

DE LA ARQUEOLOGÍA A LA RENOVACIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICA: LA RECUPERACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE DERECHO

FROM LEGAL ARCHAEOLOGY TO THE RENEWAL OF LEGAL THEORY: THE RECOVERY OF THE CLASSIC NOTION OF RIGHT

Patricia Santos Rodríguez
Universidad San Pablo CEU

Resumen: *Este estudio se centra en la identificación del autor y las obras que recuperaron la noción clásica de derecho en el contexto iusfilosófico contemporáneo. Esta contribución está precedida por un estudio historiográfico sobre la noción clásica del “iustum” y la noción moderna de derecho subjetivo; se concluye con un análisis crítico del alcance de estas dos figuras en la Teoría jurídica actual.*

Palabras clave: *derecho subjetivo, “iustum”, historia del Derecho, Louis Lachance, Tomás de Aquino.*

Abstract: *This study contributes to identify the author and the works which truly recovered the classic notion of right in the contemporary legal philosophy. This contribution is preceded by a contextual historical analysis framing the loss and transformation of the classic notion “iustum” into the modern notion of “subjective right”; it concludes with a critical analysis of these two concepts within the current legal theory.*

Key words: *subjective right, “iustum”, history of law, Louis Lachance, Aquinas.*

1. ALCANCE HISTÓRICO DEL SUBJETIVISMO JURÍDICO Y DE LA TRADICIÓN JURÍDICA CLÁSICA

Las dos perspectivas jurídicas que planteamos como origen del derecho no son fruto del momento. Cada una refleja –con sus presupuestos antropológicos y metafísicos, su noción de derecho, su método de aplicación y de interpretación– el peso de una tradición específica (la antigua o clásica, y la pre-moderna nominalista). Cada una ha desarrollado ramificaciones diversas y cuenta con innumerables exponentes. Sus respectivos períodos de consolidación y expansión, y sus procesos de evolución llegan hasta hoy. Esta forma de progresión característica del pensamiento filosófico muestra un panorama teórico jurídico del siglo XX casi caleidoscópico, y siempre interesante. La época contemporánea del pensamiento jurídico se caracteriza, en la práctica, por el funcionamiento, la pervivencia tanto de conceptos como instituciones y hasta la creación de distintas fórmulas jurídicas heredadas de unos y otros planteamientos. La razón del presente estudio es mostrar la recuperación sistemática y esencial de la noción clásica de “*ius*” efectuada en los inicios del siglo XX.

Volviendo a nuestro punto de partida, una de las formas posibles de comprender el origen del derecho consiste en considerarlo como una operación intelectual de “ajuste” o medida entre lo que se deben las partes implicadas. Básicamente, éste es el planteamiento que nutre la tradición clásica y que contempla el derecho como un todo medido y referenciado por la relación de deber surgida con otro/s, siendo la justicia el corolario de su cumplimiento. El segundo planteamiento del que se hablaba al inicio considera que la voluntad del sujeto está en el origen del derecho, siendo éste una facultad legítima de hacer o no hacer algo. El valor primordial de esta postura es la libertad humana como referencia jurídica última.

La primera postura se enmarca en la tradición clásica, cuyos orígenes enlazan con el pensamiento griego de la época Antigua (concretamente aparecen alusiones en los pitagóricos Teages de Crotona, Metopos de Metaponte, Clinias de Tarento, Aresas de Lucania); posteriormente queda preparada en el pensamiento de Platón, y es desarrollada especialmente por Aristóteles¹. Esta noción será recogida por filósofos y juristas romanos (Séneca, Ulpiano, Paulo, Celso)² y destaca con fuerza en la obra de Cicerón³. Continúa presente en la tradición cristiana desarrollada por los padres de la Iglesia, (como Lactancio, San Ambrosio, Tertuliano y san Agustín)⁴, y vuelve a cobrar protagonismo en

¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, nn. 1129^a-1138^b, edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales. 2002.

² Cfr. F. SENN, *De la justice et du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1927, pp. 10-11, 26-38; 41-47.

³ Cfr. CICERÓN, *De Officiis*, Madrid, Gredos, 1945, libro II, cap. XII, 42, p. 36: “*ius enim semper quæsitum est æquabile, neque aliter esset ius*”.

⁴ Cfr. F. SENN, *op. cit.*, pp. 47-52.

el pensamiento de santo Tomás de Aquino⁵. Esta tradición alberga el origen del iusnaturalismo. Lo típico de esta perspectiva es su remisión a la naturaleza de las cosas como patrón o medida del derecho y de la ley, por referencia al ser de las cosas y a los fines inscritos en ese ser de las cosas (se trata de un planteamiento causalista y teleologista del derecho). Estos aspectos tienen valor ejemplar y normativo para las cosas, son los aspectos que integran p.e., la ley y el derecho naturales. El iusnaturalismo no separa el “deber ser” del “ser”: el “deber ser” es una consecuencia lógica, inscrita en el “ser”. La moralidad es nota indiscutible –por intrínseca– del *ius suum*. El carácter obligatorio de una relación jurídica surge por consideración de la propia realidad que la sustenta. La noción de *iustum*, es la fundamental y su contenido se concreta como “quantum” determinado y debido a otro.

Dicho esto, es imposible obviar que dentro del iusnaturalismo han existido y existen numerosas posiciones intelectuales, muchas de las cuales han intentado dialogar con planteamientos de fundamentación jurídica diversa, o explicar su propia fundamentación jurídica desde planteamientos cuanto menos divergentes de la tesis originaria acerca de lo justo. Los mencionamos aquí conscientes de las grandes diferencias de todos ellos, y conociendo que algunos de ellos podrían estar a caballo entre las dos tradiciones, bien dentro de la escuela clásica por su búsqueda del derecho natural, bien dentro de la escuela voluntarista por su fundamentación jurídica. Si bien es claro que la noción de derecho como fruto de la razón se enmarca dentro del iusnaturalismo clásico, no todos los iusnaturalismos comparten este planteamiento fundante del derecho.

La enumeración sólo pretende poner de manifiesto dos cuestiones: la primera, evidenciar la presencia permanente de la comprensión del derecho natural aun desde perspectivas divergentes; la segunda, el oscurecimiento y olvido paulatino del derecho como la medida debida a otro, accesible y exigible a todos por argumentos de razón. Procede así un breve itinerario histórico de las diferentes percepciones y contribuciones iusnaturalistas más relevantes desde Aquino en adelante: la Escuela de Salamanca, (con autores como Báñez, Soto, Molina, Vitoria, Martínez de Prado, Vázquez de Menchaca), Suárez, Grocio, Pufendorf, Leibniz, Thomasius, Wolff; las posturas iusnaturalistas vinculadas a escuelas históricas del derecho, como la escuela del *mos italicus*, Domat y Pothier; referencias iusnaturalistas en relación con el Common Law (en la obra de Coke o diversamente pero también relacionada con Blackstone), así como apariciones puntuales en reacciones frente al positivismo formalista en autores como Gierke, Ihering ó Kirchmann; también en los siglos XIX y XX encontramos autores iusnaturalistas (académicos y/o teólogos) en Europa y Sudamérica como Taparelli, Toscano, Olgiati, Biavas-

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theol.*, II-II, q. 57 a. 4 ad 1: “Ad primum ergo dicendum quod ad iustitiam pertinet reddere ius suum unicuique, supposita tamen diversitate unius ad alterum...” <http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html> (consultado el 8 septiembre 2015).

chi, Finestres, Mayans, Marín y Mendoza, Rodríguez de Cepeda, González de Castejón, Ceferino González, Meinvielle, Urráburu, Mendive, Mendizábal Martín, Sancho Izquierdo, Derisi o Messner. Podemos recordar aquí las contribuciones norteamericanas de Cahn o Bodenheimer. A inicios del siglo XX surgen interpretaciones renovadoras del iusnaturalismo clásico tomista por autores como Gény, Senn ó Villey en Francia; Lottin, en Bélgica; Konnick y Lachance en Canadá, Brunner ó Brecht en Alemania. En otras ocasiones la perspectiva iusnaturalista acompaña cierta asimilación de algunos temas del Derecho o de la Filosofía de la época contemporánea: Renard (institucionalismo), Verdross (derecho internacional), Kantorowicz (derecho libre), Stammler (neokantismo), Del Vecchio (neofichteianismo), Maritain (personalismo), Fechner (psicología), Coing (valores), Jaspers ó Maihofer (existencialismo).

Si bien el uso de la noción de derecho subjetivo cuenta hasta con vestigios en el Derecho romano clásico, desde el punto de vista de la construcción teórica y sistemática de esta noción de derecho, nos inclinamos a situarlo en la época del nacimiento del nominalismo y adscribir su autoría a Guillermo de Ockham, como una noción surgida en la polémica nacida en el seno de la orden franciscana a inicios del siglo XIV, liderada intelectualmente por este autor en su obra *Opus nonaginta dierum* a petición del General de la Orden franciscana, Miguel de Cesena⁶ Este origen nominalista de la aparición de la noción de derecho como una facultad subjetiva, emplazada en la voluntad, ha sido ampliamente discutido por la doctrina⁷.

⁶ Cfr. entre otros, A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, San Lorenzo de El Escorial, Pax Juris. Escorialensium Utriusque Studiorum Scerpta, 1960, pp. 96-147 y F. CARPINTERO, en AA. VV. *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 69-71.

⁷ Autores del siglo XX se debaten a favor y en contra de la influencia de Ockham en el nacimiento del derecho subjetivo. Dada la amplitud de la bibliografía en este punto, no es posible ni procede una lista exhaustiva, sino sólo referencias principales. Autores que comparten la convicción del protagonismo de Ockham son citados por B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Michigan/Cambridge, UK. Eerdmans Publishing, 2001, 2ª ed., p.14, nota a pie núm.5: G. Lagarde, L. Strauss, H. Rommen, M. Villey. Y en la p.118, nota a pie núm.50: J. Finnis, D. Compostá. Comparten esta misma opinión: L. DUMONT, *Essays on Individualism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1986, pp.62-66 y M. P. GOLDING, "The Concept of Rights: a Historical Sketch", en B. BANDMAN (ed.), *Bioethics and Human Rights*, Boston, Little and Brown, 1978, pp.44-49. En España, favorable a esta convicción en torno al origen histórico del derecho subjetivo es D. MEDINA MORALES, *El derecho subjetivo en Hans Kelsen*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 150-167. F. CARPINTERO, *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino y los otros escolásticos*, Madrid. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, UCM. 2004, pp. 241-258. Otros autores se pronuncian en sentido contrario: B. TIERNEY, op. cit., pp. 93-206, y Ch. Zuckerman. Cfr. *Ibid.*, p. 32. M. Díaz Cruz sitúa el origen histórico en el siglo XVIII, en las constituciones de independencia de los Estados americanos y de Francia, Cfr. M. DÍAZ CRUZ, *La doctrina del derecho subjetivo*. (En pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales), Madrid, Instituto editorial Reus, 1947, pp.7-14; E. LUÑO PEÑA, "Moral de la situación y derecho subjetivo", Discurso inaugural del año académico 1954-55, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1954, pp. 139-141, reconoce el origen histórico a Juan Hispano [1185] en la "Summa Lipsiensis" que emplea el término para designar la fuerza obligatoria del derecho, y su posterior consignación se debe a Luis de Molina. En otro sentido, si bien reconociendo cierta

El nominalismo supuso una quiebra en la concepción que los hombres habían mantenido hasta entonces acerca de la realidad y también del derecho. Ockham abre paso a otra articulación sistemática de un tipo de derecho constituido por potestades y facultades individuales para actuar lícitamente: “Lo inmutable (que viene establecido por la Voluntad Omnipotente de Dios), no nos causa daño; lo justo, es lo que no está prohibido o está permitido”⁸. El contenido de lo justo ya no viene determinado por un ajuste o una medida dada por la razón, sino por dos hechos extrínsecos: el estar impuesto por Dios (voluntad divina: lo justo es de derecho divino) y/o estar impuesto por la ley humana (lo no prohibido, lo que causa beneficio, lo que no daña la caridad). Esta justicia queda referenciada a una valoración sólo subjetiva (qué es, quién y cómo se determina el beneficio, ídem con el daño y la caridad; cuánto debería retribuirse) que con el tiempo irá desvinculándose de la remisión a la ley divina (por la propia evolución histórica, jurídica y política de los Estados y del derecho, al margen de la teología católica y por la propia naturaleza de la sociedad contemporánea, cada vez más global y multicultural).

De esta manera cada hombre aparece legitimado –siempre que la ley no lo prohíba– para obrar absolutamente a su libre albedrío, con prevalencia y anterioridad a cualquier otra noción de “la medida o lo debido a otro”. Se introduce y legitima así la idea de libertad sobre la de justicia, la noción de subjetividad y de voluntad frente a la del derecho; el dominio se convierte en el derecho por excelencia, siendo éste un derecho subjetivo, en su planteamiento, en su origen y en su aplicación. Los derechos subjetivos son una dimensión de la libertad moral del sujeto que la ley funda e introduce como derechos⁹. El derecho ha pasado de ser una categoría relacional, de equilibrio, por así decirlo, a otra individual, menos limitada en su alcance, al menos como punto de partida. Este nuevo planteamiento resulta más permeable a la influencia de planteamientos filosóficos posteriores, como el racionalismo y el positivismo.

No es posible negar la evidente utilidad de la categoría jurídica del derecho subjetivo (como queda evidenciado en el Derecho Internacional, Constitucional, Procesal y Civil, por citar los campos donde ha tenido mayor desarrollo dogmático). Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría general y de la filosofía iusnaturalista, estamos ante una categoría casi troyana para el modelo clásico. De hecho, fue tal su aceptación en la práctica, que puede decirse que el derecho subjetivo llegó a sustituir a la noción clásica no sólo en las mencionadas materias de derecho positivo sino también en el iusfilosó-

influencia a Ockham pero cediendo el protagonismo a Fernando Vázquez de Menchaca, *Cfr.* F. CARPINTERO, *op. cit.*, pp. 13-17, 100-106. Véase el análisis de Suárez en A. DE ASTS, *Manual de Derecho Natural*. Vol. I, Granada, Urania, 1963, p. 40, 312 y ss.

⁸ OCKHAM, *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 66 (La traducción es nuestra) “Fas est, id est de jure divino licitum est. Quod est immutabile, est quod ubi aliqui mihi prodest et tibi non nocet, æquum est ut me non prohibeat...”. A. FOLGADO, *op. cit.* *Cfr.* pp. 104-146.

⁹ *Ibid.* pp. 145-146.

fico y, en el colmo de la paradoja, dentro del iusnaturalismo. Admitiendo la utilidad y el uso expansivo del nuevo concepto subjetivo de *ius* en el derecho civil, el procesal o el constitucional, o incluso en la teoría del derecho, no vemos pacífica en absoluto la cuestión de su admisión por el iusnaturalismo como nuevo fundamento del mismo. Admitir en ese lugar al derecho subjetivo supone vaciar de sentido la tesis del iusnaturalismo clásico que sostiene la moralidad del derecho, por ser el propio derecho “la cosa justa”, “la cosa debida a otro en virtud de cierta igualdad”.

La subjetivización de la justicia es el inicio de su fin: supone retirar la balanza y la venda de sus ojos para situar el juicio, la sentencia y la fuerza de lo debido en otras coordenadas: las de la fuerza, la dialéctica, la retórica o los puros intereses, lo que sea. La pregunta ¿de qué hablamos cuando hablamos de iusnaturalismo? y sus confusas respuestas (al menos desde el punto de vista historiográfico) no debe extrañarnos. Junto a otras posibles explicaciones de tipo político, religioso y social, debe considerarse en primer lugar la adopción y sustitución del “*iustum*” clásico por el derecho subjetivo, sustitución protagonizada por quienes hubieran debido defenderlo. ¿Negamos espacio al derecho subjetivo dentro del iusnaturalismo? No es esa nuestra tesis; el derecho subjetivo tiene un lugar en el iusnaturalismo, como lo tiene en la teoría del derecho, pero no el que la historia le ha dado. Mantenemos la propia función de cada uno y su lugar específico, pero no su simbiosis. Volveremos sobre esto en las conclusiones del este trabajo.

Veamos la evolución, su gradual aceptación y uso por parte de la escolástica española. Nos referimos a este grupo por tratarse de los herederos de la tradición clásica y transmisores de la misma en aquel período histórico concreto. No todos asumieron de igual manera este nuevo modo de entender el derecho, y cabe distinguir interesantes matices entre ellos. En este sentido, destacamos la figura de Juan Martínez de Prado¹⁰, quien admite varios significados para el derecho, el primero en sentido clásico como “*ipsam rem iustam*”; el último, en sentido subjetivo, como “potestad legítima de obtener una cosa, o cualquier otra función, o cuasi función; cuya violación constituye injusticia”, y lo aplica al patronazgo, al derecho a percibir los diezmos y al derecho de primogenitura. Y también Luis de Molina quien parece admitir dos significados, uno como justo medio y objeto de la justicia, citando al Aquinate¹¹: “*quod æquum [...] consistitque in medio ex natura rei comparatione*

¹⁰ J. MARTÍNEZ DE PRADO, *Theologiæ moralis quæstiones præcipuæ*. Tomus Secundus. Caput XVI, quæstio prima. Compluti in Collegio Sancti Thomæ, Fr. Didacus García, 1656. Folios 4 – 5: “potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquam functionem, vel quasi functionem; cuius violatio iniuriam consistit”.

¹¹ L. DE MOLINA, *De iustitia et iure*. Tomus Primus. Disputatio II, “De variis iuris acceptionis in qua sit obiectum iustitiæ”. Moguntiae, 1659. Col. 7, num. 3. Traducimos: “Lo justo se constituye como medio a partir de la naturaleza de la cosa, por comparación y equidistancia entre un más y un menos”.

& proximi inter plus & minus”, y otro como facultad¹²: “*Aliæ iuris acceptiones. Nempe pro facultate, potestateve quam ad aliquid homo habet: quo pacto dicimus, aliquem uti iure suo*”.

El progresivo desplazamiento del concepto clásico de derecho y la acomodación en su lugar por el concepto de derecho subjetivo en la época renacentista aparece por distintas vías. Vázquez de Menchaca apoya esta nueva comprensión del derecho. Para este autor concretamente, el “*ius*”, consiste en el mandato de un superior dirigido a un inferior¹³. Llama la atención cómo en las *Illustrisimas Controversias*, apenas aparece (ni se define) la palabra “*ius*” o “*iustitia*”. En todo caso la palabra que aparece es “*iure*”, referida al derecho divino, en cambio sí que aparece todo un análisis de la potestad del príncipe (legitimidad, capacidad de obligar, ejercicio mediante la ley), su potestad de disputar, sus límites¹⁴, referencias al derecho en las relaciones entre padres e hijos, o la advertencia que ha de hacerse al hermano en peligro o al socio que pone en peligro el patrimonio¹⁵. Abundan referencias a la “*iurisdictio*”, al dominio, y a la libertad natural del hombre¹⁶. La noción clásica parece inspirar su teoría política y jurídica, pero ya no se menciona explícitamente. Aparece en cambio una fuerte connotación voluntarista a la hora de aplicar la noción de derecho.

Destaca Francisco Suárez por ser quizá quien más claramente sustituye el término clásico por la noción moderna, adoptando una clasificación que se enseña y extiende en el ámbito académico: el “*ius praeceptivum*” (derecho divino, derecho objetivo) y el “*ius dominativum*” (derecho que procede de la ley, derecho subjetivo)¹⁷. En todo caso parece evidente que Suárez incorpora el derecho subjetivo dentro de su teoría general del derecho, llegando a hacer de ella el nuevo contenido del “*iustum* clásico”¹⁸: “Y conforme a la última y estricta significación del *jus*, suele llamarse con propiedad *jus* o derecho a cierta facultad moral, que cada uno tiene, acerca de lo suyo o de lo debido a sí; y así, el dueño de una cosa dice que tiene derecho en la cosa, y el operario se dice que tiene derecho al salario, por razón del cual derecho se dice que es digno de su paga”. Añade que esta significación es frecuente no sólo en el Derecho, sino también en la Escritura y distingue “derecho en la cosa y a

¹² *Ibid.*, Col. 7, num. 4. Traducimos: “Otras acepciones de derecho. facultad o potestad que se tienen hacia otro hombre: a causa de un pacto decimos que se tiene derecho al uso y disfrute de algo”.

¹³ F. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controuersiarum illustrium aliarumque vsu frequentium libri tres*. (Libro I). Venecia. Editado por Francisco Rampazetto, 1564.

¹⁴ *Ibid.*, Caps. I-IV y Cap. XV.

¹⁵ *Ibid.*, Cap. XVI.

¹⁶ *Ibid.*, Cap. XVII. Pej. el dominio parece ser la facultad jurídica por excelencia que permite hacer todo lo que se quiera que no esté prohibido por la ley: “est enim naturalis facultas eius, quos facere libet, nisi quid aut iure prohibeatur”.

¹⁷ F. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*, vertido al castellano por D. Jaime Torrubiano Ripoll, Tomo I, Madrid, Reus, 1918. pp. 31-48.

¹⁸ *Ibid.*, p.35.

la cosa". En otro momento Suárez afirma¹⁹: "aquella acción o facultad moral que cada uno tiene a su cosa o a cosa que le pertenece de algún modo, se llama *ius*, derecho, y él parece que es objeto de la justicia".

El olvido y ocaso de la noción clásica de derecho se produce a partir de la época moderna dentro del iusnaturalismo, y fuera de él. Insignes autores del iusnaturalismo racionalista protestante –Grocio, Puffendorf, Feltmann, Thomasius– manejarán la noción de derecho subjetivo así transmitida por buena parte de la escuela de Salamanca y los nominalistas. La tesis de los derechos innatos del hombre es una de las grandes aplicaciones de esta noción ampliamente acogida por los ideólogos de la Declaración de independencia de los EE.UU., las constituciones de estos nuevos Estados y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano otorgada en París tras la Revolución Francesa. Por otra parte, el binomio de origen suareciano, "derecho objetivo-derecho subjetivo" (refiriéndose el primero más bien al derecho escrito), ha encontrado un lugar de referencia en la teoría del Derecho hasta hoy. En el siglo XX el binomio es recogido por Kelsen y continúa vigente en numerosas obras académicas de teoría general del derecho, así como en abundante legislación codificada de distintos países.

2. FOSILIZACIÓN JURÍDICA O RENOVACIÓN: LA DISYUNTIVA IUSNATURALISTA EN EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Hasta aquí nuestro análisis histórico del oscurecimiento y desuso de la noción clásica de derecho y su sustitución por el concepto de derecho subjetivo. En la práctica, el derecho sigue acompañando la vida de los hombres. No podemos desconocer la incidencia de los factores históricos y políticos, como la experiencia devastadora de los totalitarismos colectivistas aparecidos en distintos lugares y momentos –comunismo, nazismo y fascismo– legitimados en el seno de legislaciones positivistas; colectivismos cuya expansión culmina en experiencias bélicas de primera magnitud (I Guerra Mundial, Revolución rusa, II Guerra Mundial, Revolución china, por no citar sus actuales secuelas en países satélites). Los horrores de las guerras condujeron la reflexión de la comunidad internacional y de innumerables filósofos y juristas hacia el valor de la paz y la necesidad de reconocer "algo más allá" de la estricta letra de la ley, propiciándose así el resurgir del derecho natural, y la revisión de su fundamentación. Hay un cuestionamiento teórico general que prepara la recuperación del "*iustum*" perdido²⁰.

Esta recuperación del derecho natural en pleno siglo XX pone de manifiesto la existencia de un orden añorado y un orden próximo al hombre, más allá de las normas positivas. Las nociones clave, evocadoras de este orden,

¹⁹ *Ibid.*, p.36.

²⁰ L. RECASENS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, p. 21.

son, sin duda, las de “naturaleza” y “*iustum*”. Distintos movimientos iusnaturalistas del siglo XX comparten ciertos planteamientos de fondo, cuyo acento se gradúa según sus peculiaridades. Es posible apreciar un movimiento general de “desnormativización”, una remisión a la metafísica como fundamento del derecho natural, un intento de precisar el significado de la “naturaleza humana”, junto a un reconocimiento de dimensiones esenciales del ser humano y de su dignidad como valor supremo del derecho. Asimismo, en la labor de interpretación y aplicación del derecho positivo, propio de la jurisprudencia y la legislación, se procede al empleo de la lógica propia de la prudencia, dispuesta a observar la realidad y a hacer las rectificaciones necesarias cada vez²¹.

El reconocimiento de estos elementos conduce a reconocer la existencia de un orden y una estructura inmanente a las situaciones, una naturaleza de las cosas y del hombre que debe ser respetada y alentada desde el derecho²². Se toma la naturaleza como valor no sólo descriptivo, sino normativo, al modo clásico: “Aristóteles saca de la naturaleza, de la observación de las cosas, un derecho, “*dikaion physikón*”, y es que el contenido de la naturaleza clásica es más vasto que el que los modernos le reconocen (pura causalidad material y eficiente)²³”. Fruto de esta búsqueda de “lo justo” debido en cada caso, se produce el resurgir del derecho natural: en forma de búsqueda de ese fondo de justicia encerrada en el “*iustum*”, con independencia de la existencia de normas que lo reconozcan y de su tenor²⁴.

Enmarcado en este contexto general, hemos de destacar, sin embargo, la contribución teórica de un autor cuya obra asume el reto intelectual de distinguir, definir y sistematizar la noción clásica de derecho a inicios del siglo XX. Pensamos que este hallazgo supone no sólo una recuperación dentro de la teoría del derecho, sino, sobre todo, una recuperación para la tesis del derecho natural clásico. La investigación nos ha guiado hasta un autor, unas obras y una fecha cercana a los acontecimientos políticos –decisivos, en el orden práctico– que hemos mencionado. Con ello quedaría documentada y contestada la pregunta acerca de la recuperación de la noción clásica de derecho.

Parece que el empleo y desarrollo teórico sistemático de la noción clásica de derecho en el siglo XX se sitúa dentro del campo de los romanistas, y más

²¹ *Ibid.*, pp. 37-45, 48-54, 72-76, 84-87.

²² E. SERRANO VILLAFANE, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Madrid, Editora nacional, 1969, p. 263: “Desde la “*rerum notitia*” romana, la “*natura rei*” de la escolástica española, a la “*Natur der Sache*” de nuestros días, la doctrina de la naturaleza de las cosas ha inspirado numerosas reglas y principios del derecho que permanecen en las instituciones jurídicas y sobre todo [...] la doctrina de la naturaleza de las cosas marca su oposición a la tesis del subjetivismo, del racionalismo y del positivismo. Y en este camino encontramos al derecho natural”.

²³ *Ibid.*, p. 262.

²⁴ Cfr. M. SANCHO IZQUIERDO, *Tratado elemental de Filosofía del derecho y principios de derecho natural*, Zaragoza, Librería General, 1943, pp. 295-305.

en concreto en las figuras de Michel Villey²⁵ (desde los años 40 hasta hoy), y la de Biondo Biondi²⁶ (desde los años 50). Sin embargo, el nombre, la fecha y la obra con la que podemos finalizar nuestra labor historiográfica es otro: Louis Lachance, 1931/1933, *Le concept du droit selon Aristote et Saint Thomas*. Lachance es el autor que recupera y actualiza la noción clásica de derecho con verdadera sistemática a inicios del siglo XX.

Analizaremos dos aspectos centrales de esta contribución: la cuestión cronológica y la conceptual.

3. ANÁLISIS CRONOLÓGICO DE LA CUESTIÓN

Respecto a la cuestión cronológica, parece haber tomado carta de naturaleza entre gran parte de la doctrina jurídica contemporánea el hecho de atribuir al autor francés Michel Villey la recuperación como tal del derecho en sentido clásico²⁷. Al menos así aparecerá sucesivamente en sus obras a partir de 1946, año en que data su primer artículo sobre el derecho en sentido objetivo a raíz del estudio de las fuentes romanas, “L'idée du droit subjetif et les systèmes juridiques romains” publicado en la *Revue de Droit français et étranger*, del año 1946-47. Hemos podido revisar y comprobar las primeras obras de Villey relativas al Derecho Romano y las posteriores, relativas a la Filosofía del Derecho.

En su obra *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*²⁸ señala que la palabra “ius” en los sistemas didácticos de la Roma clásica no servía para designar la noción de derecho subjetivo. Al analizar aquellos métodos de estudio del derecho romano, aparecen los primeros atisbos de su compren-

²⁵ Villey comenzó cultivando el Derecho Romano, (*Le droit Romain*, 1946), y después la Historia de la Filosofía del Derecho (*Leçons d'histoire de la philosophie du droit* de 1937, 1957, o *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, editada de 1961-1966). Por último, se centró en su propia filosofía jurídica (*Philosophie du droit. I. Définitions et fins du droit. II. Les moyens du droit*, de 1975 y 1979 respectivamente). En Villey también encontramos esa vuelta al derecho natural a través del concepto objetivo del derecho como “la cosa justa”, que hemos visto ya en otros autores anteriores a él, y es patrimonio de la escuela aristotélico-tomista.

²⁶ Cfr. B. BIONDI, *Corso di istituzioni di Diritto Romano T. I. y II*, Catania, Editoriale Siciliana Tipográfica, 1929 (T.I) y 1930 (T. II).

²⁷ Reconocen a Villey esta recuperación del derecho en sentido clásico, entre otros, Pugliese, Monier, Albanese, D’Ors, Torrent, Biondi, Folgado, Coleman..., citados en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 49-52, notas, y J. B. VALLET DE GOYISOLO, *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 1059 y ss.

²⁸ Cfr. M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 1945, p 82: “Le droit romain n’est pas encore assez considéré comme un ouvrage qui se crée; nous l’envisageons trop comme un produit fini, sans regarder à l’artisan; nous ne voyons pas assez les juristes à l’œuvre, résolvant un problème pratique, discutant une maxime d’école, élaborant, non sans hésitation et non sans peine, ces concepts juridiques qu’ils ont laissés en héritage au monde moderne. [...] L’étude du droit romain, c’est avant tout l’étude des activités des juristes romains”

sión del derecho en un sentido clásico, encaminado a la acción, más que al aspecto de “cosa justa” (que luego afirmará). En su artículo “L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains”²⁹, Villey afirma que el derecho subjetivo no existe en el derecho romano clásico, que su idea es tenue, imprecisa y genérica³⁰; aduce que las bases del derecho romano son completamente diversas a las bases del derecho moderno³¹ y cita la tesis doctoral de Ionescu, publicada en 1931, que trata del derecho subjetivo en general y su crítica por Schantz, *Das Subjektive Recht*³² ese mismo año en Berlín.

Años después Villey ya ha consolidado su postura dentro del iusnaturalismo, como se observa en los escritos de Historia de la Filosofía del Derecho³³. Observa el advenimiento del derecho subjetivo desde la perspectiva que le ofrece la interpretación y aplicación de las leyes. Estudia la preparación del pensamiento humano desde la época romana del Bajo Imperio, para acoger esta nueva categoría que nacerá en el siglo XIV. En este sentido existe otro estudio suyo sobre la consolidación del concepto del derecho subjetivo a partir del siglo XIV, sobre todo en la Segunda Escolástica española³⁴.

Esta postura aparece plenamente operativa en la sistemática teórica en sus propias obras de filosofía jurídica. Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo³⁵ es la obra que analiza las distintas definiciones de “ius” tal como se encuentran en el Digesto. En ella niega que exista la categoría de derecho subjetivo en el derecho romano. En su obra *Philosophie du droit*³⁶, vuelve sobre la noción de derecho como “lo justo, dikaion” herencia de la medida (“ison”) de los griegos, consistente en un justo medio entre el exceso y el defecto³⁷. En su posterior *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*³⁸ trata del

²⁹ M. VILLEY, “L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains”, en *Revue Historique de droit Français et Etranger* 24-25 (1946-1947) 201-227.

³⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 224-225.

³¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 223-226.

³² Cfr. *Ibid.*, p. 203.

³³ Cfr. M. VILLEY, M. *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Les cours de Droit, 1964-1965, pp. 541-550.

³⁴ Cfr. M. VILLEY, “La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scholastique”, *Actas del Congreso “La Seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno: incontro di studio (1972)”*, Minalo Giuffrè, 1973, pp. 53-71.

³⁵ Cfr. M. VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 32-65, en particular, p. 39, y más adelante en idéntico sentido, pp. 153-190.

³⁶ Cfr. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 54-57, 69-71, 96-140, donde estudia el giro subjetivista desde el nominalismo hasta el momento actual.

³⁷ *Ibid.*, p. 56: “La Dikaion est une proportion [celle que nous découvrons bonne] entre des choses partagées entre des personnes; un proportionnel [terme neutre], un analogon. On peut dire aussi que le droit consiste en une égalité, un égal [ison]. [...] L'ison n'est pas que l'équivalence de deux quantités, plutôt l'harmonie, la valeur du juste, proche parente de la valeur du beau. L'ison est un juste milieu entre un excès et un défaut”.

³⁸ Cfr. M. VILLEY, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 117-119, define el derecho desde el punto de vista objetivo, clásico: “quelque chose, aliquid”.

derecho como objeto correspondiente a la justicia general y señala que santo Tomás evita la palabra *ius* para referirse a este tipo de justicia, reservándola para un uso más concreto, el que le proporciona el ámbito de la justicia particular³⁹: “Car à cette justice correspondre un droit au sens propre, non plus un idéal confus, mais vraiment une chose existante et définissable, au sein donc que se prête à exprimer le substantif *ius*...”. Esta adscripción sería, desde nuestro punto de vista, discutible, pues el “*iustum*” debería poder ser aplicado tanto por el Derecho Público, como por el Privado, pero eso nos alejaría del tema presente.

Hasta aquí lo que hemos podido encontrar y mostrar acerca del autor francés en relación a la noción que divulga en su obra. Sin embargo, siendo fieles a las fechas, queremos señalar que, en el terreno de la Teoría del Derecho al menos, la recuperación de este concepto se produce con anterioridad a las fechas de publicación de las obras de Villey sobre la cuestión. La tesis doctoral de Lachance, en concreto, gira exclusivamente en torno a la recuperación de este concepto, *Le concept du droit selon Aristote et Saint Thomas* fue defendida por este autor en el Angelicum el 29 de mayo de 1931 y publicada con el mismo título en 1933. Lachance (canadiense francófono) conoció la obra de Villey, le cita y se apoya en su doctrina cuando analiza la influencia que el Derecho Romano ha tenido en la civilización occidental, en su obra *Droit et les droits de l’homme*⁴⁰.

¿Conoció Villey la obra de Lachance? Parece ser que la conoció, pero quizá no de manera directa. Existen sólo dos citas sobre Lachance en la obra de Villey, concretamente en la obra *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*⁴¹. Ambas reflejan erróneamente el mismo aspecto del pensamiento del canadiense. Son las siguientes:

- 1) p. 40, “nada más objetivo que el *dikaion* [lo justo–el Derecho] de Aristóteles [conformidad a las leyes o al número, a la igualdad, a la armonía] [aunque haya que descuidar aquí de las traducciones francesas de la Ética]”. La cita a pie de página correspondiente es la num. 37, que dice así: “las traducciones de Thurot y Lachance [*Le concept de droit chez Saint Thomas et Aristote*, pp. 209 y ss.] a menudo hablan de derecho subjetivo; pero nada de tal existe si uno se remonta al texto griego o las traducciones literales”.
- 2) La siguiente cita se encuentra en la p. 64 de la misma obra de Villey, que se repite textualmente: “nada más objetivo que el *dikaion* [lo justo–el Derecho] de Aristóteles [conformidad a las leyes o al número, a la igualdad, a la armonía] [aunque haya que descuidar aquí de las traducciones francesas de la Ética]”. La cita correspondiente es la

³⁹ *Ibid.*, pp. 122 y 126.

⁴⁰ Cfr. L. LACHANCE, *Droit et les droits de l’homme*, pp. 22-34.

⁴¹ Cfr. dos lugares de la obra M. VILLEY, *Estudios en torno a la noción...*, p. 40, nota 37 y p. 64, nota 8.

núm. 8, prácticamente idéntica: “las traducciones de Voilquin, Thurot y Lachance [*Le concept de droit chez Saint Thomas et Aristote*, p. 209 y ss.] a menudo hablan de derecho subjetivo; pero nada de tal existe si uno se remonta al texto griego o las traducciones literales”.

Nos preguntamos si realmente Villey conoció directamente la obra de Lachance o quizá se aproximó a ella por fuentes indirectas, erróneas... Por lo demás, la consulta detenida de la bibliografía de Villey en las obras citadas, no refleja en ningún otro momento ninguna de las obras de Lachance. Sólo podemos añadir que la obra de Lachance era conocida por otros autores ius-naturalistas de la época, como se pone de manifiesto en sus obras y en sus citas⁴². ¿Nadie anterior a Lachance? La recuperación de la noción clásica de derecho parece ser familiar para algunos autores anteriores a Lachance, de inicios del siglo XX⁴³. Sin embargo, es preciso señalar que las alusiones a esta noción clásica en estas obras es ocasional y marginal; podríamos considerar su presencia en algunos casos casi implícita y en la mayor parte, indirecta. Este dato nos conduce por vía negativa a situar la recuperación teórica más sistemática y completa en la obra de Lachance. Queda así aclarada la oscura cuestión cronológica.

4. ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LA CUESTIÓN

Vayamos finalmente a la cuestión conceptual. Desde el nominalismo, primero, pasando por el voluntarismo y el individualismo racionalista después y finalmente por el liberalismo y el positivismo en la época moderna, desembocamos en el neopositivismo del siglo XX. El derecho ha comenzado a ser entendido por referencia a un solo individuo, el sujeto de derecho. Se traduce

⁴² Cfr. M. SANCHO IZQUIERDO, *op. cit.*, pp. 9, 205; G. RENARD, *Théorie de l'Institution, Essai d'Ontologie Juridique*, Paris, Éditions Sirey, 1930, p. 84; J. RUIZ GIMÉNEZ, *La concepción institucional del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 483; también, Introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana, Madrid, Ediciones y Publicaciones Españolas, 1945, pp. 155 y 249, y *Derecho y vida humana*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, 2ª ed., p. 22. E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, Barcelona, La Hormiga de Oro, 1947, p. 510. S. M. RAMÍREZ, *El derecho de gentes*, Madrid, Studium, 1953, p. 201. A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, San Lorenzo de El Escorial, Pax Juris, Escorialensium Utriusque Studiorum Scripta, 1960, pp. 50, 63, 94, 239, 240. R. BAGNULO, *Il concetto di diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 229. F. PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho Natural*, Santiago de Compostela, Porto, 1970, pp. 193, 246 y 273, por citar los más relevantes hasta 1970.

⁴³ T. BESIADÉ, “La justice générale d’après Saint Thomas d’Aquin”, en *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques* II (1923) 327-339. P. LEDUC, “En Lisant Saint Thomas. Loi et Droit”, en *La Revue Dominicaine*. Ottawa XXXII, n. 3 (1926). 3-8. D. LOTTIN, *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d’Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, Ed. Pontificaux, 1925, pp. 66 y 97. L. LE FUR, “Le fondement du droit”, en *Les Lettres* (1925) 625-645. Este artículo continúa en el volumen del año siguiente, “Le fondement du droit [suite et fin]”. (1926) 51-62. F. SENN, *De la justice et du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 34. G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté* (1924); *Le Droit, la Logique et le Bon Sens* (1925); *Le Droit, l’Ordre et la Raison* (1927), Paris, Recueil Sirey. Sigue la teoría clásica del derecho de Aristóteles y la de santo Tomás. Cfr. p.e. *Le Droit, la Justice*, p. 270; *Le Droit, la Logique*, p. 386; *Le Droit, l’Ordre*, pp. 117-155.

como su legítima facultad de dominio sobre cosas y demás seres humanos, y sus límites son fijados en la práctica por consenso. Su obligatoriedad reside en la fuerza del mandato legal que lo impone a otros o en la pena con que se castiga su incumplimiento. Lachance toma nota de esta situación como punto de partida y de su repercusión en la noción de derecho, que se encuentra confundido con las facultades de reclamar o solicitar protección que se derivan de lo que es el derecho⁴⁴.

La justificación hecha por Lachance de la recuperación de la noción clásica se inicia mediante un análisis de distinción, y después, recuperado el lugar para el derecho en sentido clásico, mediante un desarrollo sistemático de la propia noción. Esta es la razón de que su estudio comience señalando las diferencias entre derecho y dominio, tratando de demostrar que el dominio en algunas ocasiones se justifica y viene limitado por el hecho de ser él mismo derecho, siendo ese dominio el "*medium rei*", o el "*medium rationis*" en que consiste el derecho. En definitiva, Lachance muestra que el poder de dominio no es todo el derecho, aunque en términos generales el derecho pueda suponerlo⁴⁵ y el dominio llegue a depender de él como su medida inmediata y especificadora dentro del ámbito de la justicia⁴⁶.

Siguiendo la tradición aristotélico-tomista, el filósofo canadiense sitúa el origen del derecho en su aspecto relacional, bilateral o multilateral, cuya virtualidad reside en su poder rectificador de las diversas voluntades y libertades en ella presentes. Por eso adscribe a la justicia al contexto de acciones exteriores, a los intercambios, los negocios, los problemas, y a las cosas que componen esas acciones⁴⁷. El derecho se mide y se impone por la múltiple reciprocidad debida que se genera entre quienes interactúan en la vida social. Se adapta al estatuto jurídico, a los títulos, a sus cualidades y la dignidad peculiar de las personas y sus relaciones jurídicas.

Considerando las relaciones implicadas en este todo social ajustado que compone el derecho, Lachance señala que la ley y la jurisprudencia toman su carácter imperativo del hecho de señalar contenidos obligatorios en razón de la igualdad debida que se impone "desde dentro" en cada caso. Tal es la importancia social de estos contenidos que ha sido necesario crear estas formas de garantía política, y su ejercicio en caso de violación del derecho, afecta inmediatamente al deudor o transgresor del derecho⁴⁸.

¿Habría lugar para el derecho subjetivo en el iusnaturalismo? Lachance acepta la expresión jurídica subjetiva sin ceder en el significado originario

⁴⁴ L. LACHANCE, *Le Droit et les droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1959, p. 149.

⁴⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 250.

⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 209.

⁴⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 165. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theol.* II-II, q.59, a.2, ad.3: "obiectum temperantiae non est aliquid exterius constitutum, sicut obiectum iustitiae,..."

⁴⁸ Cfr. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, p.165.

por el que el derecho siempre será un “*quantum*” objetivo. El autor muestra el lugar posible del derecho subjetivo en la teoría jurídica, primero distinguiéndola del derecho en sentido clásico (y recuperando el lugar perdido de esta noción) y después tratando la relación existente ambos, así como el alcance jurídico de cada una. Para este autor, la principal facultad que “el derecho a una cosa” confiere es la de dominio de la cosa, pero el derecho no es el dominio en sí mismo. Y asume ese análisis desde diversos puntos de vista: desde su origen, por su extensión y en sus límites; en segundo lugar, contempla las dos nociones desde el punto de vista del sujeto, y por último desde su relación con el bien.

Para Lachance, el dominio en su origen es sobre todo un privilegio del individuo humano⁴⁹, consecuencia de su racionalidad, que consiste básicamente en la capacidad de mostrarse dueño de sí, de sus actos, de las cosas. Por el hecho de ser libre el hombre goza de cierto poder sobre sus obras y sobre las cosas que le rodean. El dominio es un primer atributo psicológico natural de las personas, previo a la esfera moral y a la jurídica, aunque actúa como condición de posibilidad de ambas⁵⁰. Este poder es susceptible de ser dominado por la razón, convirtiéndose así en el fundamento de su obrar moral, pues las únicas acciones propiamente humanas son aquéllas de las cuales el hombre es dueño (*dominus*)⁵¹.

El origen del “*iustum*” clásico como objeto de la justicia en principio presupone la libertad del sujeto para actuar, pero se explica más bien por la triple función que ejerce sobre la acción justa: primero, permite la existencia en acto de esa virtud, (si no hubiera “cosa justa” no existiría la justicia); segundo, determina su esencia, (pues la justicia es un acto humano que se especifica al realizarse ese ajuste debido); y en tercer lugar, facilita su definición y conocimiento, pues sólo es posible conocer en qué consiste una virtud según el propósito al que se dedica. Al aplicar esta triple funcionalidad a la noción clásica de derecho, se justificaría así el origen del derecho como objeto de la justicia⁵², y de paso, se distinguiría del aspecto psicológico y moral de la voluntad de la persona, básico para explicar el acto de dominio.

⁴⁹ L. LACHANCE, *Justice et structure sociale*, Prensas Dominicanas de Outremont, Montreal, 1944, p. 74: “Le mot domaine a un sens plus extensif que ceux de possession et de propriété. Il se rapporte à soi même, à ses inclinations. Il se rapporte à ses habitudes, à ses actes, à ses œuvres et à ses biens. Il a comme objet tout ce qui tombe de quelque façon sous l’emprise de la liberté. Le domaine est un attribut exclusif de la personne. Il n’y a que les personnes qui sont susceptibles d’exercer une maîtrise sur elles-mêmes et sur tout ce qui se rattache à leur personnalité”. También de L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et S.Thomas*, Montreal, Editions Albert Levesque, 1933, p. 260.

⁵⁰ Cfr. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, p. 154. También L. LACHANCE, L. *Le concept de droit...* p. 249.

⁵¹ Santo Tomás explica este dominio propio del hombre distinguiendo actos del hombre de los actos humanos. *Summa Theol.* I-II, q.1, a.1: “actionum quae ab homine aguntur, illae solae proprie dicuntur humanae, quae sunt propriae hominis in quantum est homo. (...) Illae ergo actiones proprie humanae dicuntur, quae ex voluntate deliberata procedunt”

⁵² Cfr. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, p. 166.

El dominio no es el objeto de la justicia (en ese triple sentido), ni puede confundirse con ella; el dominio recibe su justificación y su límite cuando el individuo la ejerce dentro de un orden y con independencia de posibles intercambios, sin referencia alguna a la reciprocidad ni a su obligatoriedad; la finalidad del dominio es más amplia que la específica de la virtud de la justicia (se domina para usar y disfrutar, para organizar, para distribuir, etc)⁵³. En este sentido Lachance concluye que el dominio es, como mucho, una noción analógica del derecho, que guarda con él una relación propia de la analogía de atribución⁵⁴, pero que puede identificarse con el derecho nacido de la relación y el ajuste debido entre los sujetos⁵⁵.

Este último aspecto que acabamos de mencionar (finalidad práctica del dominio y de la justicia) apunta a cuestión de la extensión del dominio y del derecho. Como se ha dicho, el dominio alcanza a toda situación vital en la que la persona aparezca implicada en todo su obrar práctico. El dominio se ejerce sobre realidades materiales pero también en la organización de la vida social, y en este sentido, incluso sobre otros seres humanos. El derecho se determina en la multiplicidad de relaciones que surgen en la vida social, en función de las necesidades y tendencias de los hombres que se relacionan entre sí, poniendo en juego su palabra, sus cosas, sus propias vidas. El derecho hace referencia a un orden establecido. Se manifiesta como una adecuación que se trata de lograr por referencia a realidades previas manifestada bien sea en títulos jurídicos, en las acciones y los negocios, en la proporción buscada por unos y otros, y en definitiva, en las exigencias del bien común. Esta proporcionalidad y esta referencialidad objetiva forma parte de la composición esencial del derecho en su versión clásica, a ojos del autor canadiense⁵⁶.

Ambos conceptos (noción subjetiva o si se quiere, voluntarista del derecho y su originaria acepción clásica) están llamados a encontrarse en el ámbito de su aplicación, pues el derecho no consiste solamente en las cosas, sino que comprende también la libre disposición de éstas. El derecho (sentido clásico) se hallaría en la regulación que mide o ajusta el dominio que supone ese poder de disposición de las cosas (sentido subjetivo). En este sentido dirá que el dominio viene a ser la materia sobre la que aplica el derecho. De esta manera, el poder de la persona, su "derecho a", sus "facultades de" se consideran como un deber en el que la medida determinada por la ley natural o positiva (o ambas) es efectivamente el derecho⁵⁷. Así el derecho equilibra o simplemente mide el alcance del derecho subjetivo y el derecho subjetivo participa análogamente de la noción de derecho. En este sentido análogo entiende las expresiones *ius dominii*, *ius possidendi*, *ius exigendi*, *ius contradi-*

⁵³ Cfr. L. LACHANCE, *Le concept de droit...*, p. 293.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 304-307. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, pp. 174-175.

⁵⁵ Cfr. L. LACHANCE, *Justice...*, p. 75.

⁵⁶ Cfr. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, p. 160.

⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 160.

endi, etc, significando que el poder –tenga la forma que tenga: cosas, facultades, acciones– es en cada caso la materia de derecho. Cada caso se convierte en la acción debida a un individuo, perteneciéndole porque se ajusta a su estatuto y a sus títulos jurídicos⁵⁸.

El encuentro de los conceptos se produce, pero no la sustitución generalizada de uno por otro, como ha venido dándose en tantos estudios de Teoría General del Derecho. Sin esta noción la medida del dominio sería la pura arbitrariedad. El “*iustum*” clásico se convierte en el fundamento, la legitimación y la medida de los derechos subjetivos, y no al revés, como se había divulgado.

La extensión del derecho subjetivo y del derecho en sentido clásico suscita otra cuestión adyacente, la de sus límites⁵⁹. Los límites del derecho subjetivo en su forma más pura, la del dominio, fundado en la libertad del sujeto, coinciden con los límites impuestos a la libertad humana en general por las leyes, y más profundamente, por las relaciones de justicia, que se formalizan en el orden jurídico concreto.

El dominio, tomado como momento de autoconciencia y decisión de los propios actos, es la base de la responsabilidad jurídica; tomado como facultad subjetiva o potestad ejercida sobre cosas y/ o personas, aparece limitado, medido o ajustado por el derecho, que determina aquí y ahora lo que se debe a otro/s. Los límites del derecho son múltiples, en cuanto que vienen delimitados en cada caso por los títulos jurídicos de unos y otros, por la proporción, por los deberes recíprocos nacidos en las relaciones jurídicas así como por la convención, (costumbre, leyes, jurisprudencia).

Para finalizar este análisis trataremos de aproximarnos a la idea de individuo y a la idea de bien subyacentes en los conceptos de derecho clásico y derecho subjetivo. El propio autor de la recuperación de la noción clásica del derecho para la época contemporánea así lo evidencia en su obra de referencia en el punto que estamos tratando.

Existen distintos aspectos en los que se aprecia la influencia de la subjetividad del individuo en la noción clásica de derecho, p.e. en su carácter referencial, en su inviolabilidad y su exigibilidad.

El derecho implica siempre a unos sujetos: su esencia es un *quantum* debido, objetivo, en función de una relación de igualdad debida; pero este *quantum* está llamado a darse, a repartirse, a ajustarse entre varios sujetos. Es un *quantum referenciado* por y para los sujetos que se relacionan⁶⁰. En términos clásicos estos sujetos son el “*finis cui*”, es decir, aquéllos a quienes se reconoce

⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 162.

⁵⁹ Cfr. L. LACHANCE, *Le concept de droit...*, p. 296.

⁶⁰ Cfr. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits...*, p. 162.

el derecho, se les atribuye, prestatarios o cesionarios de una cosa o servicio⁶¹. Sin ellos, es imposible establecer esta relación jurídica *referencial* propuesta en el modelo clásico.

La subjetividad también afecta a las características de la relación jurídica sustentada por el derecho, haciéndola inviolable y exigible. La inviolabilidad se refiere a la circunstancia del deudor, y significa la necesidad del débito y su carácter indisponible; la segunda contempla al beneficiario, que puede libremente conservar el derecho, reivindicarlo o enajenarlo⁶².

Un último aspecto mediante el cual este autor reivindica el carácter distinto del “*iustum*” clásico respecto del derecho subjetivo es el de la relación de ambos con la noción de bien que subyace en cada uno. Subraya que el derecho subjetivo, el dominio, se establece desde la perspectiva de la libertad, del bien propio del individuo (legítimo, por otra parte), y esta perspectiva es ajena a la noción originaria de derecho. Por eso nunca se acerca al derecho considerando el “bien propio” en sentido estricto, sino el “bien del otro”⁶³ que a su vez es un bien para mí, y esta deuda proporcional es, efectivamente, el derecho⁶⁴. Las medidas de uno y otro, su alcance por referencia al bien moral que suponen son diferentes. Cuando el acento reside en el carácter individual propio de la libertad y de su ejercicio en forma de dominio, la medida del bien debido se establece por relación a uno mismo: la propia capacidad de realizar el bien y las disposiciones subjetivas individuales determinan “cuánto” bien ha de realizarse y de qué forma. Cuando se trata de establecer esa medida en el “*iustum*” clásico, es decir, determinar el bien debido en una relación jurídica, es necesario acudir como referencia a la noción de deber, que nos hace responsables del bien ajeno, prácticamente casi con independencia de nuestras disposiciones subjetivas⁶⁵.

En todo caso, la conclusión final de este autor respecto de ambas nociones de derecho con el bien, conducen de nuevo por una parte a subrayar el lugar propio del derecho en sentido clásico, y por otra, la participación analógica del derecho subjetivo en esta razón de bien. Nos explicamos: no cabe comprender el derecho clásico desde el punto de vista del bien propio (como algo que pertenece exclusivamente al individuo y se mantiene por el dominio que se ejerce frente a los demás), sino como instrumento que adecúa las acciones propias al bien ajeno debido y al bien común. La determinación del derecho –tanto en su origen como en su aplicación– es una operación compleja en la que juegan muchos factores de diverso tipo además de la noción de bien propio y de la referencia a otros: el bien común, distintos elementos psicosociales, la tradición cultural, adaptaciones consuetudinarias, órdenes parti-

⁶¹ Cfr. *Ibid.*, p. 152.

⁶² Cfr. *Ibid.*, p. 167.

⁶³ Cfr. L. LACHANCE, *Le concept de droit...*, p. 202.

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 198.

⁶⁵ Cfr. L. LACHANCE, *Le Droit et les droits*, p. 165.

culares marcados por instituciones de diversa índole, etc; esta determinación característica lo diferencia de la facultad de dominio, que puede versar sobre múltiples objetos, propios y ajenos, debidos o no y cuya determinación en el punto de partida, reside en las facultades del individuo⁶⁶.

5. CONCLUSIONES

El alcance de la recuperación jurídica de la noción del “*iustum*” consagrado por la doctrina clásica para la filosofía jurídica actual podría sintetizarse en los siguientes puntos o conclusiones:

- En primer lugar supone un hallazgo y una clarificación histórica. Hacemos justicia a un autor menos conocido, que ha sido el verdadero protagonista de la recuperación dogmática del concepto clásico (griego y romano) de derecho para la filosofía jurídica iusnaturalista contemporánea.
- En segundo lugar queremos destacar que el alcance de esta recuperación ofrece una posibilidad para ordenar y revisar las distintas teorías contemporáneas de la justicia en términos clásicos, según su objeto.
- En tercer y último lugar, la recuperación de este concepto se ofrece como referencia deontológica para práctica jurídica, y en lo teórico, como un elemento esencial –al menos desde nuestro punto de vista– para el diálogo con otros conceptos iusfilosóficos nacidos en la Modernidad o en la época contemporánea.

Patricia Santos Rodríguez
Facultad de Derecho USP CEU
Avda. del Valle 21
28003 Madrid
psantos@ceu.es

⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, pp.169-170: “Le droit [...] répugne à être conçu comme un pouvoir de la personne sur son bien propre; il se définit au contraire, suivant les points de vue, en fonction tantôt de la loi, tantôt du bien commun et tantôt des titres d’autrui. (...) saint Thomas, fidèle à en cela à la tradition aristotélicienne, n’a jamais pensé le droit à la manière des subjectivistes passés ou contemporains. Il a sans doute tenu (...) que tous les hommes avaient des droits, mais il a également tenu que ceux – ci représentaient ce qui leur était objectivement dû”. Sigue a santo Tomás en *Summa Theol.* II–II, q.58, a.10, co: “materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam (...) Unde iustitia habet medium rei”. La materia de la justicia, es un “medium rei”.

