

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
[Sección Derecho Romano]
XXV (Valparaíso, Chile, 2003)
[pp. 35 - 54]

EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ROMANO (UN ESTADO DE LA CUESTIÓN)

JOSÉ JUSTO MEGÍAS
Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCION

El primer problema con que nos encontramos al estudiar la cuestión del derecho subjetivo viene derivado de la diferencia entre la mentalidad contemporánea y la romana -que perduró varios siglos más tras la caída del Imperio romano-, pues en esta diferencia radica la distinta concepción que tenemos del derecho subjetivo y la importancia que atribuimos a éste en nuestro actual ordenamiento jurídico. Son muchos los estudiosos del Derecho romano que se han planteado la existencia de esta categoría jurídica en las fuentes romanas, y podemos advertir desde el principio que no ha sido un tema pacífico¹. La concepción que triunfó en la Modernidad -de la que somos deudores en gran medida- defendía un derecho subjetivo configurado como categoría primaria o primordial del ordenamiento, radicalmente distinto de lo que hubiéramos podido encontrarnos en las obras de los juristas romanos y en la propia mentalidad de la sociedad romana. Sin embargo, si consideramos que el derecho subjetivo fue sencillamente una categoría jurídica más, dentro del entramado jurídico, no encontraremos problema alguno para afirmar su conocimiento y existencia en el Derecho romano.

No podemos perder de vista, como ya advertimos, que la mentalidad romana era muy distinta de la mentalidad moderna y contemporánea. A la ciencia jurídica romana no le interesaba en absoluto los problemas abstractos, sino los problemas jurídicos reales y concretos que se planteaban a diario a la sociedad, a los que intentaban los juristas dar la solución jurídica más adecuada en ese momento². F. Carpintero ha puesto de relieve en innumerables ocasiones que la mentalidad moderna, por el contrario, fue partidaria de estudiar ese complejo de situaciones y problemas variados para reducirlos a la unidad³; pretendió, en otras palabras, reducir la multiplicidad a categorías abstractas que acogieran el mayor número de situaciones o posibilidades; pero no toda variedad era siempre reconducible a la abstracción sin que perdiera su identidad. Para H. Coing, estaba claro que todo lo concerniente al derecho subjetivo tampoco quedaba al margen de estas diferencias, por lo que

advertía que no sería correcto afrontar los textos romanos sin tenerlas presente⁴.

Quizá, el olvido de este cambio de mentalidad es lo que ha originado las confusiones en torno a la concepción del derecho subjetivo en el Derecho romano, pues cuando encontramos el término *ius* -aunque sea en los textos romanos- tendemos a identificarlo inmediatamente con la idea moderna de derecho, objetivo o subjetivo, haciendo abstracción del contexto y de sus implicaciones. En cambio, para los juristas romanos el término *ius* no era exactamente un concepto abstracto ajeno a las circunstancias de cada realidad, como lo fue más tarde con la Modernidad⁵. Para fundamentar esta aseveración tendremos que aludir brevemente al significado romano de *ius*.

II. EL IUS EN SENTIDO OBJETIVO

El término *directum* -que más tarde dio lugar a las palabras *derecho*, *droit*, *diritto*, etcétera- no fue el término propio de la tradición jurídica romana, pues correspondió más bien al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana y reflejo de una idea moralizante: la conducta justa de una persona era aquella que seguía el camino recto⁶. En cambio, *ius*, que hoy traducimos como "derecho", sí fue el término propiamente romano, con un significado que se identificaba con "lo justo", bien en el sentido de la misma cosa justa o bien del orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo (los *iuris prudentes*).

Por ello, en este último sentido, podemos leer a Celso en el *Digesto* que el *ius* era el arte de lo bueno y de lo equitativo⁷, mientras que Ulpiano, por su parte, reconocía un *ius publicum* y *privatum*, dividiendo este último a su vez en *naturale*, *gentium* y *civile*. Estos derechos eran concebidos por este jurista como la ordenación de lo justo y equitativo en los diversos órdenes en los que se podría decir que participaba la persona, de modo que el derecho natural debía ser entendido como el orden de justicia común a todos los animales establecido por la naturaleza, mientras que el Derecho de gentes sería el orden propio de los hombres exclusivamente, y el civil sería el orden jurídico propio de cada ciudad en concreto. En un sentido similar, Hermogeniano nos hablaba del *ius gentium et civilis*; Papiniano, del *ius civile et praetorium*; Marciano, del *ius honorarium*; Gayo, del *ius civile et gentium*; y Paulo nos ofrecía la mayor variedad de significados de *ius*⁸, en un texto de los más comentado por los glosadores en la Edad Media. Todas estas referencias al Derecho se hicieron tomándolo en este sentido objetivo, es decir, como un ordenamiento formado por instituciones y normas externas que debían regir la conducta de las personas en la sociedad y que establecían lo justo⁹.

Pero también tomado en su sentido objetivo, el término *ius* puede ser entendido como la misma cosa justa (*res iusta ipsa*), una realidad que es debida a otro en atención a una relación de igualdad. Es decir, el derecho así entendido expresaría una medida de lo justo en nuestras relaciones con los demás, con independencia de nuestros intereses particulares y de nuestras intenciones: debemos algo a alguien o alguien nos debe algo objetivamente, y ese algo puede ser determinado con la sencilla observación de la realidad¹⁰. Por ello afirma Schouppé que podríamos decir que el derecho es una cosa que se debe en justicia: "el origen del derecho se ha de buscar en la atribución de esa cosa a un titular como propia. A partir del momento en que esta persona dispone de un título que reconoce su señorío sobre la cosa, nace a

su favor un reconocimiento de deuda. Esa cosa que es suya le es debida, y justamente esta calidad de debida es lo que convierte a la cosa en derecho"¹¹.

Aunque podríamos estar de acuerdo en que esto no plantea ningún problema, sin embargo debemos dar la razón a A. d'Ors cuando reclama la necesidad de tener en cuenta la elasticidad de la palabra *ius* en el pensamiento jurídico romano, que abarca un concepto tanto objetivo (Derecho) como subjetivo (derecho). Esta tesis "está, en cierto modo, un poco en la mente de todos, ya que parece haberse hecho evidente en la romanística moderna que los romanos no distinguieron de una manera rígida, como hacemos hoy, entre Derecho objetivo y derecho subjetivo"¹². He aquí la cuestión determinante: al hombre de hoy, al jurista contemporáneo, le resulta enormemente difícil eliminar la rigidez normativista propia de la dogmática jurídica que preside la mentalidad más extendida en nuestros días.

III. EL CONTROVERTIDO SENTIDO SUBJETIVO DE *IUS*

Ulpiano definía la justicia como la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su *ius*, su derecho¹³. Esta expresión, junto a otras muchas como *ius altius tollendi*, *ius tigni immittendi*, *ius utendi fruendi*, *ius testandi*, *ius ad crescendi*, *ius adipiscendae civitatis Romanae*, *ius tutoris optandi*, etc., constituyen el origen de la discusión sobre la existencia del derecho subjetivo entre los romanos, que -como ya advertí al principio- no ha sido un tema pacífico¹⁴.

Siguiendo la línea del pensamiento de Mounier, M. Villey¹⁵ negó la existencia de la categoría del derecho subjetivo tal como la entiende la dogmática contemporánea, a veces con afirmaciones excesivamente rigurosas, como la que realizó en un artículo publicado en 1947: "El derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea del derecho subjetivo"¹⁶. A esta afirmación hicieron referencia otros estudiosos que pretendieron situar a Villey en una posición dogmática negadora del derecho subjetivo, sin prestar atención a lo que el propio Villey expresó en artículos posteriores¹⁷. Efectivamente, seis años más tarde -en 1953- matizaba la afirmación anterior y trataba de aclarar que su negación del derecho subjetivo no significaba que la rechazara taxativamente, sino que lo negado era que existieran en el Derecho romano esas facultades, potestades o atributos del individuo, que la Modernidad hizo depender exclusivamente de éste, de modo que tal acepción no aparecía en la exposición del *Corpus Iuris Civilis*. Pero también afirmó Villey que desde aquí no se debía concluir su total inexistencia, sino que dicha acepción tendría un lugar muy secundario y que no se reconocía con suficiente nitidez¹⁸.

En esta misma posición se situó A. d'Ors, para el que "aunque podemos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría"¹⁹. En el mismo sentido se pronuncian Albanese²⁰, Gioffredi²¹, Aru y Orestano²², García-Gallo²³, Domingo²⁴, Guzmán²⁵, Vallet de Goytisolo²⁶, etcétera. Para estos autores, la palabra *ius* en los textos romanos no designaba propiamente un derecho subjetivo, sino que indicaba una *posición* justa, o un *status*, puesto que no conllevaba sólo potestades o facultades, sino también obligaciones, hecho que no cuadra con la noción que hoy tenemos de derecho subjetivo.

R. Domingo se detuvo en el análisis de las endiádis *ius ratumque, facultas iusque* y

ius potestasque, cuyas primeras referencias se remontan al siglo I a.C. La conclusión a la que llega en su investigación es que de ningún modo se puede afirmar que la expresión *ius* contenida en estas endíadis tenga equivalencia con nuestro derecho subjetivo, aunque no rechaza que una de estas fórmulas aluda a la vertiente subjetiva del derecho. En *ius ratumque*, el *ius* tenía una función adjetival y se utilizaba en su vertiente objetiva, viniendo a significar "lo que es justo" y válido (*ratum*) porque así lo ha establecido una ley²⁷. En el caso de *ius potestasque*, el *ius* muestra su aspecto subjetivo, pero solamente equiparable a lo que entendemos por capacidad, y "esta misma aproximación muestra la diferencia con el moderno concepto de derecho subjetivo, claramente distinto del de capacidad"²⁸. Más recientemente ha sido M. Bretone quien volvía a rechazar la existencia de esta categoría jurídica en el Derecho romano tomando como fundamento expresiones como el *ius potestasque* de D. 35, 2, 1. Para Bretone no cabía duda de que el origen del derecho subjetivo se sitúa al final de la Edad Media y principios de la Modernidad, y que una categoría creada en estos siglos no podía ser traspuesta a los siglos anteriores correctamente²⁹.

Otros autores no niegan expresamente que tal categoría jurídica naciera en el Derecho romano, pero excluyen indirectamente esta posibilidad al apuntar un nacimiento más tardío. Este es el caso, por ejemplo, de A. M. López López, que cifra el origen del derecho subjetivo en la exaltación del individuo realizada por la escuela del Derecho natural racionalista³⁰. Y, efectivamente, F. Carpintero expuso en profundidad el cambio que consagró la escuela de derecho natural moderno en la concepción del individuo, que pasaba a ocupar el centro de todo. En el ámbito jurídico supuso que el Derecho tuviera que ser concebido como una proyección -en el mundo exterior- del arbitrio de las personas, por lo que el *ius* pasaba a ser una cualidad personal de cada sujeto³¹. Aunque afirmaba que fue el racionalismo moderno el que consiguió presentar el Derecho como un conjunto de derechos subjetivos, en sus estudios más recientes pone de manifiesto que el derecho subjetivo no sólo estaba ya presente en los nominalistas medievales, sino fueron en verdad los que pusieron toda la estructura necesaria para que terminara triunfando más tarde esta nueva categoría³².

Por el contrario, Pugliese, en un principio³³, se opuso frontalmente a la tesis de Villey al mantener que el término *ius* designaba con toda propiedad -también en el Derecho romano- un auténtico derecho subjetivo³⁴. Pugliese reconocía que los romanos no habían elaborado el concepto de derecho subjetivo, como tampoco lo habían hecho con otras categorías jurídicas, pero ello no era óbice -a su juicio- para que se pudiera utilizar esta categoría moderna al estudiar y comentar los textos del Derecho romano. Del mismo modo, atribuyó a Villey la utilización de terminología que tampoco habían acuñado los romanos, y que éste utilizó sin reparos, como fue el caso de la expresión "institución jurídica"³⁵. Llama la atención los términos en los que se expresa Pugliese al referirse a Villey y a Albanese; la impresión que causa es la de estar dolido por las críticas realizadas por el francés sobre algunas de sus opiniones contenidas en el libro *Actio e diritto subiettivo*, publicado en 1939 en Milán³⁶. Lo más curioso es que tanto Villey como Albanese se extrañan de las ideas que Pugliese les atribuye, desmintiendo categóricamente lo que éste les hace decir³⁷.

Pero no han sido los únicos que han tenido que defenderse de una crítica por algo que no han mantenido. También A. d'Ors hubo de replicar a Burdese cuando éste manifestó que d'Ors entendía el término *ius* únicamente como "posición justa",

haciendo de él un concepto unitario o unívoco³⁸. D'Ors insistió más tarde que esta visión no concordaba con su afirmación, que iba más bien en el sentido de que los romanos de la época arcaica y clásica no distinguían la acepción objetiva y subjetiva con el rigor que se distinguen hoy, y que más bien empleaban el término *ius* con un valor dinámico, que abarcaba estos dos aspectos y otros intermedios, difíciles de clasificar para una mentalidad moderna³⁹. También V. Arangio-Ruiz reconoció este carácter dinámico del término *ius* en sus puntualizaciones a Schlossmann, Thon, Pfersche, etcétera, de la corriente normativista del siglo XIX, que negaban la existencia del derecho subjetivo no sólo entre los romanos, sino también en cualquier sistema jurídico⁴⁰.

Pugliese dejó clara cuál era su posición en este tema: "Il mio interesse è richiamato soprattutto dalle argomentazioni che, secondo lui, dimostrerebbero la visuale oggettiva adottata dai giuristi romani nel considerare le situazioni che per noi sono soggettive e quindi l'assenza in loro dell'idea di una pertinenza del soggetto. A me sembra invero che proprio attraverso l'analisi di quelle argomentazioni si giunga a chiarire in quale larga misura i Romani abbiano conosciuto attribuzioni del soggetto"⁴¹. En esta línea de Pugliese han ido también los estudios, entre otros, de Robleda⁴², Kaser⁴³, Crifó⁴⁴, etc.

IV. LOS TEXTOS ROMANOS DEL PERÍODO CLÁSICO

El primero de ellos no es otro que la ya citada definición que Ulpiano nos ofrecía de justicia, entendida como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Para A. d'Ors, el que la distribución tuviera por objeto el *ius* no quería decir que se diera a cada uno su derecho subjetivo, sino más bien que se le reconocía a cada cual su posición justa. Así, el juez -que debía decidir en el conflicto jurídico que se le presentaba- se limitaría a "poner" o colocar a cada uno en su posición conveniente⁴⁵. Para M. Villey tampoco se podía interpretar este *ius suum* como una atribución de derechos subjetivos, pues *ius* no significaba exactamente poder jurídicamente protegido, facultad o ventaja tal como lo concibieron los modernos, sino que esta expresión de Ulpiano significaba más bien que la Justicia determinaba el estatuto de cada cosa de acuerdo con la equidad, por lo que el jurista debía atribuir a cada uno y a cada cosa la condición jurídica que le correspondiera, ya fuera algo ventajoso o desventajoso⁴⁶. No se trataba, por tanto, de establecer o dilucidar únicamente los poderes que correspondían a cada individuo, sino descubrir el *status* en el que se encontraba la situación jurídica, de la que derivarían tanto poderes o facultades como cargas o castigos por alguna acción realizada⁴⁷.

A esta visión se opuso Olís Robleda, que no encontraba vínculos entre la posición jurídica o el *status* y las acciones que podían corresponder a algún sujeto, y afirmaba, por tanto, la existencia de derechos subjetivos en relación con las acciones que le son conferidas a los individuos sin necesidad de atender a un derecho objetivo anterior. En este sentido, mantenía que al mismo tiempo que los jurisprudentes forman el *ius civile*, también se comienza a formar el *ius praetorium* a base de la *aequitas*. Esta *aequitas* es norma objetiva, pero no positiva, por lo que cuando el pretor concede por primera vez una *actio praetoria*, una *restitutio in integrum*, una *missio in possessionem* u otro remedio con fundamento en la *aequitas*, no se está apoyando en alguna norma positiva preexistente, sino que la concede exclusivamente atendiendo a la dignidad y valor personal del *cives*⁴⁸. "Es verdad -comenta Robleda- que el pretor,

procediendo a base de la *aequitas*, procede, de todos modos, a base de una norma objetiva, ya que la *aequitas* es una norma objetiva, si bien, no positiva; pero ni aun esa norma objetiva se nombra o aparece en el caso. Lo que entonces aparece, y se ve, es únicamente la exigencia del *cives*, su petición. Esa exigencia del *cives*, que el pretor vivamente considera, es igual a la realidad, a la substancia de un derecho subjetivo. Sólo después que el pretor ha concedido sus específicos remedios por primera vez, y los ha fijado luego en su Edicto anual, se podrá hablar de un *ius* también positivo (pretorio), que precede al subjetivo⁴⁹. Pero no creo que este razonamiento pueda servir, como pretende Robleda, para combatir las ideas de d'Ors y Villey; en su razonamiento, Robleda ha prescindido del "status" del *cives*, que es lo que le permite acudir al pretor y solicitar su protección. Este "status" en el que se encuentra un individuo y su relación con el objeto del litigio es lo que sirve al pretor para conceder o no una acción determinada, de modo que si prescindimos de estos datos el individuo ni siquiera podría acudir al pretor en solicitud de protección.

También alude A. M. López a una confusión que perdura hasta el primer cuarto del siglo XIX entre acción y derecho subjetivo debido a la máxima de Celso (hijo) "*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*". Si se entendiera que la acción no era más que un derecho a exigir en juicio lo que era debido, concluye López, es lógico que se pudiera confundir con un derecho subjetivo "en pie de guerra". Pero rechaza tal identificación y afirma que en nuestro Derecho contemporáneo está más nítida la distinción, correspondiendo a la acción activar un mecanismo procesal de defensa independiente de un derecho subjetivo⁵⁰. Tampoco en el Derecho romano habría problema para distinguir entre la acción y la vertiente subjetiva de un derecho si partimos de una "posición jurídica".

Otros textos clásicos, en los que algunos autores se han fijado para afirmar la existencia del derecho subjetivo, recogen expresiones tales como *ius fundi*, *ius testandi*, *ius utendi fruendi*, etc., ante las que hoy día podríamos entender la existencia de tal derecho subjetivo, pero que es necesario entenderlas en el sentido que le dieron los jurisprudentes romanos en sus textos. Afirma A. d'Ors que estas expresiones designan también una posición jurídica y no un derecho subjetivo⁵¹. Cuando en el *Digesto* encontramos la expresión *ius fundi*⁵², lo que se está designando es la "posición jurídica" del fundo, es decir, es una expresión dinámica, con un sentido objetivo y subjetivo al mismo tiempo. Los *iura* que acompañan a cada fundo constituyen las ventajas económicas de éste en cuanto que conforman una posición reconocida como jurídica. Al igual que se puede perjudicar la posición jurídica de una persona, también la posición jurídica de un fundo puede ser perjudicada, es decir, puede estar gravada con cargas o servidumbres, sin que ello nos lleve a entender que lo que se está perjudicando es un derecho subjetivo⁵³. El *ius fundi* es una posición jurídica que ocupa el fundo; si sobre ese fundo existen servidumbres, también el titular de éstas tiene una posición sobre aquél. El propietario del fundo no tiene un *ius*, sino que tiene la *res* misma, el fundo con su posición jurídica, y el titular de la servidumbre tiene un *ius*, "que se equipara, por un proceso en cierto modo metafórico, a una *res* y se designa como *res incorporalis*"⁵⁴. El hecho de que el dominio no constituya un *ius*, no impide que se dé la relación *ius domini*⁵⁵; tal relación se da, pero equivale a posición justa de dueño, lo que no se puede identificar con *dominium* sin más, son cosas distintas⁵⁶. En palabras de d'Ors, "la idea de 'posición jurídica' parece explicar los dos aspectos (objetivo y subjetivo) sin incurrir en distinciones de significado. *Ius fundi*, desde el punto de vista del titular, puede

parecer una facultad que éste tiene, en tanto, considerado en relación con las realidades jurídicas circundantes y como tal *ius fundi* en sí, se nos aparece, en cambio, como régimen normativo del fundo mismo"⁵⁷.

Del mismo modo, cuando leemos *ius altius tollendi*, no se quiere significar "la facultad de elevar el edificio", sino la posición justa de edificio elevado; *ius tigni immittendi* no significa la facultad de apoyar una viga en el edificio vecino, sino la posición justa de edificio que apoya su viga en el edificio vecino; y en el mismo sentido, *ius utendi fruendi* es la posición justa de uso y disfrute, el *ius testandi* es la posición justa de testador, *ius ad crescendi* es la posición justa de acrecimiento, el *ius adipiscendae civitatis Romanae* es la posición justa del que adquiere la ciudadanía, el *ius tutoris optandi* es la posición justa de opción de tutor, el *ius cognationis* o *ius ad finitatis* son la posición justa de cognación o de afinidad, el *ius pignoris* es la posición justa de prenda, etc. Todos estos *derechos* tienen sus implicaciones objetivas y subjetivas, pero no pueden ser entendidos exclusivamente como derechos subjetivos a edificar, a obtener la ciudadanía, etcétera"⁵⁸.

Algunos, como Kaser, han relacionado la *in iure cessio* con un derecho subjetivo -la cesión de un derecho subjetivo-; pero esta figura supone solamente la cesión de una posición jurídica, lo que explica la exclusión de toda idea transmisiva"⁵⁹. Como dice d'Ors, "El vindicante no adquiere un derecho del cedente, sino que su nueva titularidad procede precisamente de la *addictio* del magistrado, una vez que el cedente ha abandonado simplemente su posición"⁶⁰.

Pero las mayores discusiones sobre la existencia o no del derecho subjetivo se producen al analizar algunos textos de las *Institutiones* de Gayo⁶¹, en los que los *iura in re* o cosas incorporales pueden ser entendidos como algo objetivo o como algo subjetivo⁶²; antes he indicado que estas *res incorporales* también indicaban una posición justa, pero no todos coinciden en esta consideración. Afirma Robleda que "como cosas, son efectivamente los *iura* algo objetivo; mas, como *iura*, tienen otra cara, la subjetividad. De tal manera que sin esta otra cara, la subjetividad, los *iura* no son *iura*, y por tanto no son nada; es decir, tampoco son cosas"⁶³. En honor a la verdad, es necesario decir que Villey, contra el que se dirigen estas palabras de Robleda, no rechaza esa vertiente subjetiva que puedan tener los *iura*; si bien en general prima la consideración objetiva de los *iura*, entendidos como posición justa o estatutos jurídicos, "algunos de los *iura* particulares, el usufructo o la prenda, por ejemplo, objetivamente enfocados en el sistema de las *Institutiones*, muy pronto podrán ser pensados como derechos subjetivos, por un desplazamiento del sentido natural. Pero esas pocas creaciones aisladas no constituyen un sistema de derechos subjetivos"⁶⁴. Es decir, lo que está negando el francés es que se pueda hablar de un sistema jurídico basado en los derechos subjetivos, pero no que se puedan reconocer en algunas figuras jurídicas la similitud o el valor del derecho subjetivo: "nadie puede prescindir completamente de la idea de derecho subjetivo. Pero qué diferencia hay entre la idea romana del derecho subjetivo, vaga, informe, indiferenciada, expresada por un vocabulario pobre e impreciso, y el rico florecimiento de derechos subjetivos, variados, muy exactamente definidos, que describen los sistemas modernos"⁶⁵.

Encontramos una muestra de ello cuando Gayo designa con el término *ius* tanto la posibilidad de hacer algo como la prohibición de hacer eso mismo, por ejemplo, el

ius altius tollendi y el *ius non extollendi*⁶⁶. Para M. Villey ésta es una de las pruebas por las que *ius* no se puede entender como derecho subjetivo, puesto que unas veces significa derecho y otras significa o conlleva una carga⁶⁷. En cambio Robleda mantiene que cuando *ius* se entiende como una carga está implicando un derecho subjetivo de la persona que se beneficiará por la prohibición de que el vecino sobreedifique, impida que lleguen las aguas de lluvia o la luz, etcétera⁶⁸. Si bien podría llevar cierta razón si diéramos validez a la teoría del beneficiario, tengo que decir que una simple carga para alguien no puede ser identificada siempre con un derecho subjetivo de una persona; las cargas impuestas a alguien siempre persiguen un beneficio, ya sea para una persona individual, ya sea para toda la sociedad, pero ello no significa que exista un derecho subjetivo. Por ejemplo, los aranceles que se imponen a productos importados son una carga para el importador y reportan un beneficio a los vendedores del país en cuestión que ven frenada la competencia, pero no podríamos afirmar que tienen un derecho subjetivo ni contra los importadores ni contra la autoridad que debe exigirlos⁶⁹.

Otros dos textos discutidos son aquéllos que hacen referencia a la potestad sobre los hijos y sobre los esclavos: "También están bajo nuestra *potestas* nuestros hijos, esto es, los que procreamos dentro del matrimonio. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad sobre sus hijos como la que nosotros tenemos"⁷⁰. Robleda mantiene que esta potestad o poder constituye un genuino derecho subjetivo, tanto el del padre sobre su hijo como el del *dominus* sobre su esclavo⁷¹. Para d'Ors, en cambio, no constituyen derechos subjetivos: el *ius* del *pater* no es su derecho subjetivo, sino su posición de *pater*, y su *potestas* es el poder de actuar tal posición. El aditamento de *potestas* agrega la idea de "facultad de actuar" precisamente en virtud de esa posición de *pater*⁷².

Al tratar sobre las *res incorporales*, que antes hemos identificado con *ius*, Gayo incluye junto al *ius utendi fruendi*, el *ius successionis* y el *ius obligationis*. Para Villey y d'Ors el primero significa el estatuto jurídico o posición justa de uso y disfrute, el segundo la posición justa de sucesor y el tercero vendría constituido por el *vinculum* mismo abstraído de los sujetos pasivo y activo⁷³. Robleda coincide con ellos en los dos primeros, aunque con algunas matizaciones, pero no en el *ius obligationis*, que -a su juicio- constituye un derecho subjetivo⁷⁴.

V. LOS TEXTOS ROMANOS DEL PERÍODO POSTCLÁSICO

Durante la época clásica las fuentes normativas fueron muy variadas, y quizá fuera ésta la causa de que los romanos no consideraran la escisión entre normatividad y facultades. Pero esta escisión se haría inevitable cuando el emperador acaparó, como única instancia legislativa, la creación del *ius*. Por ello comenta d'Ors que "las *leges* imperiales son sí normas y el *ius* que constituyen es un Derecho objetivo en el sentido moderno. Nada queda ya a la *disposición* de los particulares, si no es el acogerse simplemente a los beneficios de las leyes. Por este motivo, surge en época post-clásica la idea de *ius* como derecho subjetivo"⁷⁵.

Una concepción del *ius* como derecho subjetivo aparece cuando el *ius* se hace objeto de una transmisión. *Adquirere* o *amittere ius* puede decirse de la *posición justa*, pero no se entiende que se transmita esa posición. *Alienare ius*, en cambio, parece ser una expresión postclásica. Así en el texto "*Totum autem ius consistit aut in adquirendo*

aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat"⁷⁶, aparece ya la distinción; aparece un *ius* objetivo, que consiste en normas para la adquisición, conservación o pérdida del *ius suum*, el *ius* subjetivo. "La forma es, gramaticalmente, inadmisibile. Es posible que Ulpiano tratase ahí tan sólo de *iura praediorum* y los bizantinos dieran, mediante retoques, un valor general a sus palabras"⁷⁷. Y lo mismo ocurre con los textos de D. 50, 17, 175, 1 y 8, 5, 20, 1, que contienen interpolaciones y en ambos se trata de *alienare* y *transire ius*, un *ius* que se concibe como derecho subjetivo. "El clásico, en cambio, hablaba del *ius compascui*, que debe seguir al predio dominante, cuando éste es enajenado. El uso clásico de *ius* se entremezcla en estos textos con el uso postclásico"⁷⁸.

También Gioffredi es de esta opinión. El período clásico es ajeno a la construcción de una categoría netamente subjetiva, pero "la progressiva tendenza del diritto postclasico e giustiniano verso il dogmatismo e le costruzioni teoriche, lascerebbe presumere un'accentuazione del valore astratto di *ius* nei testi del Digesto fondatamente sospettati di rimaneggiamento. In effetti in quei testi ricorre talvolta una terminologia non ignota al diritto classico, ma che è al di fuori di ogni sistematica delle *res* -com'è ad es. nelle Istituzioni di Gaio (2, 12 - 14)- e che perciò non può intendersi come istituto che costituisce una prerogativa, ma piuttosto come un'entità ideale che si concreta in una spettanza del soggetto: *ius in corpore*, *ius dominii*, *ius successionis*, *ius pignoris*, *ius possessoris*, *ius petitoris*. Tuttavia per motivi che si intuiscono, una simile figura che ben poco se differenzierebbe da quella del diritto soggettivo, potrebbe essere ascritta al diritto postclassico sulla base dei testi riportati, con cautela, e solo dopo un'adeguata indagine -che è da condurre a parte- sulle fonti postclassiche"⁷⁹. Y prácticamente idénticas son las manifestaciones que Ionescu realiza en torno a esta cuestión⁸⁰.

Por tanto, es necesario acudir a los textos postclásicos para vislumbrar los matices subjetivos del *ius*; los jurisprudentes postclásicos fueron los verdaderos *precursores* de los modernos en la distinción entre *res iusta* y ordenamiento (Derecho objetivo), por un lado, y determinadas facultades (derechos subjetivos), por otro, distinción que no es posible apreciar en el pensamiento clásico⁸¹. A partir del período postclásico, la idea del derecho subjetivo irá introduciéndose cada vez más en el pensamiento jurídico, y muchos serán los juristas que al comentar los textos romanos se fijen en mayor medida en esta faceta del derecho.

¹ Es conocida la disputa entre M. Villey y G. Pugliese a la que aluden otros autores (vid., por ejemplo, G. Grosso, *La distinzione fra "res corporales" e "res incorporales" e il secondo capo della "Lex Aquilia"*, en *Syntelesia. V. Arangio - Ruiz* (Napoli, Jovene, 1964), p. 795, aunque parece responder más bien a una errónea interpretación de los escritos de Villey por parte de Pugliese.

² En este sentido -expone Vallet de Goytisolo parafraseando a Villey- el jurista romano tenía como objetivo "estudiar cada cosa (*rerum notitia*), y más exactamente lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*), para descubrir lo que cada una es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia situación, *ius suum*, su lugar en el todo". Vallet de Goytisolo, Juan, *Metodología de la determinación del Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), p. 48 (dedica las páginas siguientes a exponer el método tópico utilizado por los juristas romanos). También M. J. García Garrido hace hincapié en esta idea: "las decisiones y enseñanzas de los juristas eran claras y

sencillas, estaban al alcance de los ciudadanos. El jurisconsulto es un práctico, un experto en el consejo certero y la respuesta pensada; no es un teórico ni un doctrinario. Sólo en un aspecto es un científico: cultiva la ciencia de lo justo y de lo injusto... El jurista utiliza un lenguaje común y trata de ser más claro": García Garrido, M. J., *Derecho privado romano*, Vol. I: *Instituciones* (Madrid, Dykinson, 1982), p. 7.

³ Cfr. su *Una introducción a la ciencia jurídica* (Madrid, Civitas, 1989), pp. 251 y ss. En obras posteriores (por ejemplo en *Libertad y Derecho*. Escuela Libre de Derecho, México, 1999 y en *Historia breve del Derecho natural* (Madrid, Colex, 2000) ha desarrollado extensamente las consecuencias que tuvo para la Ciencia Jurídica el cambio de método, el abandono de los modernos de la tópica romanística en pro de unos conceptos y principios abstractos.

⁴ Así lo puso de manifiesto H. Coing al considerar que los juristas romanos fueron fundamentalmente prácticos y no se preocuparon de realizar un estudio teórico del derecho subjetivo. Cfr. Coing, H., *Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht*, en AA.VV., *Arbeiten zur Rechtsvergleichung* (Berlin, A. Metzner, 1959), vol. 5, pp. 8 y ss.; vid. también su *Signification de la notion de droit subjectif*, en *Archives de Philosophie du Droit* 9 (1964), pp. 1 y ss.

⁵ Por ello afirma R. Domingo que "para conocer con exactitud el *ius Romanorum* es preciso que el romanista, antes de sumergirse en el inmenso océano de las fuentes jurídicas romanas, se despoje de las categorías jurídicas actuales, de suerte que pueda captar, libre ya de ataduras conceptuales, cuáles fueron los hábitos lógicos y los esquemas jurídicos de los juristas romanos". R. Domingo, "*Ius ratumque*" y "*ius potestasque*" (*Una contribución al concepto de "ius"*), en *Persona y Derecho* 25 (1991), p. 49.

⁶ Cfr. A. d'Ors, *Elementos de derecho privado romano* (Pamplona, Eunsa, 1975), p. 28. Un estudio clásico sobre los términos *ius* y *directum*, en A. García-Gallo, *Ius y derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 30 (1960), pp. 5 - 47.

⁷ D. 1, 1, 1, pr.: "*ius est ars boni et aequi*". La edición del *Digesto* y de las *Institutiones* que utilizo es la de P. Krueger y Th. Mommsen, *Corpus Iuris Civilis* (Apud Weidmannos, Dublin - Zürich, 1973), vol. I (impresa en Alemania).

⁸ D. 1, 1, 11 (Paulus, liber 14 *ad Sabinum*): "*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate, imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*".

⁹ Expone Gioffredi que "consegue a quanto si è detto, che se abbiamo definizioni romane di *ius* in senso oggettivo (*ius publicum, ius privatum, ius naturale, ius civile, ius praetorium, ius honorarium*), non esiste una definizione di *ius* in senso soggettivo, pur non mancando, ad es., una definizione dell'azione. Sono certo numerosi i testi in cui *ius* è riferito a un soggetto, e talvolta vi figura anche l'espressione *ius suum*, sicché in essi *ius* si può rendere con 'spettanza', 'prerogativa', 'utilità' e persino 'facoltà', ma è certo che in questi testi *ius* si può anche tradurre semplicemente con 'diritto', ove 'diritto' - avviene anche per noi oggi- è sì riferito a un soggetto, ma in definitiva non è altro che quella parte del diritto oggettivo che spetta al soggetto": Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 70 (1967), p. 228.

¹⁰ Cfr. J - P. Schoupe, *La concepción realista del Derecho*, en *Persona y Derecho* 11 (1984), pp. 555 - 566. Una cosa relaciona a las personas y es distinta de cualquier facultad que pueda corresponderles a causa de esa relación. Para este autor "hacer del derecho una norma o una facultad moral significa confundir el derecho con su causa o con su consecuencia, olvidando que, según la concepción realista, el derecho es propiamente la cosa justa en cuanto cosa atribuida y, por consiguiente, debida y

exigible" (p. 622).

¹¹ Loc. cit., p. 623. En sentido similar, J. B. Vallet de Goytisolo, afirmaba que "los textos del derecho romano se refieren propiamente a una res incorporal representativa de la parte justa que corresponde a cada uno en ciertos bienes sociales, y que lo significado en estos casos por esa palabra es la parte justa, id quod iustum est, no el poder que corresponde al sujeto": Vallet de Goytisolo, J., *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo* (Madrid, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1998), p. 17.

¹² A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius"*, en *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), vol. 2, p. 277 [este artículo está publicado también en *Nuevos Papeles del oficio universitario* (Madrid, Rialp, 1980), pp. 280 - 311]. "Con todo -continúa d'Ors-, no dudo que algunos la considerarán censurable, dada la fuerza que inevitablemente ejercen sobre nuestra mente las categorías de la dogmática jurídica moderna, que es necesario abandonar para reconstruir los genuinos conceptos romanos".

¹³ D. 1, 1, 10, pr.: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".

¹⁴ Un breve resumen de la cuestión en C. Vattier, *Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo*, en *Anuario de Derecho Civil* 2 (1981), pp. 14 - 15.

¹⁵ Los escritos de Villey sobre este tema, con un estudio de presentación de A. Guzmán, están recogidos -al margen de su publicación original- en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso (Chile), Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976), e incluye, entre otros, los siguientes artículos: *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*; *Suum cuique tribuens*; *Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo*; *Acerca del sentido de la expresión "ius in re" en el Derecho romano clásico*; *El "ius in re" del Derecho romano clásico al Derecho moderno*; y *La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam*.

¹⁶ *El "ius in re" del Derecho romano clásico* cit., p. 128. También J. - P. Schoupe, *La concepción realista del Derecho* cit., afirma que "la noción de derecho subjetivo era totalmente desconocida en el siglo XIII" (p. 560) y que "ni en Aristóteles, ni en los juristas romanos, ni en Santo Tomás encontramos la idea del derecho como facultad moral. No solamente es ajeno a ellos el concepto de derecho subjetivo, sino que el mismo habríales parecido absolutamente inadmisibles, salvo en un sentido puramente metafórico" (p. 622). En las páginas 563 - 566 ofrece una explicación de sus afirmaciones basándose en los estudios de Villey y d'Ors.

¹⁷ En *Las Instituciones de Gayo* cit., p. 95 afirmaba que "no intentamos en absoluto discutir que las situaciones de hecho actualmente calificadas de derecho subjetivo estén presentes en el Derecho romano" y -continúa en la p. 97- "nadie puede prescindir completamente de la idea de derecho subjetivo. Pero qué diferencia hay entre la idea romana de derecho subjetivo" y la que tenemos ahora.

¹⁸ Cfr. *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo* cit., p. 35. Esta vino a ser la idea más generalizada. F. de Castro reconocía que los textos romanos distinguían en ocasiones el *ius* de la *potestas* y de la *facultas*, pero que no se advierte en ellos una preocupación por caracterizar doctrinalmente el derecho subjetivo, sino que este hecho se produce a partir del carácter marcadamente individualista que el derecho subjetivo adquiere a lo largo del Renacimiento. Cfr. su *Derecho civil de España* (Madrid, Civitas, 1984), p. 566.

¹⁹ *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius"*, cit., p. 280. A. d'Ors hizo notar la ambigüedad del término, "que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad, sin que podamos afirmar sin embargo que los romanos separan netamente los dos aspectos".

²⁰ B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali Palermo* 20 (1949), pp. 232 y ss.; vid. también *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, en *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo* (Milano, Giuffrè, 1963), vol. IV, pp. 1 - 13.

²¹ C. Gioffredi, *Ius, lex, praetor (Forme storiche e valori dommatici)*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 13 - 14 (1947 - 1948), pp. 50 y ss.; *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo* cit., pp. 227 - 238.

²² L. Aru y R. Orestano, *Derecho romano* (Madrid, Epesa, 1944), p. 21, sostenían que "el término *ius* designa para los romanos tanto el derecho en sentido objetivo, entendido éste como norma, cuanto el derecho en sentido subjetivo, esto es, como facultad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico a un sujeto. Correlativamente al concepto de *ius* en sentido subjetivo estaba el de *actio*, esto es, del medio procesal mediante el cual el ordenamiento jurídico aseguraba a los individuos la tutela y la realización de los derechos subjetivos a ellos atribuidos". Conciben el derecho subjetivo como algo atribuido al sujeto, no como un atributo del mismo.

²³ Aunque admite que "la escasa afición que los juristas romanos mostraron por las definiciones hace difícil conocer lo que ellos entendían por *ius*" (*Ius y derecho*, cit., p. 29), afirma también que se puede inducir de sus textos y de la propia evolución del Derecho romano la concepción predominante en aquella que entiende el *ius* como un ordenamiento y, en segundo lugar, como lo lícito con carácter normativo. Pero no tiene inconveniente en admitir su concepción como derecho subjetivo, remitiendo a la doctrina expuesta por A. d'Ors. Cfr. *Ius y derecho*, cit., pp. 29 - 40, en especial las pp. 32 - 33.

²⁴ R. Domingo, "*Ius ratumque*" y "*ius potestasque*" cit., pp. 49 - 58. Años más tarde, en el libro titulado *Auctoritas* (Barcelona, Ariel, 1999), p. 31, continúa manteniendo la misma doctrina.

²⁵ Vid. *Presentación a los Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* de Villey, cit., p. 16 - 19 y *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos*, en *Revista de Ciencias Sociales* 41 (Valparaíso, Chile, 1996), p. 249.

²⁶ J. B. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del Derecho*, cit., pp. 11 y 17 - 18, y *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo*, cit., pp. 18 - 19.

²⁷ Por ello los juristas no utilizaban jamás esta expresión, ya que a ellos tan sólo correspondía declarar lo que "es justo"; sin embargo, la ley podía hacer lo uno y lo otro: "la ley, como es un acto de potestad, puede ratificar y dar validez a los actos justos que de ella se deriven, es decir, puede *ir más allá* de la mera declaración; no así los juristas, que, como tienen autoridad, pero no potestad, pueden decidir lo que es justo, pero no imponerlo". R. Domingo, "*Ius ratumque*" y "*ius potestasque*" cit., p. 53. Para un estudio completo y profundo sobre la *auctoritas* y la *potestas*, vid. su *Auctoritas*, cit. pp. 13 - 105.

²⁸ R. Domingo, "*Ius ratumque*" y "*ius potestasque*" cit., pp. 57 - 58. Algo similar ocurre con la endiádis *facultas iusque*: "En el *Codex Theodosianus* se nos conserva la expresión *facultas iusque*, pero no en el sentido de derecho subjetivo, sino en el de capacidad, como lo confirma la palabra *condicio*": op. cit., p. 56.

²⁹ Cfr. M. Bretonne, *La Coscienza ironica' della romanistica*, en *Labeo* 43 (1997), pp. 187 - 201. Es preciso tener en cuenta que este autor es partidario de estudiar el Derecho romano y sus instituciones sin extrapolaciones de la mentalidad contemporánea, sin tratar de establecer un hilo continuista entre lo que fue el Derecho y lo que es ahora. Por ello rechaza que los juristas romanos pudieran concebir en su mundo algo similar a una categoría jurídica creada con posterioridad. A este método de afrontar el estudio de la romanística se opuso con vehemencia un año más tarde O. Behrends, *Die Person oder die Sache?*, en *Labeo* 44 (1998), pp. 26 - 60.

³⁰ Cfr. A. López - V. L. Montés (coords.), *Derecho civil. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992), pp. 308 - 309 y 346. En el mismo sentido Lacruz - Luna - Rivero reconocen que en todos los tiempos había resultado evidente la vertiente subjetiva del derecho sin necesidad de analizar su naturaleza, y que "la transformación de esa evidencia en un *concepto* se inicia cuando el individualismo del Renacimiento y la filosofía racionalista polarizan hacia la persona la proyección del Derecho y el sentido de lo jurídico (...) Fueron los romanistas del siglo XIX quienes, sobre la base de aquellos textos romanos que hablaban del *ius* como poder o facultad, sintetizaron y describieron estos conceptos, más bien filosóficos, y que en el Derecho civil, no definidos (ni precisando

definición) por la ley, constituyen términos usuales en la doctrina, aptos para denominar las correspondientes generalizaciones, pero sin mayor alcance práctico". J. L. Lacruz - A. Luna - F. Rivero, *Parte General de Derecho civil III, El derecho subjetivo* (Barcelona, Bosch, 1990), p. 82.

³¹ Cfr. *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, cit., pp. 40 - 48.

³² Vid. su *Historia breve del Derecho natural*, cit., pp. 109 y ss.

³³ Digo en principio, porque más tarde atempera sus afirmaciones, negando también que exista en el Derecho romano el derecho subjetivo en su sentido moderno: "Ciò tuttavia non significa che «ius» abbia indicato in forma generale quel che, secondo il diritto, un soggetto poteva fare o che al soggetto spettava, ossia ciò che nella terminologia moderna si chiama *diritto soggettivo*". G. Pugliese, *Instituzioni di Diritto romano* (Padova, Piccin, 1986), p. 39; cfr. también pp. 41 y ss. y 239 y ss., en las que se refiere a la situación jurídica.

³⁴ G. Pugliese, "*Res corporales*", "*res incorporales*" e il problema del diritto soggettivo, en *Studi in onore di V. Arangio - Ruiz* (Napoli, Jovene, 1952), vol. III, pp. 223 - 260.

³⁵ Cfr. "*Res corporales*", "*res incorporales*" cit., pp. 225 - 228.

³⁶ Escribía de Villey que "Nè la posizione del Villey è isolata, giacchè egli non ha che sviluppato e, se me si consente di dire, esasperato le idee del suo maestro, il Monier, che infatti lo cita senza alcuna riserva in un successivo lavoro" y a Albanese le reprocha una adhesión "entusiastica". Cfr. "*Res corporales*", "*res incorporales*" cit., pp. 224 - 225.

³⁷ Cfr. Villey, *Los orígenes de la noción de derecho subjetivo*, cit., p. 35 y B. Albanese, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, cit., p. 10, n. 4. M. Comporti, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli* (Napoli, Jovene, 1972), vol. I, pp. 718 - 719, también se hace eco de estas acusaciones cruzadas, que más bien responden a malentendidos.

³⁸ A. Burdese, *Il concetto di "ius naturale" nel pensiero della giurisprudenza classica*, en *Rivista Italiana per la Scienza Giuridica* 5 (1954), p. 409.

³⁹ Cfr. *Ius, posición justa*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 25 (1955), p. 825. Vid. también su "*Ius*", en *sentido objetivo - subjetivo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 24 (1954), pp. 635 - 636.

⁴⁰ Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, en *Scritti di diritto romano* (Camerino, Jovene, 1974), vol. I, pp. 5 - 9. Este artículo fue publicado originalmente en *Archivio Giuridico* 81 (1908), pp. 361 - 470 y 82 (1909), pp. 417 - 469. Sobre la negación del derecho subjetivo en Thon y otros normativistas, vid. A. Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico* (Murcia, Universidad de Murcia, 1983).

⁴¹ "*Res corporales*", "*res incorporales*" cit., pp. 230. También Ionescu pone de manifiesto que "les Romains ont bâti tout leur système sur cette notion de droit subjectif", pero matiza que es en la época postclásica y sin preocupación por construir una teoría sobre el derecho subjetivo. Cfr. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé* (Bruxelles, E. Bruylant, 1978), pp. 23 y ss.

⁴² O. Robleda, *El derecho subjetivo en Gayo*, en *Studi in onore di G. Scherillo* (Milano, Giuffrè, 1972), vol. I, pp. 7 - 17; El mismo, *La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico*, en *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano* 80 (1977), pp. 23 - 41.

⁴³ M. Kaser, *Zum ius-Begriff der Römer*, en *Essays in honour of Ben Beinart* (University of Cape Town, 1979), vol. II, pp. 63 - 81 (cit. por R. Domingo). No acepta que el término *ius* pueda tener una vertiente objetiva y otra subjetiva al mismo tiempo, en el sentido expuesto por d'Ors.

⁴⁴ En su artículo *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, en *Bulletino dell'Instituto di Diritto Romano* 64 (1961), pp. 33 - 59, da por admitido el derecho subjetivo, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad.

⁴⁵ Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., pp. 284 - 285. Afirma este autor en este mismo lugar que "el juez *pone* las cosas en su sitio; coloca a cada uno en la posición conveniente: en eso consiste precisamente la *iustitia*, virtud eminentemente judicial, si bien puede decirse igualmente del legislador, o de la *lex* misma, que *dat* o *tribuit ius*".

⁴⁶ Cfr. M. Villey, "*Suum ius cuique tribuens*", cit., pp. 63 - 64. Por ello afirma A. Guzmán, refiriéndose al pensamiento de Villey, que "debe insistirse en que no se trata de que los antiguos hayan desconocido la noción de poder: el derecho romano está lleno de poderes; sólo que los antiguos no hacen de los poderes un derecho, ni de la determinación de los poderes el objeto de la ciencia jurídica; como se dijo, el *ius*, en tanto partición justa de ventajas y de desventajas, es delimitadora del poder; el derecho subjetivo, en cambio, lo reafirma". *Presentación a Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit., p. 18.

⁴⁷ M. Villey, op. ult. cit., p. 65: "Se trata, estudiando cada cosa (*rerum notitia*), y más precisamente, lo justo de cada cosa (*justi atque injusti scientia*), de descubrir lo que cada uno es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia condición: *ius suum*, su lugar en el todo".

⁴⁸ Cfr. O. Robleda, *La idea del derecho subjetivo* cit., p. 26.

⁴⁹ Robleda, op. ult. cit., p. 27. Más adelante continúa: "al darse una norma objetiva, se hace patente correlativamente la posibilidad de la pretensión que la norma otorga. Esto es innegable. Sin embargo el relieve de la dignidad de la persona del *cives*, y sus correlativas exigencias emergen todavía más como algo subjetivo, cuando no preexiste una norma concesiva positiva, sino sólo la natural de la *aequitas*; y el pretor, como se insinuó ya más arriba, sólo en base a ella pone en acto sus medios procedurales de protección".

⁵⁰ Cfr. A. M. López, op. cit., pp. 324 - 325, donde de nuevo hace referencia al Derecho natural racionalista como origen del derecho subjetivo y a la disputa entre Windscheid y Muther en torno a esta distinción. En el mismo sentido, cfr. J. L. Lacruz- A. Luna - F. Rivero, op. cit., p. 89.

⁵¹ Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., pp. 285 y ss. También A. Guzmán, *Presentación a Villey, M., Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit., pp. 18 - 19.

⁵² Vgr. D. 50, 16, 86.

⁵³ Si en D. 2, 9, 1, 1 se habla del *ius actoris deterius facere* referido a la persona, en D. 50, 16, 86 se refiere al fundo: *ius fundi deterius facere*. En *Las Instituciones de Gayo*, cit., pp. 86 - 88, afirma Villey que no se puede entender la servidumbre como un derecho subjetivo, sino como una situación pasiva: la relación que liga a un fundo con otro fundo; realidad objetiva que puede convertirse, en relación con el hombre que la aprovecha, en un valor, en una cosa susceptible de utilización jurídica.

⁵⁴ Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., p. 288.

⁵⁵ D. 39, 2, 15, 33: "*posteaquam autem quis possidere iure dominii a praetore iussus est*". Defiende M. Villey que en la época clásica (no justiniana) el *dominium* no podía ser considerado como un *ius* propiamente, sino que venían a establecer el *status* o posición objetiva de la casa y de la persona. Cfr. *Acerca del sentido de la expresión* cit., pp. 109 - 113.

⁵⁶ Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., pp. 288 - 289.

⁵⁷ D'Ors, op. ult. cit., p. 290. También Villey se muestra muy próximo a esta visión cuando se refiere a la propiedad: "*proprietas* no designa en absoluto (en la época clásica) un derecho subjetivo cualquiera; es una cualidad del fundo propia de alguien, una cualidad objetiva de la cual uno puede

hacerse dueño como de un usufructo, de un *ius*, de una cosa incorporal: así es como se dice *dominus proprietatis*. Solamente algunos de los *iura* particulares, el usufructo o la prenda, por ejemplo, objetivamente enfocados en el sistema de las Instituciones, muy pronto podrán ser pensados como derechos subjetivos, por un desplazamiento del sentido natural. Pero esas pocas creaciones aisladas no constituyen un sistema de derechos subjetivos". *Las Instituciones de Gayo* cit., pp. 98 - 99.

⁵⁸ Cfr. d'Ors, op. ult. cit. pp. 285 - 289. Gioffredi reconoce que estas expresiones pueden ofrecer una idea próxima al sentido subjetivo del derecho, pero en realidad muestran un claro valor objetivo. Cfr. *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo* cit., pp. 230 - 235.

⁵⁹ Cfr. *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949), pp. 96 y ss.

⁶⁰ A. d'Ors, op. ult. cit. p. 285.

⁶¹ Citaré estos textos por la edición bilingüe coordinada por F. Hernández - Tejero, *Instituciones* (Madrid, Civitas, 1985).

⁶² A. Guzmán profundiza en esta cuestión en su libro *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995). Vid. también su artículo *La influencia de la Filosofía en el Derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 13 (Valparaíso, Chile, 1995), pp. 140 - 144.

⁶³ O. Robleda, *La idea del derecho subjetivo*, cit., p. 32. Para este autor es difícil que cuando Gayo habla del *ius successionis*, *ius utendi fruendi*, *ius altius tollendi*, etc., no esté pensando en una *facultas*, en un poder, que sería la cara subjetiva de esos *iura*.

⁶⁴ M. Villey, *Las Instituciones de Gayo* cit., pp. 98 - 99.

⁶⁵ M. Villey, op. ult. cit., p. 97.

⁶⁶ Gayo, 2, 14 (p. 108):

"Praediorum urbanorum iura sunt uelut ius altius tollendi aedes et officiendi luminibus uicini aedium aut non extollendi, ne luminibus uicini officiatur".

⁶⁷ Cfr. M. Villey, *Los orígenes de la noción* cit., pp. 35 - 39.

⁶⁸ Cfr. O. Robleda, *La idea del derecho subjetivo* cit., pp. 34 - 35.

⁶⁹ Afirmaba F. de Castro que desde Jhering se ha distinguido netamente entre derecho subjetivo y "situaciones jurídicas protegidas sólo por el efecto reflejo de las normas o del ordenamiento jurídico", que no pueden tener la consideración de verdaderos derechos": op. cit., pp. 600 - 601.

⁷⁰ Gayo 1, 55 (p. 48): *"Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus"*. Y en 1, 54 (p. 48) se refiere a los esclavos: *"ita demum seruorum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit; nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, in potestatem habere non intellegitur"*.

⁷¹ Cfr. O. Robleda, *El derecho subjetivo en Gayo* cit., pp. 8 - 9.

⁷² Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., pp. 293 - 295. Para una idea más completa sobre el alcance de *potestas* en el derecho romano, cfr. F. Hernández Tejero, *Sobre el concepto de "potestas"*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 17 (1946), pp. 605 - 624, en especial pp. 608

- 611; y R. Domingo, *Auctoritas* cit., pp. 15 y ss.

⁷³ Para Villey, siempre refiriéndose al período clásico, cuando Gayo habla de un *ius obligationis*, *ius* designa un lazo objetivo de obligación, el *vinculum* mismo, y no el derecho del acreedor. Cfr. *Acercas del sentido de la expresión "ius in re"* cit., pp. 109 - 113.

⁷⁴ Cfr. O. Robleda, *El derecho subjetivo en Gayo*, cit., pp. 13 - 14.

⁷⁵ A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., p. 297. En la página siguiente expone una serie de textos en los que el término *ius* aparece en su sentido subjetivo: D. 2, 8, 7, pr.; 40, 11, 3; 48, 7, 7; 49, 17, 19, 2; etcétera.

⁷⁶ D. 1, 3, 41.

⁷⁷ A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos* cit., p. 299.

⁷⁸ A. d'Ors, *ibidem*.

⁷⁹ Gioffredi, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo* cit., p. 238. En el mismo sentido se pronuncia H. Coing, que diferencia las épocas arcaica y clásica, en las que el derecho subjetivo apenas tiene importancia, y la época postclásica, en la que comienzan a afianzarse algunas figuras más propias del subjetivismo; cfr. su *Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht* cit., pp. 8 - 14.

⁸⁰ Cfr. Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, cit., pp. 23 y ss.

⁸¹ Albanese sitúa al final de la República el nacimiento de la idea del derecho subjetivo, que sería perfilado en etapas posteriores, y así expone que "noi, per conto nostro, non condividiamo questa opinione (se refiere a la negación taxativa de Villey en su primer artículo, después matizada). Non ci sembra discutibile un ricorrere del termine *ius* in senso subiettivo nelle fonti, anche se non isolato linguisticamente da un più ampio senso, o valore, attributivo. Ci avviciniamo alquanto alla posizione accennata ora nell'affermazione dell'utilizzazione sistematica limitata e relativamente tarda di questa accezione soggettiva. Essa, per noi, si è operata sulla fine della Repubblica in connessione ad un processo graduale di autonomizzazione di specifiche situazioni soggettive (diritti soggettivi, nel senso corrente: diritto di credito, di successione, diritti reali frazionari) da un'originaria, indifferenziata situazione soggettiva di prevalenza (*meum esse*)": B. Albanese, *Appunti sui alcuni* cit., p. 10.