviera el 24 de mayo de 1324, a la que volvió a contestar Juan XXII con la Constitución *Quia quorundam*<sup>60</sup>, en la que ratificaba, además de sus planteamientos, las sanciones impuestas. Ante esta situación el general de la Orden, Miguel de Cesena, ordenó a sus miembros que hablaran con respeto y moderación de la persona del Papa y de sus Constituciones (aunque él criticara una y otras en privado, como todos sabían). El Papa conocía este doble juego y sospechaba que, además, Cesena conspiraba en secreto. Por ello le llamó, con excusas, a la Corte Pontificia el 8 de junio de 1327. En la primavera del año siguiente, el general franciscano solicitó permiso para trasladarse a Bolonia para presidir un nuevo Capítulo de Pentecostés de la Orden; el Papa temió que se marchase para conspirar contra él junto a Luis de Baviera y así se lo hizo saber al franciscano; aunque éste se excusó en un primer momento, Juan XXII ya no quería frenar, y así en el Consistorio celebrado el 9 de abril le reprochó públicamente la decisión adoptada en Perusa. Miguel de Cesena no se reprimió más, se enfrentó abiertamente al Pontífice y le contradujo abruptamente. El Papa contestó prohibiéndole salir de Avignon bajo pena de excomunión y deposición del cargo. Cesena, una vez forzado a pronunciarse, decidió buscar apoyos en una lucha que ya veía inevitable. Y aquí aparece Occam.

El franciscano Guillermo de Occam se encontraba en Avignon por causas personales; algunas de las proposiciones contenidas en sus obras habían sido denunciadas como heréticas, y había sido llamado a la Santa Sede en espera de juicio. No veía que sus tesis prosperasen adecuadamente y la general situación de la Orden no le auguraba buenos augurios; sin embargo, no había participado en la querrela de la pobreza. Miguel de Cesena se acordó de él y en apoyo de su posición le solicitó un estudio de las tres Constituciones del Papa; su condición franciscana y su personal situación hicieron que dicho encargo actuara como lluvia en terreno abonado. La afirmación que se contiene en su Carta a sus hermanos congregados en Capítulo en Asís es suficientemente ilustrativa: «Yo no recuerdo haber encontrado escrito

<sup>60</sup> Aparecida el 10 de noviembre de 1324.

de pagano o de hereje que, en tan corto espacio, mezcle tantos errores con algunas verdades»<sup>61</sup>. La suerte estaba echada y había que actuar con rapidez.

Se fuga de Avignon en la noche del 26 de mayo con sus hermanos Miguel de Cesena, Bonagracia, Francisco de Ascoli y Enrique Thalheim. El 6 de junio, el Papa depone de su cargo a Cesena. Los fugitivos llegan a Pisa el 9 de junio y son acogidos por los oficiales del Emperador. Cesena y los demás huidos firman una apelación contra la destitución papal del general. Juan XXII dicta el 29 de abril de 1329 sentencia solemne de excomuniación contra Cesena y decreta la Constitución *Quia vir reprobus* en respuesta a la última apelación.

Los huidos llegan a Munich y contestan a la Constitución pontificia; Miguel con una apelación a la Iglesia Universal y Guillermo con la obra que contiene el germen de nuestro estudio, la *Opus nonaginta dierum*<sup>62</sup>, en palabras de Folgado, una obra «grande, minuciosa y árida», que, como su nombre indica, fue redactada en noventa días; y en la que, refiriéndose a las cuatro Constituciones papales, Occam afirma que «las encontré llenas de herejías, errores, tonterías, quimeras, insensateces y contradicciones a la fe, a la moral, a la razón y a la experiencia».

Hasta aquí los hechos, pero ¿cuál había el caldo de cultivo intelectual que había animado a los franciscanos a adentrarse por estos vericuetos?

#### 4.2. El nominalismo<sup>63</sup>

El pensamiento nominalista se formula en torno a la afirmación o negación de la existencia real de los «universales». Se entiende por universales, como explica Gallego, las palabras y conceptos que designan o significan no a un auténtico ser, sino a una pluralidad de ellos, que constituyen una clase determinada de seres singulares. Se habla así de la palabra o idea de «hombre» que no hace referencia a un ser humano individual, sino al conjunto de individuos que presentan determinadas características singulares que les hacen susceptibles de ser incluidos en tal denominación. Los universales se refieren así a géneros o especies<sup>64</sup>. Frente a este concepto se han adoptado varias posturas. El *realismo* considera que el universal, además de ser un signo lingüístico o comunicativo (*in significando*), o un mero con-

<sup>61</sup> Occam, *Epistola ad fratres apud Assisium congregatos*, Ed. Baudry, en *Revue d'histoire franciscaine*, III, 1926, 202.

<sup>62</sup> Denominada así porque se redactó en noventa días. Folgado cita las siguientes ediciones: Lovaina, Juan de Westfalia, 1481; Lyon, Treschesell, 1495; Amsterdam. Ed. Goldast, M. en *Monarchia sancti romani imperi...*, t. II, 1614, pp. 993-1236. E. R. Benet y J. G. Sikes, en *Guillelmi de Ockam opera politica*, I, 1940, pp. 293-374. (Las citas que se hacen refiere Folgado haberlas tomado de la edición de Lyon, Treschesell, 1945, identificándolas por capítulo y columna al carecer de numeración las páginas.) No existe edición en castellano.

<sup>63</sup> Una primera aproximación general, histórica y sistemática puede obtenerse al consultar la voz «nominalismo» en el *Diccionario de Filosofía* de Ferrater Mora, t. III, Ed. Círculo, Barcelona, 1991, pp. 2377 y ss.

<sup>64</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 102.

cepto mental (*in representando*), tiene también una existencia real propia (*in essendo*). Es decir, el pensamiento realista, dominante en la filosofía medieval, considera que el género universal «árbol» o «aceite», por ejemplo, tiene existencia verdadera. Como se puede apreciar, constituye una derivación del idealismo platónico que, como se recordará, afirma que nuestro mundo no es sino un reflejo, una constelación de sombras proyectadas, de las ideas puras que definen la existencia. Dentro del realismo se distingue una corriente radical o fuerte que afirma que el universal tiene existencia auténtica *fuera* de los individuos (que sería el platonismo estricto) y una corriente moderada que mantiene que el universal sólo tiene existencia *en* los individuos, o mejor dicho, en su mente, como representación abstracta; esta última sería la posición mantenida por el pensamiento aristotélico-tomista.

Frente al realismo, el nominalismo, formulado en primera instancia por el franciscano Duns Scoto y elaborado hasta sus últimas consecuencias por su correlegionario Guillermo de Occam, viene a negar cualquier tipo de existencia real de los universales, a los que reduce a simple «nómina» o palabras.

Esta disquisición filosófica tiene repercusiones de primer orden en los planos teológico, político y jurídico, todas ellas fundamentadas en el predominio de la voluntad, ya sea la divina, la del gobernante secular o la del sujeto individual como titular de un *derecho subjetivo*.

En el ámbito teológico se trata de «salvar» a Dios de la necesidad de crear las cosas según unas ideas o esencias previamente existentes, es decir, de restituir la omnipotencia efectiva a la voluntad divina. Como en este sentido apunta Canals, «el universo de Occam queda atomizado por su negación de las naturalezas universales y por la apelación constante a la potencia absoluta de Dios y al carácter de voluntaria institución divina del orden de las causas naturales»<sup>65</sup>. Todo ello repercute además en los conceptos morales (y posteriormente jurídicos) del mal y el bien, de forma tal que Dios no prohíbe algo porque sea esencialmente malo, sino que es malo precisamente porque Dios, en su libérrimo y omnipotente albedrío, lo ha prohibido. De contrario, Dios no manda las cosas porque sean buenas, sino que son buenas porque las manda. Gráficamente, Occam afirma que «si Dios causase, como causa total, el odio contra sí mismo en la voluntad de alguien, ni éste pecaría ni tampoco Dios»<sup>66</sup>. Estas elucubraciones que al día de hoy pudieran parecer absurdas e irrisorias tuvieron una notable trascendencia en la evolución jurídico-política, como puede advertirse fácilmente al trasponer el esquema de las mismas de la ley divina a la ley humana.

### 4.3. El conflicto jurídico y político

Esta trasposición de planos también la lleva a cabo Occam, dando lugar al nacimiento de lo que luego se ha venido a conocer como el «positivismo

<sup>65</sup> F. Canals, *Historia de la Filosofía Medieval*, Herder, Barcelona, 1992, p. 299.

<sup>66</sup> Citado en F. Canals, *op. cit.*, p. 299.

jurídico». En este sentido, como señala Michel de Villey, es necesario superar la común opinión de situar el inicio del positivismo en las ideas de Comte, elaboradas sobre la filosofía de Hobbes, y concluir que «*Il est assez paradoxal de transporter cette conception de l'art juridique qui paraît caractéristique de la rigueur scientifique moderne, dans les ténèbres du Moyen-Âge*».

Como apunta el mismo autor, el paso que realiza Occam es plenamente coherente, toda vez que al no reconocer como objeto de conocimiento más que las cosas positivas singulares, no puede reconocer otra fuente del derecho que la formulación de la ley, como expresión de las voluntades individuales, y no del orden natural. En esta tesis llega a rebatir a su predecesor, Duns Scoto, al afirmar con ocasión de sus comentarios en Oxford al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo que «los preceptos del Decálogo no son verdaderamente naturales y en modo alguno necesarios por sí mismos, sino que son sólo obligatorios en la medida en que son positivos, *posés par Dieu*»<sup>67</sup>.

¿Dónde queda el Derecho natural para Occam? Siguiendo a Villey, podemos descubrir las opiniones del franciscano al respecto en su obra *Dialogus*, en la que con ocasión de una disputa para determinar si los romanos, en virtud del Derecho natural, poseen el derecho a elegir al Papa, distingue varias acepciones del término<sup>68</sup>:

1. Cuando se usa el término Derecho natural para hacer referencia a ciertos preceptos racionalmente necesarios, como los vertidos en el Decálogo (no mentirás, no cometerás adulterio, etc.); Occam considera, como ya vimos, que tales preceptos no son verdaderamente necesarios para la razón ni auténticamente naturales, ya que en realidad tienen un origen positivo: el mandato positivo de Dios.
2. Una segunda acepción del concepto de Derecho natural hace referencia al estatuto jurídico primitivo de la humanidad, el régimen jurídico vigente antes de cualquier legislación o formación de costumbres. Es el viejo concepto estoico de la edad de oro, reformulado por el cristianismo en el mito del paraíso terrenal. En este sentido, la comunidad de bienes, por ejemplo, sería una institución de «derecho natural». Para este tipo de acepción Occam niega cualquier tipo de obligatoriedad toda vez que hace tiempo que se salió de ese idílico estado de naturaleza, y sus preceptos han sido claramente desconocidos por las leyes humanas que han instituido, por ejemplo, el derecho de propiedad. Es decir, este sentido del Derecho natural no tiene ningún interés actual.
3. Un tercer sentido consideraría como derecho natural las consecuencias que se derivan racionalmente de una convención o acuerdo entre los hombres o de una regla positiva. Y así, por ejemplo, al estar positivamente instituido el derecho de propiedad, resulta lógico que lo que se deje en depósito deba ser restituido al propietario. Éste es el

<sup>67</sup> Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchretien, París, 1968, p. 186.

<sup>68</sup> M. Villey, *op. cit.*, pp. 214-216.

único sentido en el que Occam atribuye fuerza al Derecho natural, pero se observa claramente aquí que está hablando de un Derecho natural que ha perdido cualquier ligazón con la naturaleza, con un hipotético orden natural y que, en consecuencia, carece de carácter universal y obligatorio para el legislador. Como literalmente señala Villey: «Por lo tanto, las conclusiones que el jurista obtiene silogísticamente de las leyes perderán valor cuando el legislador decida modificarlas, y sólo valdrán hasta que varíe la voluntad del legislador, que le sirvió de fundamento. La autoridad legislativa que ha instituido el régimen de la propiedad está perfectamente habilitada para prescribir que, en ciertos casos, el depósito no será restituido. (...) Cuando un nuevo texto del legislador aparece, todas las conclusiones lógicas del derecho natural devienen, como dirá Kirchmann en la época del triunfo absoluto del positivismo, *bavardage vain et périmé*»<sup>69</sup>.

Villey afirma que el verdadero sentido del Derecho natural, que para él no es otro que el formulado por Santo Tomás, no se encuentra en el *Dialogus*, y ello obedece a su juicio de que el auténtico Derecho natural no encaja en la óptica nominalista, que está imposibilitada para concebirlo.

Las derivaciones del nominalismo en el plano político se manifiestan primordialmente en el *Breviloquium de principatu tyrannico*<sup>70</sup>, obra en la que Occam entra en el mayor conflicto político medieval: la lucha por la primacía entre el Emperador y el Papa, inclinándose claramente a favor del primero, a la sazón Luis de Baviera, y situándose al mismo lado de Juan de París y de Marsilio de Padua. Con el mismo armazón argumental ya expuesto, Occam destruirá las pretensiones papales que, desde la Donación de Constantino, afirman una visión del mundo, de la humanidad, que por naturaleza es unitaria y forma un solo cuerpo, por lo que reclaman (también por lógica natural) una sola cabeza; cabeza que naturalmente ha de ser la del Papa, toda vez que «ainsi que le corps reçoit de l'âme l'être, la puissance, la mise en acte, ainsi la jurisdiction temporelle de la jurisdiction spitiruelle de Pierre et de ses successeurs»<sup>71</sup>.

Es evidente que una argumentación de tal porte iba a ser claramente destruida por Occam conociendo sus esquemas de pensamiento. En efecto, rechazando cualquier interpretación mística de las Escrituras, el franciscano aboga por una interpretación literal, «positiva» de los textos sagrados, entre los que destaca una frase de Jesús que no admite duda: «dad a César lo que es del César», es decir, el poder temporal corresponde únicamente al Emperador<sup>72</sup>.

Como apunta Villey, «con una coherencia perfecta, el Occam-jurista sigue la vía del Occam-filósofo»<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 216.

<sup>70</sup> Existe edición en castellano con traducción y estudio de Pedro Rodríguez Santidrián en Editorial Tecnos, Madrid, 1992. Colección Clásicos del Pensamiento.

<sup>71</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 218.

<sup>72</sup> G. Occam, *Sobre el gobierno tiránico del Papa*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 46.

<sup>73</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 224.

Hasta aquí hemos visto los antecedentes nominalistas del pensamiento occamiano y su repercusión en los ámbitos teológicos, políticos y del pensamiento jurídico general. Nos resta por ver lo que constituye el sentido estricto de nuestro estudio y que es el corolario consecuente de todo lo anterior: el surgimiento de un nuevo concepto jurídico, o dicho con mayor propiedad, la reconstrucción de un antiguo término, el *ius*, del que nacerá el concepto jurídico central del Derecho moderno: *el derecho subjetivo*.

#### 4.4. La controversia jurídica y el surgimiento del concepto del derecho subjetivo

Siguiendo una vez más a Folgado<sup>74</sup>, podemos resumir los puntos de partida de la controversia jurídica en los siguientes términos:

Los franciscanos pretenden mantener vigente el estado de cosas sentado por Nicolás III en la Decretal *Exit*, defendiendo, en consecuencia, los siguientes principios de su relación con los bienes temporales:

- 1.º Carecen de toda propiedad.
- 2.º Carecen de todo derecho.
- 3.º Tienen sólo el simple uso de hecho.
- 4.º El uso de hecho es un uso lícito.
- 5.º En artículo de extrema necesidad pueden acudir al Derecho natural que hace todas las cosas comunes al estar la propiedad instituida por el derecho positivo.

Enfrente, Juan XXII y los juristas papales van a intentar sentar unas premisas radicalmente distintas, que, como se puede observar a primera vista, ofrecen una mayor solidez lógico-jurídica, afirmándolas por primera vez en la Constitución *Ad Conditozem*, de la que serán tributarios el resto de los documentos pontificios. Son las siguientes:

- 1.º Es imposible el uso sin la propiedad en las cosas consumibles por el uso.
- 2.º En cualquier cosa es imposible el uso de mero hecho sin algún derecho.
- 3.º Si, no obstante, se sigue diciendo que los franciscanos tienen en los bienes temporales el solo uso de hecho sin la propiedad o algún derecho, habrá que concluir que se trata de un uso ilícito, lo que no es presumible en la mente del legislador.

En esta situación surge el genio dialéctico de Guillermo de Occam que, con una base jurídica mucho menos sólida que la del bando papal, construirá el nuevo concepto de derecho, «elaborado con pasión para defender el privilegio de no poseer ninguno», como apunta Folgado<sup>75</sup>. Contradicción ésta

<sup>74</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 108

<sup>75</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 146.

que se suma a la primigenia e inicial de toda esta historia, pues, como agudamente señaló Villey: «*Il est curieux que les disciples de saint François, les humbles mineurs aient constitué une Ecole de philosophie; plus curieux encore que ces fidèles de la pauvreté aient apporté une contribution que je crois capitale à la doctrine des sources du droit, et du droit de propriété*»<sup>76</sup>.

Si cabe aun, a mi modesto entender, puede descubrirse una contradicción mayor, la que resulta del seguimiento del hilo argumental elaborado por Guillermo de Occam para defender las tesis franciscanas y que concluye con el surgimiento de un nuevo concepto de *ius* sobre razones y fundamentos claramente extrajurídicos. A ella añadiremos, para finalizar otra contradicción que, en este caso me parece meramente aparente, la que para algún autor surge al comprobar que el concepto de derecho elaborado por Occam y que ha servido de base a la construcción de la relación jurídica del Derecho moderno, niega en teoría la existencia de cualquier relación. Vayamos por partes.

Occam define el concepto de *ius*, en su acepción general, como una potestad, en concreto como una «potestad humana principal de vindicar en juicio una cosa temporal y tratarla de todos los modos que no estén prohibidos por el derecho natural»<sup>77</sup>. Esta potestad principal trae causa bien de la recta razón, y se denomina entonces *ius poli*, o bien de un pacto previo, recibiendo el nombre de *ius fori*<sup>78</sup>. En todo caso, la potestad ha de ser siempre lícita, porque al ser el derecho una aplicación de la justicia, nada ilícito merecerá el nombre de derecho; elimina así el franciscano del ámbito del derecho las potestades ilícitas como las del ladrón sobre el objeto robado o incluso las del propietario para el uso indebido de sus bienes. Folgado extiende esa exclusión a las potestades ilícitas pertenecientes al campo puro de los hechos<sup>79</sup>, en una afirmación que parece señalar que de los meros hechos no pueden surgir potestades lícitas, lo que no se explica suficientemente y no acaba de entenderse de forma adecuada, puesto que creo que es perfectamente posible el surgimiento, por ejemplo, de la lícita potestad del dueño del árbol para consumir los frutos del mismo, situación ésta puramente fáctica de la que nace un derecho cuya licitud nadie ha cuestionado.

Pero, dejando al margen la anterior disgresión, lo cierto es que Occam no define el concepto de *potestas*, y, sin embargo, parece identificarlo —junto con el de *ius*— con un tercer término: el de *licentia*<sup>80</sup>, licencia o licitud,

<sup>76</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 176. «Es curioso que los discípulos de San Francisco, los humildes hermanos menores, hayan constituido una Escuela de Filosofía; pero más curioso es aún que estos servidores de la pobreza hayan realizado una aportación que yo creo capital en la doctrina de las fuentes del derecho y del derecho de propiedad.»

<sup>77</sup> *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 2, columna 10.

<sup>78</sup> *Opus Nonaginta Dierum*, Capítulos 61 y 65.

<sup>79</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 114. «Puesto que el derecho es del orden de la justicia, virtud moral, es evidente que nada injusto merece el nombre de derecho. Con ello quedan fuera del concepto de *ius* las potestades ilícitas pertenecientes al cómputo puro de los hechos: las del ladrón que usa los bienes robados y las del mismo propietario que utiliza indebidamente sus riquezas.»

<sup>80</sup> *OND*, Cap., columna 4: «Es por esto por lo que el contenido *communissime* del derecho puede ser también precisado con el término *licentia*» (traducido por Folgado, p. 115).

a la que configura como poder o autorización y respecto de la que señala que puede derivar, bien de la ley natural, o bien de la ley positiva o bien de un acto autorizado por una ley, pero que él mismo no es ley; como vemos, la primera fuente se puede identificar con la que hace surgir el *ius poli* y las otras dos pueden encajar perfectamente en la causa del *ius fori*, en el entendimiento de ley positiva como pacto entre seres humanos.

Aparece así una seria confusión conceptual al identificar el término inicial que se pretende definir, *ius*, con uno de los elementos integrantes de la propia definición, *potestas*, a la vez que ambos se confunden con un tercero, *licentia*, haciendo derivar a este último de las mismas fuentes que generan el primero.

En un avance argumentativo no suficientemente explicado (sino más bien contradictorio) se afirma seguidamente que «sólo es *ius* la licitud, autorización o poder que, por ser emanación de la ley natural o positiva, es, al mismo tiempo, obligación universal», de forma que «no es *ius* el poder, autorización o licitud que, por emanar un acto que no es ley, no es al mismo tiempo obligación universal», lo que contradice palmariamente el sistema de fuentes previamente definido por el propio Occam<sup>81</sup>.

En la misma línea, el franciscano añade a la nota de universalidad del *ius* la de obligatoriedad, afirmando que «el derecho es un poder, licitud..., del cual nadie puede ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable»<sup>82</sup>. Este poder en que consiste el derecho se transforma para los demás en un deber, que se extiende incluso al propio legislador, que no podrá ir contra el derecho de los demás si no media culpa o causa justa. No se comprende muy bien por qué se llega a esta conclusión, aunque se entiende perfectamente adónde y para qué se quiere llegar. El argumento parece, sin embargo, bastante contradictorio, en efecto, si se afirma previamente que una de las causas o fuentes del *ius* es la ley positiva, no se explica adecuadamente por qué esa misma ley positiva no va a poder operar como causa negativa, es decir, negadora o extintiva del derecho. En cualquier caso la conclusión a la que quiere llegar Occam se expresa en términos meridianos: *el derecho es poder inviolable*. En la definición de la inviolabilidad es donde se concreta definitivamente.

Como precisa Folgado, esa inviolabilidad u obligatoriedad del derecho frente a todos, en el titular, es posibilidad de defensa: *potestas defendendi et vindicandi*<sup>83</sup>. En esta defensa distingue dos vías en función de la fuente del derecho; si se trata de un derecho natural, *ius poli*, por medios puramente naturales, y si se trata de un derecho derivado de la ley positiva, *ius fori*, mediante las acciones o excepciones establecidas en el derecho positivo.

Se llega así a donde se quería llegar, pues se defiende con esta tesis la teoría de que los frailes menores carecen de todo derecho al no poder defen-

<sup>81</sup> Recordemos que Occam admitía también que la potestad contenida en el derecho pudiera derivar también del pacto. *OND*, Cap. 61, columna 2.

<sup>82</sup> *OND*, Cap. 61, columna 4: «*Nemo privandus est jure suo absque causa et sine culpa*».

<sup>83</sup> A. Folgado, *op. cit.*, p. 116.



der ni vindicar en juicio los bienes de los que se sirven y usan. Pero, en realidad, como vemos, del razonamiento de Occam no se deriva en puridad tal conclusión, sino tan sólo la de que los franciscanos carecen de una modalidad de derecho, el *ius fori*, pero conservan la otra, el *ius poli*. Esta contradicción sólo puede ser salvada de dos formas, o confundiendo *ius poli* con *usus*, que es lo que en realidad hace Occam, o afirmando que todos los derechos sobre bienes temporales, excluido el de propiedad, son de derecho natural, que es lo que parece querer hacer nuestro autor, al verse obligado a salvar la contradicción afirmando que los frailes menores pueden usar y disponer de los bienes temporales «por licencia del propietario»<sup>84</sup>, licencia que —ya sin el más mínimo apoyo lógico y jurídico— define como *obligatoria*, ya que «en todo caso los fieles están obligados a otorgar la licencia según sus fuerzas, puesto que los franciscanos son predicadores del Evangelio»<sup>85</sup>. Argumento éste que, de admitirse a puros efectos dialécticos, no haría sino profundizar en la contradicción toda vez que por su propia naturaleza se situaría en el *ius fori* y no en el *ius poli*. A éste sólo se circunscribe Occam cuando, reconociendo que la licencia del propietario puede desaparecer (porque la fe de los buenos se ha enfriado y el corazón de los ricos endurecido) fundamenta por último la disposición y uso de los bienes temporales «en el derecho natural de la comunidad de bienes en la medida necesaria para el sustento de la vida»<sup>86</sup>.

Toda esta complicadísima y confusa argumentación elaborada por Guillermo de Occam para llegar a una conclusión forzada e ilógica, contrasta con la nitidez y la solidez lógica y jurídica de los razonamientos de Juan XXII al afirmar que «es imposible el simple uso de hecho sin algún derecho», toda vez que «si el simple uso de hecho fuera posible sin algún derecho, el acto de usar sería no justo, pues respecto de él no hay derecho»<sup>87</sup>.

La confusión expositiva es, por otra parte, una de las características típicas de toda la obra de Occam; en este sentido señala Fernando Prieto que: «cada una de sus obras es un verdadero laberinto de temas, y cada tema es un laberinto de opiniones, argumentos a favor, argumentos en contra. Entre tantos pros y contras, Occam esconde su opinión, porque quiere que el lector saque sus propias conclusiones»<sup>88</sup>.

Cualquiera que fuera la intención expresa u oculta del franciscano, es evidente que el triunfo lógico-jurídico en la controversia de la pobreza debió corresponder, sin duda, a Juan XXII; pero es igualmente evidente e incontestable que el triunfo histórico definitivo correspondió a Guillermo de Occam, y ello fue así porque, en pura lógica, no podía ser de otra forma. Veamos por qué.

<sup>84</sup> *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 64, columna 2.

<sup>85</sup> *OND*, Cap. 65, columna 3. Traducido por Folgado, «derecho que tuvieron Cristo y los Apóstoles y tienen todos los predicadores del Evangelio».

<sup>86</sup> *OND*, 61,4 y 65,5.

<sup>87</sup> En las Constituciones *Ad conditorem*, p. 96, y *Quia quorundam*, p. 117.

<sup>88</sup> Fernando Prieto, *Manual de Historia de las Teorías Políticas*, Unión Editorial, Madrid, 1996.

En realidad, la disputa no era jurídica, sino filosófica. A poco que reflexionemos sobre lo expuesto más arriba, nos daremos cuenta de que la cuestión se había resuelto perfectamente con una sutilísima y depuradísima técnica argumental en la *Responsio ad quaestionem de paupertate Christi et Apostolorum* de Ubertino de Casale<sup>89</sup>; entonces, ¿por qué continuó la disputa? Sencillamente porque los tiempos lo demandaban, y aquí estriba la fuerza y la grandeza de Guillermo de Occam, pues indudablemente supo estar a la altura de su tiempo.

#### 4.5. La relación en el derecho elaborado por Occam

Una primera aproximación a la teoría jurídica del concepto de derecho occamiano —apuntada por Folgado sobre la elaborada en su día por Juan Mayr— afirma, desde una perspectiva filosófica, la inexistencia de relación alguna en el concepto de *ius* formulado por el *venerabilis inceptor*, ante la que considera imposibilidad del nominalismo para aceptar la existencia real de los universales, que es precisamente lo que sería el término «relación». Así, se dice que si para los escolásticos el derecho es formalmente la razón y relación entre el mismo sujeto poseedor y la cosa poseída, para los nominalistas, puesto que niegan la existencia de toda relación, real o de razón, así como toda distinción entre sustancias y accidentes, el derecho es, sin que quepan alternativas, o la cosa misma o el mismo sujeto poseedor<sup>90</sup>.

Mayr<sup>91</sup> encontró serias dificultades para trasladar esta visión filosófica al ámbito jurídico, puesto que la misma hacía inviable la distinción entre las diversas clases de derechos, ya que, al prescindir del contenido del mismo y centrarse exclusivamente en el sujeto, resultaba igualmente predicable tanto del dominio como del uso o el usufructo, lo que ofrecía una definición de *ius* ciertamente pobre en el ámbito jurídico y radicalmente inútil a efectos hermenéuticos.

No obstante, esta primera aproximación negativa nos permite vislumbrar lo que constituirá la aportación decisiva del nominalismo a la evolución del orden jurídico. Transcribimos aquí las acertadas palabras de Gallego:

«Después de todo lo visto, y comprobada la imposibilidad del nominalismo de suprimir toda idea de relación, podríamos preguntarnos qué ha quedado del planteamiento nominalista del derecho. Sin duda mucho, pero fundamentalmente creo que estas dos cosas: primera, una visión voluntarista de lo jurídico; el derecho como poder, dominio o facultad. Y, segunda, el derecho concebido como una realidad inherente al sujeto. No se ha podido suprimir, es verdad, toda idea de relación en el derecho, pero su realidad

<sup>89</sup> Transcrita por A. Folgado en la obra citada, en la nota al pie número 7 de la página 98.

<sup>90</sup> A. Folgado, *op. cit.*, pp. 109-111.

<sup>91</sup> Juan Mayr (1469-1550). Fue el último de los grandes maestros nominalistas y una de las más respetadas autoridades de la Sorbona de París. Fue también profesor en el Colegio de Navarra y en la Universidad de Glasgow. Se sigue la traducción hecha por Folgado de su obra *In Quartum Sententiarum, quaestiones utilissimae*, publicada en París en 1516.

se sitúa definitivamente no en la relación misma, sino en el sujeto. El derecho es, en definitiva, un poder del sujeto. Un poder que, tal y como hoy se entiende, implica una relación, pero donde el derecho ya no consiste esencialmente en ésta»<sup>92</sup>.

Coincido plenamente con esta consideración; el concepto del derecho formulado por Occam se sitúa y tiene su fundamento en el sujeto, pero implica necesariamente una relación. ¿Cuál es la estructura de esa relación?, y sobre todo ¿quién es el que resulta y aparece obligado en la misma? Veamos.

La investigación no requiere grandes búsquedas; la respuesta se ofrece ya nítidamente en la misma definición del *ius* ofrecida por Occam:

*Potestas humana principalis vindicandi et defendendi in humano iudicio rem aliquam temporalem*<sup>93</sup>.

En esta potestad humana principal de vindicar y defender en juicio una cosa temporal, se encuentra la estructura general del derecho occamiano que luego se precisará para cada uno de los derechos concretos a los que se refiera; así, por ejemplo, el dominio se definirá como «*pro potestate quadam speciali vindicandi rem temporalem aliquam et defendendi, ac tenendi et disponendi*»<sup>94</sup>, pero la estructura general es clara y en la misma observamos:

- 1.º Una potestad o facultad, que pertenece a:
- 2.º Un ser humano, un sujeto individual, y que consiste en:
- 3.º La posibilidad de vindicar y defender; pero ¿el qué?;
- 4.º La cosa temporal, el bien, y ¿dónde?, ¿ante quién?;
- 5.º En juicio; es decir, ante la autoridad representada por los jueces y magistrados; pero ¿frente a quién?;
- 6.º Lógicamente no frente a la propia autoridad ante quien se invoca, sino frente a *todos los demás* sobre los que los jueces y magistrados pueden ejercer su autoridad.

Así de sencillo. *Existe una* relación trilateral *perfectamente definida y coherentemente articulada*, en la que intervienen tres sujetos:

1. Un sujeto activo: el titular del derecho.
2. Un sujeto garante: la autoridad pública, jueces y magistrados.
3. Un sujeto pasivo u obligado: los individuos que integran la comunidad sobre los que los jueces pueden ejercer su autoridad.

El contenido de la obligación del sujeto pasivo podrá ser de mero respeto o abstención frente a la cosa sobre la que el sujeto activo ejerce su derecho, o bien consistir en la entrega de la cosa o bien que a éste le pertenece.

Como apunta Folgado, el *ius* de Occam consiste en un poder que para los demás es deber, si no media culpa o causa justa. Nadie puede ir contra

<sup>92</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 111.

<sup>93</sup> *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 2, columna 9.

<sup>94</sup> En el mismo lugar de la nota anterior.

el derecho de los demás; en palabras del franciscano: «*nemo privandus est iure suo absque et sine culpa*»<sup>95</sup>.

Y así, como recuerda el mismo autor, el *ius defendendi et vindicandi*, que acompaña a todo derecho, se convierte en un *ius actionum* o *exceptionum* ante los jueces: *pro omne ius fori potest quis in iudicio litigare*. Todo titular tiene facultad para defender en juicio su derecho: *Quilibet ius suum positivum in iudicio prosequi litigare*<sup>96</sup>.

#### 4.6. Evolución restrictiva: hacia la relación bilateral

Se inicia aquí el principio del fin de este trabajo. Con él, como se recordará, se pretendía demostrar la inexistencia de algún obstáculo conceptual sólido para articular la peculiar estructura jurídica requerida para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en el armazón típico del derecho subjetivo, en cuanto este último se configuró como la base técnica y jurídica sobre la que se levantó la estructura de los derechos fundamentales.

Entiendo, en esa línea, que ya en el mismo origen del concepto moderno del *ius* se configura una relación de naturaleza trilateral, en la que intervienen necesariamente tres sujetos (al margen del concepto actual de relación jurídica en el que los sujetos son dos, unidos por un vínculo jurídico) y que es perfectamente apta para soportar desde el plano de la teoría jurídica el esquema técnico necesario para satisfacer adecuadamente las exigencias de los derechos económicos, sociales y culturales, la inmensa mayoría de los cuales precisan como sujeto pasivo a los particulares, situándose la autoridad pública en posición de garante entre éstos y el sujeto activo que active el ejercicio del derecho.

No existe, por lo tanto, a mi juicio, en los orígenes del derecho subjetivo determinación alguna en la configuración de éste que impida sostener, bajo su estructura conceptual, la configuración teórica y la articulación práctica de los actuales derechos económicos, sociales y culturales.

Las disonancias entre ambos conceptos no son, por lo tanto, de orden conceptual o principal, sino fruto de un devenir histórico determinado que, como en todos los casos, una vez completado su desarrollo, puede orientarse en una dirección distinta o complementaria.

El hecho de que las primeras declaraciones liberales de derechos configurasen un elenco de facultades que garantizaban al ser humano (sujeto activo) primordialmente el respeto de los demás en una serie de bienes inmateriales (vida, libertad, seguridad) cuyo principal adversario se consideraba que era el poder público (por inercia de la prevención frente al monarca absoluto) y que en dicho poder público se incardinaban precisamente los jueces y tribunales encargados de su garantía, generó y propició que una

<sup>95</sup> Ya citado en nota previa, *OND*, Cap. 61, columna 4.

<sup>96</sup> A. Folgado, *op. cit.*, pp. 121-122.

confusión práctica meramente coyuntural llegase a ser considerada como una efectiva confusión conceptual y estructural.

La burguesía liberal triunfante no necesitaba garantizarse jurídicamente frente al aparato estatal una serie de bienes y derechos materiales que sociológicamente le estaban asegurados y respecto de los que disponía de medios de distinta naturaleza para defenderlos frente a los individuos no burgueses; por lo tanto, el establecimiento de una relación bilateral entre el hombre burgués y el Estado era más que suficiente, al hacer coincidir en este último los papeles de garante y obligado en relación con el respeto y garantía de unos derechos de naturaleza formal. La *estructura* del derecho se adecuaba así al *contenido* del mismo.

El mismo enfoque se puede apreciar en Peces-Barba cuando afirma que: «lo cierto es que la idea de derecho subjetivo se impone en el mundo moderno como categoría vinculada a su creación por el individualismo burgués. Los derechos fundamentales se explicarán desde esa perspectiva. De ahí la importancia del tema, aunque también se pueden ya profetizar, las dificultades de los derechos fundamentales para salir del marco de la filosofía burguesa y para generalizarse, al existir este marco individualista de los derechos subjetivos. El problema se presentará sobre todo en los siglos XIX y XX con los derechos económicos, sociales y culturales»<sup>97</sup>.

Acierta el autor en el análisis de los problemas, y también en su diagnóstico: la naturaleza de las dificultades es esencialmente sociológica, no jurídica.

¿Cuándo y por qué se inició la deriva desde el inicial concepto occamiano? Veamos. Ya en los primeros seguidores nominalistas de Occam se aprecia un temprano interés por enfatizar el aspecto estático del derecho, su fundamentación individualista, relegando a un segundo término, cuando no ignorándolo completamente, el desarrollo dinámico del concepto, su vertiente activa generadora de la facultad de actuar en juicio frente y contra los obligados. La explicación tal vez se encuentre en la necesidad del momento de profundizar precisamente en lo que de novedad hay en el *ius* moderno, y que rompe con la tradición anterior, es decir, su impronta individual que lo hace fundamentarse exclusivamente en el sujeto titular del mismo. La vertiente dinámica se acomodaba mejor con la antigua concepción del derecho como equilibrio y relación entre dos o varias partes y, en consecuencia, no parecía necesario insistir en ella. Lo que ocurrió fue que, a fuerza de analizar y destacar sólo el aspecto de la fundamentación individual, éste acabó por asumir la práctica totalidad de un concepto del que, en principio, no era sino un elemento (y desde luego no el más importante en orden a los efectos perseguidos por el franciscano que elaboró su teoría).

Así, Juan de Gerson (1363-1429), seguidor de Occam, obispo de Puy, nominalista y padre del galicanismo en Francia, formula una definición del *ius* en la que destaca el elemento fundamentador del derecho, omitiendo

<sup>97</sup> G. Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982, p. 198.

cualquier mención expresa a la posibilidad de su defensa y vindicación en juicio, describiéndolo como «Poder o facultad actual atribuida a alguien por dictamen de la recta razón» (*ius est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*)<sup>98</sup>. Bien es cierto que la referencia a la «potestad activa» pudiera entenderse en un sentido procesal, como actualización del poder en que el derecho consiste mediante su ejercicio, pero de forma en todo caso indirecta y alejada de la clara y principal expresión contenida al respecto en la formulación de Occam.

Conrado Summenhart (1450-1502), doctor y decano de la Facultad de Teología de la Universidad de Tubinga, que aunque formalmente adscrito a la *vía antigua*, recibe y acusa las influencias nominalistas, considera al *ius* como: *Potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*<sup>99</sup>. Como se puede apreciar, aquí desaparece ya cualquier referencia, siquiera indirecta, a la vertiente activa del derecho para su actualización mediante su ejercicio ante los tribunales. Sólo posteriormente, en el estudio más detallado del derecho, y en la tradicional consideración de éste como relación, afirma la existencia de un término remoto y un término próximo; el primero será la cosa o realidad sobre la que el poder se ejerce, constituyendo el término próximo las acciones o excepciones que el sujeto puede ejercer. Pero estas disquisiciones se operan en el análisis del contenido del *ius*, no en su definición.

Curiosamente, fue Juan Driedo (1480-1520), tradicionalista y catedrático de teología en la Universidad de Lovaina, quien hizo por estas fechas más referencias al aspecto dinámico del *ius*, al afirmar, de forma un tanto imprecisa, eso sí, que el derecho puede definirse como poder o facultad de uno sobre otro: *esse potestatem unius super alium*<sup>100</sup>, señalando que el contenido de todos los derechos está formado, por el conjunto de facultades y acciones que a cada uno le es dado ejercer en ellos y que constituyen su medida: *in unumquodque horum quisque tantum habet iuris quantum actionis circa illud fas est sibi exercere*<sup>101</sup>.

Pero sería Juan Mayr, el último de los grandes maestros nominalistas como arriba señalábamos, quien, además de caer en la confusión de planos apuntada más arriba y que le hizo llegar a negar en un primer momento la existencia de toda relación en el concepto moderno del *ius*, afirmó respecto del derecho de propiedad que: *dominium rei vel est res ipsa rem ipsam possidens*<sup>102</sup>, llegando así a identificar el derecho bien con la misma cosa poseída o bien

<sup>98</sup> Extraída por Folgado de la recopilación de la obra de Gerson, *Opera Omnia*, editada en París en 1521, en la tercera parte, tratado *De vita spirituali animae, Lectio III*, folios 323-325, en los que se contiene su doctrina sobre el derecho.

<sup>99</sup> Su teoría sobre el derecho la expone en la *Quaestio prima*, de su obra *De contractibus*. Folgado sigue la edición de Hagenau, 1515; estudiando los folios 47 a 50.

<sup>100</sup> En el Libro III del tomo cuarto de su Tratado *De libertate Christiana*, Lovaina, 1553, según Folgado en el Capítulo I, folio 9.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> «El derecho es, o la misma cosa poseída, o el sujeto posidente». In *Quartum Sententiarum, quaestiones utilissimae*, París, 1516, 15, 1.º, folio 73, columna 4. Citado por Folgado.

con el propio sujeto poseedor, definición ésta en la que desaparece por completo cualquier referencia a la actualización procesal del derecho.

Con estos epílogos nominalistas se inició la reducción bilateral del concepto del *ius* en el ámbito teórico. El desarrollo dogmático posterior y la subsiguiente aplicación histórica del mismo serán objeto de estudio y análisis en un trabajo posterior.

## V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A modo de colofón, se pueden apuntar las siguientes conclusiones de carácter provisional, a reserva de su inclusión en un estudio posterior que las encuadre adecuadamente en el proceso histórico que finaliza con el estallido de las revoluciones liberales; momento en el que, en su caso, podrán ser elevadas a definitivas si los hechos y el lector así lo permiten.

*Primera:* Los conceptos, tanto los filosóficos como los jurídicos, no son entes contingentes dotados de propiedades físicas mensurables y, por lo tanto, de existencia incontestable<sup>103</sup>; su estudio no corresponde al ámbito de las ciencias de la experimentación, sino a las que curiosamente se ha dado en llamar de la «comprensión»; y ello es así porque ésta es precisamente la función propia de un concepto, la de comprender la realidad, actuando como un hito que sirve para ordenar el caos real o aparente de nuestro entorno, en virtud de un criterio organizador novedoso que seguidamente se aplicará para ajustar los elementos aislados al esquema general que el nuevo concepto ha definido, consiguiendo así la consolidación de la teoría, de la hipótesis organizativa, mediante la simple aplicación de la praxis que la propia teoría genera.

*Segunda:* En los tiempos de confusión política, religiosa, filosófica y social en los que a Occam le tocó vivir, se precisaba de un nuevo concepto que permitiese superar los esquemas de un pensamiento agotado, incapaz de organizar la sociedad según las incipientes demandas que la evolución socioeconómica generaba, y que permitiese ofrecer nuevas pautas de organización favorables para el desarrollo y desenvolvimiento de las nuevas técnicas de producción económica y de las distintas estructuras sociales que de la misma se derivaban. Reproduce Gallego unas consideraciones de MacIntyre muy ilustrativas a este respecto:

«No es sorprendente que, como los conflictos entre las jurisdicciones rivales y las formas rivales de reglas, dentro de la Iglesia, entre la Iglesia y el Estado, entre las ciudades-estado y el emperador, entre las naciones-estado monárquicas, y entre los órdenes dentro de los estados, no sólo multiplican sino que producen sus propias apologéticas teóricas, esta anterior apelación a la justicia quede desplazada por la primacía dada a las apelaciones

<sup>103</sup> En esta línea, señala Juan Ramón de Páramo: «los conceptos surgen de convenciones acerca de cómo clasificar los objetos de la realidad, convenciones que pueden variar y que están determinadas por necesidades humanas en el proceso de comunicación», *op. cit.*, p. 367.

a los derechos. Desde muy a comienzos del siglo XIV, *ius* ha llegado a entenderse, al menos por algunos, como una *facultas* por la que toda criatura tiene derecho a ejercer sus capacidades de ciertas maneras<sup>104</sup>.

Comenzaba el principio del fin de la organización corporativa de la producción, del predominio de la propiedad de la tierra como valor económico, del estancamiento social y comercial, de las pretensiones de dominación territorial por parte de instituciones superiores como el Imperio o el Papado, de la sacralización del «justo precio» como criterio de cambio.

Se alboreaba el surgimiento de «beneficio justo» como nuevo motor del intercambio comercial, del predominio económico de la propiedad inmobiliaria, de la ampliación del ámbito del espacio comercial con el desarrollo espectacular de las técnicas de construcción naval, del afianzamiento del poder territorial de los estados-nación, del empuje de la producción capitalista, del antropomorfismo, del humanismo, del individualismo<sup>105</sup>.

Y en esta nueva época se muestra inoperante como criterio de ordenación social el concepto del derecho como equilibrio, como justo medio, y se hace precisa la elaboración de un nuevo concepto de derecho, que responda a la idea de derecho como «poder», y más concretamente de derecho como «poder individual». Y éste fue precisamente el concepto que, probablemente ajeno a todo su despliegue potencial, elaboró y puso en circulación Guillermo de Occam (curiosamente, como ya se ha dicho más arriba, desde una perspectiva negativa, para defender el privilegio de no poseer ninguno) y con tal éxito que, asumido y aceptado por los operadores relevantes del ámbito social al que se dirigía, se convirtió en uno de los dos conceptos básicos del derecho moderno (al que tardaría tres siglos en unirse el de *ley general* para completar los pilares del edificio jurídico de la modernidad), sirviendo posteriormente de base teórico-formal para la elaboración de uno de los conceptos jurídicos claves en el proceso liberalizador —de lucha por la dignidad en palabras de José Antonio Marina<sup>106</sup>— de la humanidad: el de los *derechos fundamentales*.

*Tercera:* El encaje dinámico de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del concepto subjetivo que sirve de matriz a la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no tiene por qué presentar dificultad conceptual alguna: la relación trilateral de los derechos, que se perfila como la más adecuada para la exigencia de derechos de contenido económico frente a los particulares, ya fue perfectamente configurada, salvando todas las distancias que se quiera, por Occam hace más de seis siglos al formular su concepto de *ius*.

<sup>104</sup> A. MacIntyre, *Tres versiones de la Ética*, Rialp, Madrid, 1992, pp. 209-210.

<sup>105</sup> Con carácter general puede examinarse al respecto H. J. Lasky, *El liberalismo europeo*, FCE, México, 1988, pp. 11 a 75.

<sup>106</sup> J. A. Marina, *El vuelo de la inteligencia*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2000, pp. 162-163.



## VI. CODA

Antes de finalizar este trabajo quisiera permitirme una digresión que considero sugerente. La exposición anterior me remite a una serie de similitudes significativas con los tiempos que nos ha tocado vivir. Si el nominalismo filosófico pretendía, a la postre, «salvar» a Dios de la necesidad de crear las cosas según unas ideas o esencias universales previamente existentes, garantizando así el predominio de la voluntad divina como agente creador sobre lo creado; tal vez nos encontremos en el momento en el que sea preciso elaborar una doctrina que postule (y consiga en la medida de lo posible), salvar al hombre de la necesidad de vivir y actuar según unos nuevos universales previamente «existentes» que determinan su proyecto vital, tales como las leyes económicas *naturalmente* orientadas a la consecución del máximo beneficio empresarial, el *inevitable* ajuste de los trabajadores a la obtención de la máxima competitividad de las empresas mediante el estancamiento o reducción de sus salarios, la limitación de sus derechos, o pura y simplemente la supresión de su derecho a trabajar para garantizar el ajeno derecho al beneficio. Tal vez sería necesario, reitero, intentar elaborar y formular una nueva doctrina «nominalista» que descubriese la verdadera naturaleza artificial, de pura *nómina*, de algunas de las realidades que se nos presentan como esenciales y necesarias.

Curiosas son asimismo las similitudes sobre las tensiones de los poderes territoriales que pueden detectarse en el siglo XIV y en nuestros días, pero ello sólo me limito a apuntarlo, emplazándome para su desarrollo en otro lugar y otro momento.

## NOTA FINAL

El presente trabajo tiene carácter preparatorio de una tesis doctoral dirigida por el catedrático de Filosofía de Derecho Rafael de Asís Roig en el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, a quien el autor expresa su gratitud y consideración.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- BROWN, Peter, *Agustín de Hipona*, Ed. Acento, Madrid, 2001.
- CANALS, F., *Historia de la Filosofía Medieval*, Ed. Herder, Barcelona, 1992.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho común español, civil y foral*, t. I, vol. 2, Marcial Pons, Madrid, 1982.
- DÍAZ-OTERO, Eduardo, y OLIVAS, Enrique, *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*, Dykinson, Madrid, 1997.

- DWORKIN, R., «Rights as Trumps», en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press.
- ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen.
- FEINBERG, J., *Rights, Justice and the Bonds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, t. III, Ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 1991.
- FOLGADO, Avelino P., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos juristas españoles del siglo XVI*, Escorialensium Utriusque, San Lorenzo del Escorial, Universidad María Cristina, 1960.
- GALLEGO, Elio A., *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis, *El Poder y la palabra. Idea de Estado y vida política en la cultura europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., *Meditaciones sobre la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963.
- HERVADA, J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1951.
- HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, G. Carrió (trad.). Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- IHERING, R. V., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung*, Leipzig.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979.
- LAPORTA, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 73-46, 1987.
- LASKI, Harold J., *El liberalismo europeo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milán, 1996.
- MACCORMICK, «Chikdren's Rights: A Test Case for Thoeries of Right», *ARSP*, 62, 605-17.
- MAC INTYRE, A., *Tres versiones de la ética*, Ed. Rialp, 1992.
- MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1972.
- MARINA, José Antonio, *El vuelo de la inteligencia*, Debolsillo, Barcelona, 2000.
- MOTORO, Alberto, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Universidad de Murcia, 1983.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- OCCAM, Guillermo de, *Sobre el gobierno tiránico del Papa*, Tecnos, Madrid, 1992.
- PÁRAMO, Juan Ramón de, «Derecho subjetivo», en *El Derecho y la Justicia*, Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- PECES-BARBA, G., y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I: *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.
- PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- PLATÓN, *Diálogos*, tt. I, II y V, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.

- PRIETO, Fernando, *Manual de Historia de las Teorías Políticas*, Unión Editorial, Madrid, 1996.
- ROMMEN, H., *La teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco de Vitoria*, Madrid, 1951.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 2 volúmenes, Alianza Universidad, Madrid, 1989.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Ed. Montchretien, París, 1968.
- «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Seize essais de Philosophie du droit*, Ed. Dalloz, París, 1962.
- *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, París, 1952.
- *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Domat-Montchretien, París, 1945.
- ULLMANN, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a M.