

Las concepciones de los derechos subjetivos en la Escolástica

Julio GAMBA *

Sumario

Introducción 1. Las concepciones objetivas de los derechos subjetivos 1.1. *El derecho subjetivo como officium* 1.2. *Derechos subjetivos cosificados* 1.3. *El derecho subjetivo como licitud* 1.4. *El derecho subjetivo como lo debido* **2. Las concepciones subjetivas de los derechos** 2.1. *La diferenciación de los derechos subjetivos subjetivistas* 2.1.1. *La facultad constitutiva o cualidad* 2.1.2. *Las facultades configurativa e institucional* 2.2. *Los derechos subjetivos como permisos dependientes* **3. El derecho subjetivo como relación determinada e indeterminada** 3.1. *El derecho subjetivo como deuda y exigibilidad* 3.2. *Los derechos subjetivos desprotegidos.* **Conclusión**

Introducción

Este trabajo registra algunas acepciones medievales y modernas de los derechos subjetivos, anteriores a la codificación, en las que la primera y segunda Escolástica jugaron un papel relevante. Es posible distinguir en el pensamiento jurídico precodificador, entre una noción «objetiva» o estatutaria de los derechos subjetivos; y un enfoque que asienta los derechos en la voluntad o intereses del titular. En ambos casos, el derecho subjetivo implica una relación, entendida como deuda y exigibilidad.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Summa Cum Laude*; Profesor de Introducción al Derecho. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Teoría del Derecho. **Universidad de Buenos Aires**, Especialista en Elaboración de Normas Jurídicas; Magíster en Filosofía del Derecho.

Antes que ser una exposición estricta y exacta de diversos autores y momentos, el interés por perfilar nociones nítidas hizo que elementos que se encontraban mezclados en las fuentes, fuesen separados, extremando las diferencias. En otras ocasiones se procedió en forma contraria, acercando enfoques distantes a una noción común.

Como advierte CARPINTERO, «las nociones de libertad, facultad, potestad y dominio» coexisten en forma entremezclada en las doctrinas de los teólogos medievales y modernos¹. También, aunque en menor proporción, esta yuxtaposición se presentó en los civilistas y, remontándose a través de ellos, en el Derecho romano justinianeo².

1. Las concepciones objetivas de los derechos subjetivos

El derecho subjetivo puede ser entendido como un conjunto de ventajas y desventajas que se derivan del ordenamiento jurídico, que no son otorgadas en atención exclusiva de los intereses de su titular, o no se encuentran bajo el dominio total de su voluntad. Estas dos notas permiten diferenciar este sentido. Ejemplos actuales los encontramos en el contenido de instituciones como la «patria potestad»; en los llamados derechos «estatutarios» de los funcionarios públicos y en los numerosos derechos que no pueden ser alterados por las partes.

¹ CARPINTERO, Francisco: «El desarrollo de la libertad personal en la Escolástica». En: *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003, p. 181.

² Un término particularmente ambiguo, fue el *fas*, que se puede entender cercano a licitud, facultad, potestad o libertad, según la interpretación que se asuma. Otro ejemplo lo representa BELLAPERTICA, quien en el siglo XIII, identifica cinco sentidos de potestad: Imperio, dominio, derecho originario, libre disposición y facultad lícita. Aproximadamente 20 años antes, otro glosador bajo medieval, Luca DA PENNA, al comentar los tres últimos libros del *Codex* justinianeo, enumeró 27 acepciones del término «derecho», algunas de las cuales se vinculan con lo que actualmente se entiende por diferentes nociones del derecho subjetivo. *Vid.* RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel: «*Jus commune* y derechos subjetivos en el siglo XVI». En: *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003, pp. 297-299.

1.1. El derecho subjetivo como *officium*

FOLGADO comenta, refiriéndose al libro I de las *Instituciones* de GAYO, y también al libro I de las *Instituciones* de JUSTINIANO, que el término *ius* es sustituido varias veces por la palabra «potestad». Sin embargo, advierte que la patria potestad y la *dominica potestad* no implican solo beneficios, sino que son «justos que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones, cargas; por parte del titular y por parte del sometido»³. A cada uno su derecho, quiere decir «a cada persona o cosa su estatuto, su condición jurídica, su lugar en el sistema, su papel en la escena de la vida jurídica»⁴.

Los civilistas medievales y modernos mantuvieron hasta bien entrado el siglo XVI esta concepción estatutaria, que, según CARPINTERO, «veía en cada situación, oficio o profesión un *officium* del que se desprendían consecuencias tan objetivas que no quedaba *ad libitum* de cada parte exigir las realmente o no, que es lo típico del derecho subjetivo»⁵.

Hernández, oponiéndose a la extensión a todos los derechos subjetivos actuales de los atributos de goce y disposición, da cuenta de la presencia de este enfoque clásico, dentro del Derecho Familiar actual, al considerar que no resulta lo más adecuado utilizar la palabra «gozar» del derecho, para designar el «hecho de tener el derecho, de ser titular». Así, tener un derecho subjetivo «puede no significar algo efectivamente grato, a lo que induciría la palabra ‘gozar’. No cuadra, en efecto, decir del padre de familia que a las tres de la mañana debe interrumpir su sueño para atender a un hijo enfermo»⁶.

GATTI, desarrollando su propia clasificación de los derechos subjetivos en la que distingue entre poderes y facultades, también destaca que el derecho subjetivo familiar es un poder sobre determinadas personas del que la ley inviste

³ FOLGADO, Avelino: *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*. Pax Juris. San Lorenzo de El Escorial, 1960, p. 87.

⁴ *Ibid.*, p. 90.

⁵ CARPINTERO: *ob. cit.*, p. 42.

⁶ HERNÁNDEZ, Héctor: *Derecho subjetivo, derechos humanos*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2000, p. 44.

a su titular, pero en beneficio de la persona sometida al poder. Piensa que el interés protegido es superior y supraindividual, y lo denomina «interés familiar»⁷.

CARPINTERO entiende que la concepción estatutaria del derecho subjetivo se encuentra presente en el *officium* actual de ser padre, que implica simultáneamente facultades y deberes respecto al hijo, derivadas de una posición⁸.

La existencia de estos derechos denominados «funcionales» o «altruistas», es una de las críticas que se les dirigen a las concepciones voluntaristas basadas en el interés o el parecer del titular, entendidas como fundamento de todos los derechos subjetivos.

1.2. *Derechos subjetivos cosificados*

La existencia de rasgos objetivos también se muestra en la diferencia actual entre los derechos personales, dominados por el principio de autonomía de la voluntad, y los derechos reales que, aunque disponibles, resultan inmodificables en su contenido por las partes⁹.

Este orden público inmodificable de los derechos reales hunde sus raíces hasta la Baja Edad Media y el Derecho clásico. Es una herencia de cuando los derechos reales pertenecían a las cosas, no a sus dueños, por lo que no podían ser alterados por los sujetos. MEGÍAS, comentando el *Digesto*, explica:

... cuando leemos *ius altius tollendi*, no se quería significar «la facultad de elevar el edificio», sino la posición justa de edificio elevado; *ius tigni immittendi* no significaba la facultad de apoyar una viga en el edificio vecino, sino la posición justa de edificio que apoya su viga en el edificio vecino¹⁰.

⁷ GATTI, Edmundo: *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 163.

⁸ CARPINTERO: ob. cit., p. 87.

⁹ GATTI: ob. cit., p. 82.

¹⁰ MEGÍAS, José: «El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos»: En: *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003, p. 29.

Francois LE DOUAREN, humanista jurídico francés del siglo XVI, siguiendo a PAPINIANO, destaca que la servidumbre se debe a la finca y no a la persona. Sería un derecho, un *ius*, que no es una facultad de un propietario, sino una situación jurídica que afecta a dos fincas colindantes¹¹. Esta acepción objetiva no es controvertida en la actualidad.

KANT, en su *Principios metafísicos de la teoría del Derecho*, publicado en 1797, representa el rechazo de la edad contemporánea al punto de vista objetivo. Afirmó que si a todo derecho correspondiese un deber, y si dicho deber se ejerciera sobre la cosa, la cosa no podría traspasarse. Por eso, KANT piensa que el Derecho y las relaciones jurídicas se presentan solo entre las personas¹².

A KANT, propulsor de la llamada teoría unitaria personalista de los derechos subjetivos, se opuso SAVIGNY, precisamente, porque consideró que la lectura kantiana producía confusión, oscureciendo afinidades y diferencias entre los conceptos jurídicos, dándoles un sentido distinto al que tenían en Roma¹³.

PUFENDORF, antes de KANT, postuló que la propiedad y la comunidad de bienes, las dos formas de dominio, no afectan a las cosas. Solo producen un efecto moral sobre el resto de los seres humanos, por lo que las instituciones jurídicas no pertenecen a la naturaleza, sino que proceden de una imposición humana¹⁴. RODRÍGUEZ PUERTO piensa que con tal planteamiento comenzó a separarse el Derecho de la realidad física, quedando la voluntad como el único fundamento para construir lo jurídico. El autor comenta las consecuencias de las diferencias entre el viejo enfoque objetivo y la nueva perspectiva subjetivista, que, a su criterio, se inician con PUFENDORF:

¹¹ RODRÍGUEZ PUERTO: ob. cit., pp. 308 y 309. Sin embargo, también consideraban a las servidumbres como facultades o poderes en manos de un sujeto, por lo que algo de la visión más moderna ya se contenía en su lectura clásica.

¹² GATTI: ob. cit., pp. 87 y 88.

¹³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel: «Propiedad e individuo en la modernidad». En: *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003, p. 366.

... si el ente moral queda solo frente a un mundo dominado por la necesidad que no puede ofrecer criterios éticos –pues esto supondría introducir la necesidad en la moral– la voluntad del sujeto se convierte en el elemento decisivo para la elaboración de principios normativos (...) hombres como ARISTÓTELES, Tomás DE AQUINO o los juristas del *ius commune*, consideraban que la realidad exterior al sujeto sí tenía un papel básico en el desarrollo del orden jurídico. Esa realidad no estaba reducida a la naturaleza física pasiva de los modernos, sino que se componía también de las necesidades, utilidades, circunstancias sociales en las que se desenvolvía la vida, y que componían un factor muy importante en el establecimiento del estatuto jurídico de una persona¹⁵.

Si bien el uso actual del término «derechos subjetivos» difiere del enfoque clásico, medieval y moderno, que consideraba a las cosas titulares de derechos, hay campos como los de la regulación de la fauna silvestre y en cautiverio en los que los objetos animados parecen sujetos de derecho, y en los que existe cierta pretensión de fundamentar derechos subjetivos en la naturaleza de las cosas. Esto representa una extensión del criterio clásico que mantiene cierta vigencia en su ámbito tradicional, como sucede con la servidumbre entre fundos.

1.3. *El derecho subjetivo como licitud*

Dentro de la concepción objetiva, se puede cambiar el énfasis del estatus del actor al de la acción, también determinada por el ordenamiento jurídico. El derecho como *officium* se completa, en la Edad Media y Moderna, con el derecho subjetivo como *licere*. Pasivamente, es lo permitido, un proceder conforme a las leyes. Activamente, es estar facultado para un hacer. Solo quien actúa dentro de su derecho está en lo lícito y, por eso, se encuentra protegido por la ley¹⁶.

A la noción de derecho subjetivo como lo lícito se llegó, en la Edad Media, por la llamada «controversia sobre la pobreza de Cristo». Siguiendo las exigencias de la orden mendicante, los franciscanos pretendieron renunciar

¹⁵ *Ibid.*, p. 367.

¹⁶ FOLGADO: *ob. cit.*, pp. 213 y 214.

a todo derecho sobre los bienes terrenales, alegando que Cristo y los apóstoles hicieron otro tanto.

Juan XXII no se mostró conforme. Discurriendo como jurista, afirmó «es imposible el simple uso de hecho sin algún derecho. Si el simple uso de hecho fuera posible sin algún derecho, el acto de usar sería no justo, pues respecto de él no hay derecho»¹⁷. La tesis franciscana provocaría, en consecuencia, que la conducta de Cristo y los apóstoles, que usaban las cosas que les resultaban necesarias para su subsistencia, sin valerse de un derecho consagrado positivamente, fuese ilícita. Miguel DE CESENA, en *Appel, in majori forma*, contestó:

... no es necesario que en la base de todo acto lícito haya una ley que lo autorice, basta la licencia; consiguientemente, si el acto de uso desprovisto de todo derecho y toda licencia es ilícito, no lo es cuando, sin que haya derecho, hay licencia¹⁸.

A Juan XXII el criterio no lo convence. La licencia explica, en todo caso, por qué el acto no es injusto. Falta explicar por qué es justo. En *Quia vir reprobus*, el Papa expresó:

... quien realiza un acto de uso con licencia, pero sin derecho, o usa injustamente, o usa justamente, o usa ni justa ni injustamente. Si se contesta que se usa injustamente, se está de acuerdo con las Constituciones *Ad conditorem* y *Quia quorundam* según las cuales, quien usa sin derecho, usa injustamente. Si se dice que justamente, se sigue que con derecho, puesto que, lo que se hace justamente, se hace con derecho. Si, ni justa ni injustamente, se afirma un imposible, pues no hay actos humanos indiferentes: ni buenos ni malos, ni justos ni injustos¹⁹.

Se formula así, una regla de clausura inversa a la que existe en el pensamiento jurídico actual: Toda acción que implique el uso de las cosas, debe

¹⁷ Ibid., pp. 130 y 131.

¹⁸ Ibid., p. 131.

¹⁹ Ídem.

tener una habilitación expresa para ser lícita, no bastando con que no esté expresamente prohibida.

Una vía alterna para satisfacer la exigencia de plenitud, fue concebir distintos ordenamientos normativos jerárquicamente vinculados. OCCAM, mediante su *Opus nonaginta dierum*, intervino en la controversia sobre la pobreza de Cristo elaborando una compleja teoría que distingue entre Derecho positivo –*ius fori*– y Derecho natural –*ius poli*–. A su vez, el Derecho natural contiene tres modos. *Primo modo*, es el dictamen de la recta Razón divina comunicado a la razón humana de forma infalible, absoluta, imperativa e inmutable. *Secundo modo*, es el dictamen de la recta Razón divina para el estado de naturaleza, aquel en el que vivirían los hombres si se decidieran vivir según la simple razón natural, prescindiendo de toda ordenación humana. *Tertio modo*, es dictamen de la recta Razón divina *ex suppositione*.

Los derechos naturales *primo modo* son irrenunciables, absolutos, universales e imperativos en el sentido de ser para el titular, tanto derechos como deberes, como en el caso del derecho a la vida. Los emanados del Derecho natural *secundo* y *tertio modo* son dispositivos y pueden renunciarse libremente: la comunidad de bienes y la igual libertad de todos –*secundo modo*–; el derecho de la comunidad a elegir sus jefes y del pueblo a darse sus leyes –*tertio modo*–.

La renuncia a los derechos humanos naturales de segundo y tercer modo no significa su extinción, sino solo su aletargamiento, por lo que en ciertas circunstancias, reviven. Por ejemplo, la comunidad de bienes originaria resurge con el estado de necesidad o penuria. Y el derecho del pueblo de darse a sí mismo las leyes también resurge, si el emperador, monarca o autoridad en quien lo delegó, no cumple²⁰. De esta forma, se satisfacen las exigencias de una licitud expresa, para que cada conducta posible cuente con una habilitación normativa.

²⁰ *Ibíd.*, p. 143.

1.4. El derecho subjetivo como lo debido

De las tres acepciones principales de derecho subjetivo: Norma jurídica, poder jurídico y conducta, Tomás DE AQUINO entiende a la tercera como la principal²¹. El primer sentido del derecho subjetivo es la conducta jurídica debida, incluso desde el punto de vista del titular del derecho. Si el derecho es un poder, lo es solo para una conducta conforme a la norma y los valores jurídicos a los que la norma debe servir. Toda conducta relevante se encuentra constitutivamente determinada por las normas que, a su vez, se orientan al bien común. Para esta perspectiva objetiva, el derecho subjetivo no es una libertad, pues la libertad puede ser antijurídica. Tampoco representa la expresión de una voluntad o interés individual, sino que es de carácter objetivo: racional y constitutivamente social.

Para Tomás DE AQUINO no es determinante la consideración de una naturaleza humana como causa eficiente, de la que se extraerían normas que permiten enjuiciar acciones. Lo decisivo es la causa final. «La naturaleza humana no expresa tanto la fuente, como la forma de proceder, y el proceder específicamente humano es mediante fines, necesariamente múltiples»²².

El derecho subjetivo es un debido actuar hacia el fin, por contraposición a la idea voluntarista del derecho subjetivo ajena a la determinación. En Tomás *de Aquino* se privilegia incluso a la cosa justa, que es algo de la razón, que priva sobre el sujeto titular del derecho y su poder. Se trataría de un derecho y no de una obligación, en tanto persigue en los actos y relaciones concretas, el bien o la perfección del titular. Las acciones permitidas resultan indiferentes para el bien o el perjuicio del sujeto. Considerar como permitidas acciones más bien irrelevantes, muestra la tendencia a la completitud prescriptiva del orden jurídico objetivo clásico.

El rechazo de la primacía del derecho por sobre el deber obedece, en la actualidad, a la intención de oponerse a lo que se entiende como una visión egoísta,

²¹ HERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 26-36.

²² CARPINTERO: ob. cit., p. 170.

individualista y deformadora de los derechos subjetivos, que termina volviéndolos de imposible ejecución. Esta es la posición de VILLEY. Según LACLAU, la función de un enunciado jurídico no es prescribir una conducta, sino indicar una realidad²³. Aunque se trata, en todo caso, de una realidad práctica, no físico natural, orientada a realizar la finalidad de las acciones.

2. Las concepciones subjetivas de los derechos

En el Derecho clásico, la noción de permisión o facultad se vinculaba con las consecuencias favorables de una institución jurídica. No se entendía, al menos predominantemente, como manifestación de la voluntad del sujeto, aunque tal voluntad participaba en la actualización de las ventajas que el derecho establecía para su titular.

El Derecho romano no negó la acción libre, pero la consideró doméstica, en buena medida ajena al ordenamiento jurídico. El Derecho se ocupó principalmente del tráfico entre *pater familias*, considerados como la conjunción en un mismo sujeto, de tres estatutos diferentes –ciudadano, familiar y personal–, que se pueden considerar como paquetes de funciones que el Derecho asignaba al individuo. Dentro de los márgenes de cada función, había una progresiva libertad de acción, si se entienden en el orden expuesto.

En la Escolástica medieval, y sobre todo moderna, gradualmente, surgió la idea de un Derecho natural que reconoció la existencia de un sujeto previo e indeterminado por el ordenamiento normativo, y dentro de las conductas efectivamente reguladas, enfatizó las «posibilidades de hacer, sin ordenar ni prohibir nada»²⁴.

2.1. La diferenciación de los derechos subjetivos subjetivistas

Los autores medievales y modernos hicieron un uso ambiguo de los términos antiguos, especialmente del *fas*. Para algunos tenía un significado prescriptivo,

²³ LACLAU, Martín: «Reflexiones acerca del carácter prescriptivo del Derecho y su lenguaje». En: *Conducta, norma y valor*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1999, p. 191.

²⁴ CARPINTERO: ob. cit., p. 88.

desvinculado a la licitud objetiva, en tanto se encuentra asentado en la voluntad del sujeto que no requiere de una habilitación normativa. Para otros, se relacionaba con actuaciones derivadas de un enunciado de competencia. Las competencias, a su vez, a veces se vinculaban con la constitución libre del sujeto, previa al Derecho; y otras, con la capacidad de actuar válidamente dentro del Derecho, lo que a su vez se puede entender de dos maneras. La interpretación que aquí se propone, orientada a lograr la coherencia entre estas distinciones, a veces confusas y nunca unánimes, diferencia entre un derecho subjetivo constitutivo, entendido como libertad; un derecho subjetivo configurativo, entendido como potestad o capacidad; un derecho subjetivo institucional, entendido como facultad; y un derecho subjetivo prescriptivo, entendido como permisión dependiente, que deroga parcial o totalmente una prohibición anterior.

2.1.1. La facultad constitutiva o cualidad

Para los romanos, la diferencia entre *ius* y *fas* consistía en que el *fas* se refería a toda acción lícita que, a diferencia del *ius*, no requería declaración pública.

Para autores modernos como DE GERSON, CONRADO, VITORIA, SALÓN y ARAGÓN, *fas* es lo lícito y, por lo tanto, un sinónimo de *licere* en el aspecto activo. Alejandro DE ALÉS, en la Baja Edad Media, citó a las «etimologías» como autoridad que justifica esta lectura²⁵. Estos autores mantienen la exigencia de una norma habilitante para que la conducta no sea ilícita.

DE SOTO, otro escolástico de la modernidad, entendía que facultad es la facilidad o comodidad para hacer, en tanto no se ve entorpecida por un obstáculo. Un sinónimo de *potestas* o principio específico e inmediato de la acción, que no es una fuerza psicológica, ni física, sino propiamente moral, aunque legítima y jurídica en tanto reconocida— aunque no constituida— por el ordenamiento²⁶.

La traducción de *fas* como licitud objetiva, o como potencia que brinda a la voluntad una facilidad de hacer, depende de cómo se interprete a los comentaristas

²⁵ *Ibid.*, p. 59.

²⁶ FOLGADO: *ob. cit.*, p. 216.

de Isidoro DE SEVILLA. En cita del canonista GRACIANO, *fas* es la «posibilidad –amparada por la ley divina– de actuar libremente sin daño para otros»²⁷. Si bien se menciona la habilitación de la ley –divina–, esta puede entenderse como una autorización dada por una autoridad normativa –*supra* terrenal–, como una norma que otorga capacidad de actuar por la constitución libre del sujeto, otorgada por Dios, en el momento de su creación. No sería una prescripción, sino una capacidad o competencia, entendida como libertad. Esta libertad constitutiva es incommunicable e inmensurable, y solo se determina externamente en forma negativa, cuando afecta otra libertad.

Esta transición desde la licitud que exige una habilitación positiva, previamente otorgada por el ordenamiento normativo, a la facilidad de actuar que solo se limita por los daños que afecten a otra libertad o un derecho, no fue unánime y pacífica. Los pensadores humanistas, más fieles al espíritu clásico, continuaron entendiendo la licitud como una habilitación normativa. Para un civilista del siglo XVI, toda acción que pudiese ser intersubjetivamente relevante debía estar regulada, para mantener el control social, por lo que: «la ausencia de regulación no supone la existencia de una especie de licitud jurídica a todo lo no prohibido expresamente»²⁸.

Para algunos autores de la segunda Escolástica, en cambio, *potestas* es una de las divisiones del concepto más general de potencia que, a su vez, constituye una de las divisiones de la categoría de la cualidad, predicamento supremo que determina a la sustancia en su ser y obrar. Hay tres tipos de cualidad, conformados por parejas de contrarios: forma y figura, potencia e impotencia, hábito y disposición. La potencia se manifiesta en la fuerza, la capacidad, la virtualidad y la energía, y se diferencia de la posibilidad o aptitud de un ser para existir, que puede ser lógica –la no contradicción de las notas constitutivas del ser–, o causal –que es la existencia de una causa que sea razón suficiente de la producción del ser–. Hay potencia activa u operativa en la capacidad para realizar un acto; y potencia pasiva o receptiva, en la capacidad para recibir un acto. A los

²⁷ CARPINTERO: ob. cit., p. 45.

²⁸ RODRÍGUEZ PUERTO: ob. cit. («*Ius commune...*»), p. 311.

poderes concretos de las potencias activas, que son físicos, psicológicos o morales, la Escolástica los llama «potestades». Así, el derecho subjetivo en general, es visto como una potestad moral de la persona²⁹.

La potestad del derecho subjetivo es así una manifestación de la potencia, y la potencia es una cualidad de la sustancia. CARPINTERO distingue entre una facultad jurídica asociada con las formas del ordenamiento jurídico y una cualidad pre-jurídica. «La palabra facultad designaba la posibilidad de hacer de acuerdo con la ley que ya existe, mientras que la de cualidad –*qualitas*– designaba una realidad humana que existe por sí, al margen de cualquier ley preexistente»³⁰.

Juan DE GERSON, en su *Tractatus de potestate ecclesiastica*, también entendió a la potestad como cualidad, una justicia primera, pre-jurídica, una libertad que resulta de una liberalísima concesión divina. «De este modo, la antigua ley natural (relacionada con la licitud normativa determinada por la autoridad) quedaba sustituida por un conjunto de libertades individuales»³¹. CONRADO, seguidor de DE GERSON, incorpora la libertad pre-jurídica al mundo jurídico al considerar que «la libertad es una especie del Derecho, ya que el Derecho siempre tiene lo libre en su definición, de forma que cada cual hace lo que quiere, por lo que la persona libre siempre tiene derecho sobre su persona»³².

Gabriel BIEL, basándose en la definición de libre arbitrio de San ANSELMO, explicó que eran iguales lo libre y lo necesario, porque lo libre lo producimos por la libertad, pero no en forma contingente, sino voluntaria. BIEL entendía a la voluntad como un poder que, al querer algo, se mueve y se domina a sí mismo. Afirmaba que «la libertad de arbitrio es la voluntad racional»³³. Lo racional, por su parte, expresa una especie de norma. Según BIEL, «decimos que tal persona es libre aunque inmutablemente se ordena a esto»³⁴. La libertad

²⁹ FOLGADO: ob. cit., p. 215.

³⁰ CARPINTERO: ob. cit., p. 88.

³¹ *Ibid.*, p. 180.

³² *Ibid.*, pp. 184 y 185.

³³ *Ibid.*, p. 185.

³⁴ *Ídem.*

sería normativa por sí misma, en tanto que al ejercerla racionalmente, manifiesta una regularidad de conducta.

Francisco SUÁREZ no consideró a la libertad como indeterminación ajena a las normas, o un ejercicio de la voluntad subordinado a la razón, del que proviene su regularidad normativa. En su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, menciona que «la Ley natural permite con propiedad, pues no es meramente negativa (...) sino que indica positivamente, y dispone, que tales cosas sean indiferentes»³⁵. La libertad es un espacio de indiferencia normativa, entendida más bien como permisión, que consagra el Derecho natural, conforme la visión de santo Tomás. Pero esa acepción del derecho subjetivo era una potestad subjetiva anterior a cualquier ley positiva o humana³⁶.

2.1.2. Las facultades configurativa e institucional

El *fas* puede entenderse como una regla moral relativa a los actos libres y conscientes –cualidad o facultad constitutiva–, o como una condición de las personas y las acciones que se ajustan a la regla moral, entendida como sinónimo de jurídica –potestad o facultad configurativa–. Según CARPINTERO, se rompe con la fundamentación natural u objetiva del ordenamiento normativo³⁷, para asentarla en la voluntad del titular de un derecho, basada en su condición moral e individual. Mientras la cualidad o facultad constitutiva actúa fuera de lo jurídico, aunque sin llegar a contradecirlo, la facultad configurativa opera dentro del ordenamiento normativo positivo.

El derecho subjetivo como facultad configurativa es una facultad ajustada a la ley, y derivada de ella. El papel de esta voluntad consiste en intervenir en la actualización del derecho subjetivo. «La voluntad, pues, del titular, ni es el derecho, ni lo causa; el derecho es donación de la ley (...) Sin embargo, la intervención de la voluntad puede ser condición o título para que la ley lo otorgue»³⁸.

³⁵ *Ibid.*, p. 224, cita tomada del libro I, capítulo 16, parágrafo 8.

³⁶ *Ibid.*, p. 225.

³⁷ *Ibid.*, p. 237.

³⁸ FOLGADO: *ob. cit.*, p. 219.

Esta facultad tiene dos grados de determinación. En un primer momento, se puede considerar como la capacidad de obrar, para obtener los resultados deseados, previamente establecidos por el ordenamiento jurídico. Johannes ALTHUSIUS, autor del siglo XVI, distingue en su *Dicaleologica* los requisitos de un acto relevante para el Derecho, que son la voluntad, la facultad y, además, «la necesidad de que ese acto voluntario y autorizado se haga con las formalidades precisas»³⁹. Una vez asumida la forma establecida por el Derecho, la voluntad o potencia se vuelve institucional.

CONRADO DE SUMMERHART, autor de finales del siglo XVI, discípulo de Juan DE GERSON, en su obra *De contractibus licitis adque illicitis tractatus*, separó el Derecho como ley, del derecho como potestad. Dicha potestad, por su parte, se presenta materialmente, en forma absoluta, como capacidad de producir actos; y, formalmente, en forma relativa, mediante lo que es propiamente el dominio⁴⁰.

Para el civilista KAHL, así como para VUTELIUS, el *ius* como potestad o facultad, aquí llamada «configurativa», se refiere a las personas, los *sui iuris*. Quienes carecen de dicha facultad son denominados *alieni iuris*. La facultad, aquí llamada «institucional», se relaciona con derechos subjetivos sobre las cosas, el usufructo o con la acción procesal⁴¹. Dentro del ámbito de ejercicio de la facultad institucional están también los *alieni iuris*.

Pierre DE LA GREGÓRIE, conocido como Petrus GREGORIOS THOLOSANUS, también distinguió entre la facultad por la que podemos jurídicamente hacer algo con alguna cosa, y la potestad que versa sobre el dominio del amo sobre los esclavos⁴².

Las facultades institucionales pueden tener un carácter restringido y objetivo, o pueden tener un carácter amplio y subjetivo.

³⁹ RODRÍGUEZ PUERTO: ob. cit. («*Ius commune...*»), p. 339.

⁴⁰ CARPINTERO: ob. cit., pp. 85 y 86.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 313 y 314.

⁴² *Ibid.*, p. 331.

Para DE SOTO y MOLINA, uno de Salamanca y el otro de Coimbra, ambos escolásticos españoles de la modernidad, el dominio, en sentido amplio, es un orden o relación de personas o cosas poseídas, sean bienes, sean partes de la propia persona, sean cosas comunes o privadas, sean vínculos entre personas superiores e inferiores. No se identifica con la propiedad y ni siquiera con libre disposición o arbitrio. Los poderes incluidos dentro del dominio en sentido amplio abarcan las relaciones entre el padre y el hijo, y entre los gobernantes y los súbditos, que son derechos y, sin embargo, no implican los poderes de disposición. El derecho, pues, no puede definirse como poder de libre disposición. «Libre disposición o arbitrio significan, no solo libertad, poder de hacer, sino y sobre todo elección: poder de hacer o no hacer (...) Mas hay derechos que son al mismo tiempo deberes y, por lo tanto, reglados, dirigidos, sometidos a la ley en su ejercicio»⁴³. Así, el gobernante y el padre están obligados a cuidar de sus súbditos e hijos, y a procurar su bien. Es, conforme a lo ya visto, el uso estatutario del derecho subjetivo, que no se puede entender como manifestación de la constitución libre del sujeto, o arraigar su ejercicio en la autonomía de su voluntad.

Al lado de los derechos que implican obligaciones, hay derechos que son absolutos para su titular, el dominio en sentido restringido. Domingo DE SOTO, el último de los salmanticenses, en su tratado *Sobre el derecho y la justicia*, enfatiza que este dominio en sentido restringido, noción equivalente a la de pertenencia, implica necesariamente un uso exclusivo sobre la cosa poseída. El dominio en su sentido restringido designa al actual derecho de propiedad, solo que el término *propietas* tenía, para el momento, un significado procesal, consistente en la acción de reclamar lo que es propio. En este sentido restringido de dominio, considera CARPINTERO, que «resulta patente el abandono de la noción romanista y tomista de *officium* y su sustitución por una consideración francamente subjetivista del derecho»⁴⁴.

Fernando VÁSQUEZ DE MENCHACA, español del siglo XVI, en sus *Controversias ilustres*, va más allá al considerar al *dominium* sobre las cosas como un

⁴³ FOLGADO: ob. cit., p. 226.

⁴⁴ CARPINTERO: ob. cit., pp. 208 y 209.

coto en el que su titular puede hacer lo que quiere. El gobernante no puede despojar de la propiedad al súbdito, incluso, aunque haga un mal uso de ella⁴⁵. Es una concepción parecida a la que expone Juan DE PARÍS, quien en el siglo XIV, anticipadamente a LOCKE, postula que cada hombre es dueño de sus bienes por ser producto de su esfuerzo. El príncipe no tiene propiedad o soberanía sobre los bienes de los particulares, sino solo jurisdicción, entendida como la capacidad de discernir qué es lo justo o injusto. El legislador solo interviene para superar los conflictos entre propietarios y, excepcionalmente, para resolver las situaciones de necesidad⁴⁶.

Este enfoque liberal era minoritario, aún bien entrada la modernidad. Juristas de intención sistematizadora que vivieron en el siglo de VÁSQUEZ DE MENCHACA, como ALTHUSIUS y DONEAU, consideraron que el *dominium* del sujeto se encontraba siempre limitado por el dominio eminente del gobernante, que atiende al bien común. También PUFENDORF, de talante más liberal que VÁSQUEZ en otros aspectos, entiende que el mal uso de las cosas va en detrimento de la sociedad y es una ofensa a Dios, por lo que siempre se debe impedir el empleo abusivo de la propiedad⁴⁷.

La coexistencia de una noción general —en forma objetiva— y otra estricta —en forma subjetiva— de dominio, no fue aceptada por los glosadores y humanistas, más fieles al espíritu clásico. Para ellos, el *dominium* en sentido estricto no llegó a ser un *ius*, sino que permaneció vinculado a las cosas y parcialmente ajeno al arbitrio del titular. Aún entrado el siglo XVI, los civilistas continuaban reflejando la concepción romana objetiva, que consideraba que el derecho pertenecía al estatus del fundo, por lo que «el propietario del fundo no tiene un *ius*, sino que tiene la *res* misma, el fundo con su posición jurídica»⁴⁸. Esto no impedía que el dominio, sin ser *ius*, constituyese parte de la

⁴⁵ RODRÍGUEZ PUERTO: ob. cit. («*Ius commune...*»), pp. 341 y 342.

⁴⁶ TURSI, Antonio: «Propiedad privada en Juan de París». En: *Teorías filosóficas de la propiedad*. UBA. Buenos Aires, 1997, pp. 35 y 36.

⁴⁷ RODRÍGUEZ PUERTO: ob. cit. («Propiedad e individuo...»), pp. 362, 365 y 366.

⁴⁸ MEGÍAS: ob. cit., p. 29.

relación de *ius domini*. Solo que lo hacía a través de la mediación de figuras establecidas por el ordenamiento jurídico.

2.2. *Los derechos subjetivos como permisos dependientes*

La noción de derecho subjetivo como permisión adquirirá importancia fundamental en el siglo XX, al punto que KALINOWSKY la usa como prueba de la existencia de los derechos subjetivos. Algunas manifestaciones de permisiones dependientes, son nociones que se vinculan con otros usos actuales de los derechos subjetivos: la autorización y la licencia.

Para el mundo jurídico de la segunda Escolástica española, al lado de las licitudes y potestades, que son derechos porque son producidos y protegidos por las leyes, hay otras situaciones que no son derechos, porque la fuente de donde derivan no alcanza el valor de ley o su equivalente: son el privilegio, la gracia y la licencia⁴⁹, que son otorgados voluntariamente por la autoridad normativa, sin que tengan carácter general, u obedezcan a la naturaleza objetiva de las conductas reguladas.

La diferencia más palpable entre la licitud objetiva y estas otras habilitaciones subjetivas, que se asemejan en tanto ambas posibilitan conductas, es que las segundas tienen un carácter blando, endeble o no definitivo, en tanto dependen de la voluntad del otorgante. No serían propiamente derechos subjetivos, como los que corresponden a la conducta lícita amparada por una norma, sino cuasi derechos, que habilitan precariamente para realizar una conducta. Un permiso que el otorgante, en principio, puede retirar, y que no compromete su autoridad.

Las gracias o licencias revocables no tienen que ser respetadas por el otorgante. El agraciado o licenciado no puede defenderlas ni vindicarlas. Ejemplo: el pobre invitado a comer en la mesa del rico, no puede defender este beneficio. Otro ejemplo, más actual, consiste en la donación revocable por ingratitud. El beneficiario tampoco tiene acción judicial propia contra el perturbador, pero puede quejarse al concedente, o ejercer la defensa en su nombre.

⁴⁹ FOLGADO: ob. cit., pp. 216-219.

Pero hay casos de licencias o gracias irrevocables porque el concedente debe reconocer al licenciado una situación permanente. Si bien el concedente se encuentra libre de otorgarlas, una vez concedidas, la ley establece su irrevocabilidad. En tales casos, la gracia y la licencia son verdaderos derechos subjetivos. Por imperativo de la ley, imponen el respeto de todos y pueden ser defendidos contra todos⁵⁰.

Si bien el rasgo voluntario de la autorización o licencia resulta el más evidente, hay otra diferencia más significativa y profunda que contribuirá a que el derecho como permisión sustituya, en la modernidad, al derecho como licitud. Mientras la licitud requería de una habilitación positiva expresa, la permisión dependiente invierte la carga. Exige una restricción previa, ya que funciona como la derogación de una prohibición establecida, sin la cual, no resulta exigible. La importancia de este cambio se apreciará en relación con las conductas que no se encuentran expresamente reguladas. Antes se entendían como no autorizadas, ahora se comienzan a considerar como no prohibidas, pero que, aun así, tienen relevancia para el Derecho.

3. El derecho subjetivo como relación determinada e indeterminada

La más conocida caracterización de los derechos subjetivos, la de HOHFELD, que los entiende como derecho privilegio, poder o inmunidad, son un inventario de los extremos activos de las distintas relaciones jurídicas posibles, en tanto representan el correlato del deber, no derecho, sujeción e incompetencia. A pesar de su amplitud, el enfoque de HOHFELD deja sin considerar aquellos derechos subjetivos que no suponen una relación previamente establecida por el ordenamiento jurídico, en tanto no determinan con precisión y de antemano el ámbito de aplicación o el alcance de la deuda y la exigibilidad.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 126-129.

3.1. *El derecho subjetivo como deuda y exigibilidad*

Para los escolásticos españoles del siglo XVI, «el derecho, mirado desde el punto de vista de los demás, es *debitum*: deuda, es decir, obligación y sumisión. Obligación de respeto, dejar hacer. Sumisión o deber de obediencia, tener que hacer»⁵¹. Se trata de la dimensión prescriptiva, que constituye o refuerza los derechos subjetivos, vista desde el lado del sujeto pasivo.

Los escolásticos consideraron que solo una deuda contemplada normativamente, convierte en derecho a las pertenencias y poderes de las personas sobre las cosas o las acciones de otros. Es lo que transforma a los deberes de abstención y colaboración en correlato de un derecho. Advirtieron, sin embargo, que no toda situación beneficiosa es un derecho protegido por un deber. El fundamento inmediato de la deuda como elemento esencial del derecho es la ley. FOLGADO aclara:

... no se trata simplemente de un *debitum* moral, exigido solo por la educación, la decencia, las conveniencias de una mejor honradez. Es un *debitum* legal, una deuda impuesta por la ley, de necesario reconocimiento para la honestidad de la vida. La ley tiene como efecto inmediato producir en sus destinatarios deber de obediencia. El derecho, por ser emanación de la ley natural o positiva, es, y lo es al mismo tiempo que derecho, obligación universal. Todo derecho es un deber. Mas se trata de un deber cualificado. La ley impone multitud de deberes que tienen diferente *ratio*: deberes de religión, de piedad, de caridad⁵².

El derecho como deuda establece los derechos personales. El derecho como exigibilidad protege un derecho previo, sea real, sea personal.

Los escolásticos consideraron que tan esencial es al derecho la «posibilidad de exigir de los demás el respeto a las propias pertenencias y facultades de

⁵¹ *Ibíd.*, p. 239.

⁵² *Ibíd.*, p. 241.

hacer u obtener, que estas no se conciben sin aquella. Un poder frente a otros en lo suyo, que no se impone al respecto de esos otros, no es poder»⁵³.

La exigibilidad tenía una posición central en el uso de los derechos subjetivos, visible a comienzos del siglo XVII, en la obra de Leonardo LEYS. Basándose en MOLINA, LEYS vincula la noción de derecho subjetivo entendido como potestad de hacer –una competencia–, a la potestad de reclamar –una prescripción–. Antes, Antonio PÉREZ, en *De just et jure*, (I cap. 1, N° 1), mostró ese criterio mixto al definir al derecho como una «potestad dominativa de disponer *pro libito* y de obligar a los demás a que no se opongan, obligación que convierte en injuriosa la contravención»⁵⁴.

La exigibilidad como el poder de obligar a los demás a que no se opongan no es algo transitorio que surge cuando aparece el conflicto o desacato. Para los jesuitas españoles, «la exigibilidad es un clamor constante con la constancia de la ley. Esta, lógicamente, le proporciona medios de hacerse oír. Aun en el caso de impotencia de esos medios en un supuesto concreto, el derecho y su exigibilidad subsisten enteros»⁵⁵.

La distinción entre deuda y exigibilidad se aclara al considerar que puede haber exigibilidad sin deuda, pero nunca deuda sin exigibilidad, por lo que la exigibilidad resulta un uso central o primario. El deber de abstención de terceros, implicado en los derechos reales, si bien puede ser exigido por el titular, no implica una deuda. El deber de abstención que implica el derecho real no figura ni en el activo, ni en el pasivo, de ningún patrimonio⁵⁶.

3.2. *Los derechos subjetivos desprotegidos*

MOLINA, en *De just et jure* (II, cap. 1, N° 2) y ARAGÓN, en *De just et jure* (cap. 58, N° 2) coinciden en que «quedan excluidas del concepto de derecho todas aquellas facultades que, al ser contravenidas, no se causa injuria a sus titulares».

⁵³ *Ibid.*, p. 244.

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 245.

⁵⁶ GATTI: *ob. cit.*, p. 82.

Solo es injuria la negación del débito cuando hay derecho⁵⁷. Según MOLINA, no son derechos las facultades de los animales, y el robar, adulterar, defraudar, que no son poderes que conceda la ley, o que no estén conformes con el propio fin, sino que los contradicen. La oposición a tales poderes, que no deben tomarse por derechos, no es por tanto injuria. No solo no es injuria el oponerse al robo, tampoco es injuria negarse a dar limosna, porque la limosna supone la libertad de dar.

Pero siguiendo esa línea de razonamiento, aunque no fue planteado en la Modernidad, tampoco es injuria oponerse a una facultad entendida como cualidad de hacer derivada de la libertad constitutiva del sujeto, postulada por la Escolástica, que, por lo tanto, no deriva del Derecho positivo, aunque tampoco lo contraviene, como sí sucede en el caso del robo, la adulteración y el fraude. En la distinción entre libertades no protegidas, y derechos cuya vulneración sí produce injuria, aparece el problema de las acciones que, en tanto que no prohibidas, se consideran *prima facie* lícitas, aunque no estén respaldadas frente a terceros. Mientras que la existencia de un débito o la exigibilidad establecidos normativamente aclara la situación. La intersección de dos conductas no prohibidas, pero tampoco protegidas, se debe resolver sin una prescripción previa.

Esta dificultad, originada en la controversia sobre la pobreza de Cristo y terminada de perfilar por el reconocimiento de una libertad constitutiva del sujeto postulada por la segunda Escolástica, no se percibió con claridad en la Modernidad. Culminó, a inicios de la era contemporánea, en la positivización progresiva de los derechos humanos, mediante la aparición de los principios, un nuevo tipo de enunciado normativo; de la ponderación, una nueva forma de aplicar el Derecho, y de una adjudicación que determina retroactivamente el alcance de los derechos en disputa.

Es un problema que no ha sido del todo resuelto y que, incluso, no es del todo percibido. La dificultad de regular lo no regulado y proteger lo no protegido se aprecia al comparar el numeral 2 del artículo 29 de la Declaración Universal

⁵⁷ FOLGADO: ob. cit., p. 242.

de los Derechos Humanos, con el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El primero exige, para salvaguardar la libertad, que solo mediante la habilitación de la ley pueda actuar la autoridad. Esto impide intervenir en un conflicto entre libertades no reguladas. El segundo contempla la actuación de la autoridad sin habilitación legal expresa, para proteger y delimitar una libertad, cuando entra en conflicto con otra. Pero se paga un alto precio, inclusive más gravoso de lo necesario. Contrariamente a lo que se suele repetir, no es posible considerar que en Venezuela existe el principio de legalidad o, en todo caso, se debe admitir que el alcance de la legalidad es tan amplio que equivale a la ausencia de restricción. Según el artículo 20 de la Constitución venezolana, la autoridad, no necesariamente judicial, no solo puede fijar sin habilitación legal previa el límite del libre desarrollo de una personalidad, cuando entra en colisión con otra. También puede, sin habilitación legal, comprimir el libre desarrollo de la personalidad cuando esta choca con el «orden público y social».

Conclusión

El análisis de los derechos subjetivos previos a la codificación permite distinguir entre una concepción objetiva, en alguna medida todavía vigente; una noción subjetiva, hoy predominante, y el inicio del reconocimiento de derechos subjetivos que no cuentan con la protección previa del ordenamiento jurídico y no están encuadrados en una relación jurídica preestablecida.

En la concepción objetiva, se distingue el derecho como *officium*, que no atiende exclusivamente a los intereses o voluntad del titular, sino que es un cúmulo de posiciones activas y pasivas que el ordenamiento asigna a quienes ocupan una función social relevante. Los derechos subjetivos cosificados, que postula que las cosas son titulares de derechos. El derecho subjetivo como licitud, que exige la habilitación expresa para que una conducta esté permitida, postulando implícitamente una regla de clausura inversa a la del pensamiento jurídico actual. Y el derecho subjetivo como lo debido, que atiende a la protección de la naturaleza humana, entendida como actividad práctica.

Entre los derechos subjetivos subjetivistas está el derecho subjetivo constitutivo, entendido como libertad; el derecho subjetivo configurativo, entendido como potestad o capacidad; el derecho subjetivo institucional, entendido como facultad, y el derecho subjetivo prescriptivo, entendido como permisión dependiente, que deroga una prohibición anterior.

El derecho subjetivo como relación hace depender la existencia de algunos derechos de una deuda, que constituye una exigencia de conducta a los demás; y a todos los derechos de la injuria, que es una lesión a la esfera de los derechos subjetivos que cuenta con la reacción coactiva del ordenamiento jurídico.

En el desarrollo de estas acepciones de los derechos subjetivos, se presenta una tensión entre la necesidad de orden y autoridad, que se manifiesta en el gradual reconocimiento de una libertad que, en tanto no está determinada por el ordenamiento jurídico, dificulta resolver los conflictos derivados de cuando se enfrenta a otra libertad.

* * *

Resumen: El autor recurre al pensamiento de la Escolástica para exponer las diversas concepciones sobre los derechos subjetivos. Así, observa, que para los autores –de dicha corriente de pensamiento– distinguieron entre el derecho subjetivo como *officium*, cosificado, lícitud o debido, así como otras distinciones. **Palabras clave:** Escolástica, derechos subjetivos, concepciones sobre los derechos subjetivos. Recibido: 30-01-18. Aprobado: 19-02-18.