

- **Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU**
- **Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)**

**EL CONCEPTO BÁSICO DE DERECHO SUBJETIVO
Y SU APLICACIÓN EN LA FIGURA DE LOS DERECHOS
DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO**

I. El concepto de derecho subjetivo desde el Derecho Romano a la Escuela del Derecho Natural y de Gentes

El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su vientre una revolución completa del Derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes —y correlativamente, como se comprende, en la sociedad y en el Estado.

Será necesario partir de una explicación inicial del concepto que permita seguir la fascinante historia de su formación y desarrollo. Esta explicación ha de comenzar siendo simple, y parte del sentido, por todos comprensible hoy, que el término derecho tiene en expresiones como «tengo derecho», «es tu derecho», «no tienes derecho». Aquí el término «derecho» tiene un alcance muy diferente de cuando lo utilizamos (normalmente con mayúscula) en estas expresiones: el Derecho vigente, el Derecho Romano, el Derecho alemán, el Derecho Comunitario Europeo. En este último caso se habla de «Derecho objetivo», en el sentido de un sistema normativo propio, global y unitario. En las expresiones anteriores, por el contrario, en cuanto intentan referir una facultad o poder de un sujeto frente a otros, facultad o poder

que el Derecho objetivo garantizaría, eventualmente con todo su aparato coercitivo frente a quien resistiera su ejercicio lícito, se habla de «derecho subjetivo».

El concepto está hoy anclado en todas las conciencias, no sólo en las construcciones técnicas de los juristas, y puede parecer por ello obvio. Pero, sin embargo, su aparición y desarrollo ha sido una novedad completa en la historia de las instituciones, y una novedad, de manera especial, respecto del fondo común sobre el que se han formado históricamente todos los Derechos occidentales existentes, el Derecho Romano.

Un gran romanista, Riccardo Orestano¹, ha dicho, en términos enfáticos, pero no por ello menos certeros, que la historia de la formación de esta figura jurídica constituye «indudablemente una de las batallas más importantes y más extensas acometidas por el pensamiento humano para la liberación del individuo y la afirmación de aquellos derechos que inicialmente fueron llamados “derechos innatos” (*iura innata* o *connata*), y en primer lugar de su libertad, fundamento y condición de cualquier otro derecho».

El Derecho Romano desconoció, en efecto, el concepto de derecho subjetivo. Cuando Michel Villey formuló en 1946 esta tesis, que contrastaba con la exposición habitual del Derecho Romano desde las categorías dogmáticas modernas², su opinión suscitó asombro, sonó como una

¹ R. ORESTANO, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», publicado originariamente en la revista *Jus*, XI, 2, 1960, y recogido en su importante libro *Azione, diritti soggettivi, persona giuridica (Scienza del diritto e storia)*, Bolonia, 1978; la cita, en pág. 133.

² Michel VILLEY, que fue originariamente un romanista y que derivó pronto hacia la Filosofía del Derecho, sostuvo inicialmente esta tesis en un famoso artículo de 1946 («L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains», en *Revue de Droit français et étranger*, 1946-1947, págs. 201 y ss.) y la reiteró, con vigor, replicando a sus críticos, hasta sus últimos escritos. Ese artículo lo reprodujo luego en su *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1957, págs. 194 y ss. «Du sens de l'expression “jus in re” en

herejía, pero ha concluido por ser ya comúnmente aceptada³. *Ius* es, en los textos romanos, sobre todo, *res iusta*, la parte justa, y no un derecho subjetivo, ni tampoco un conjunto de Leyes⁴. El concepto es mantenido en lo esencial por glosadores y postglosadores.

Droit romain classique», en *Mélanges des Visscher*, Bruselas, 2, 1949, págs. 417 y ss. «Le “ius in re” du Droit romain classique et au Droit moderne», en *Conférences à l'Institut de Droit de Paris en 1947*, París, 1950, págs. 187 y ss. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1962. *La formation de la pensée juridique moderne*, París, nueva ed. 1975. *Seize essais de Philosophie du Droit*, París, 1969. *Critique de la pensée juridique moderne*, París, 1976. *Le Droit et les droits de l'homme*, París, 1983. Hay una traducción castellana de estos y otros artículos de VILLEY sobre este tema por A. GUZMÁN BRITO, editada por la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1976, con el título *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*.

³ PUGLIESE, MONIER, ALBANESE, A. D'ORS («Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *Ius*», en *Studi Albertario*, 1953, II, págs. 279 y ss., recogido en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, págs. 280 y ss.), GRESSI, etc. Como posiciones críticas, puede verse OJIS ROBLEDA, «El derecho subjetivo en Gayo», en *Studi Scherillo*, 1972, II, págs. 7 y ss.; Helmuth COING, «Zur Geschichte des Begriffs “subjektives Recht”», en su obra *Gesammelte Aufsätze zur Geschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975*, Band I, Fráncfort s/Meno, 1982, págs. 241 y ss. Lo que sí parece claro es que el concepto de *ius* sólo tardíamente, y no siempre, es interpretable como *facultas*, dada la falta de tecnicismo inicial de los términos jurídicos romanos y sus cambios de sentido o su valor polivalente. En este sentido, A. TORRENT, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Salamanca, 1973; B. BIONDI, «La terminología romana come prima dommatica giuridica», en *Studi Arangio-Ruiz*, II, Nápoles, 1952, págs. 73 y ss. Todos aceptan, en cualquier caso, que interpretar *ius* como derecho subjetivo, en el sentido que forjará la pandectística del XIX, como concepto técnico riguroso, sería una transposición completamente antihistórica. Lo menos que se puede decir, con COING (*op. cit.*, pág. 246), es que el concepto no juega ningún papel decisivo (contra lo que ocurre en nuestros sistemas jurídicos desde el XIX).

⁴ Cfr. Avelino FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial, 1960 (colección *Pax juris. Escorialentium Utrisque Studiorum scripta*, núm. 4), págs. 83 y ss., que sigue sustancialmente a VILLEY. Según concluye tras un análisis pormenorizado de las fuentes, clasificándolas y analizándolas una a una: «Los textos jurídicos romanos no obligan a una interpretación subjetiva de *ius*»; los pasajes que se citan «no son simplemente derechos subjetivos, sino instituciones, justos que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones, cargas, por parte del titular y por parte del sometido»; «la traducción es: derecho, cosa incorporea, institución de naturaleza

La primera formulación técnica del concepto de derecho subjetivo en el sentido hoy usual tendrá un origen sorprendente, la polémica sobre la pobreza de los franciscanos, que se desarrolla entre la Santa Sede (entonces en Aviñón) y los teólogos franciscanos durante la primera mitad del siglo XIV. La figura técnica tiene un padre perfectamente identificado, Guillermo de Ockham, que, a fin de justificar el postulado básico franciscano según el cual ni Cristo ni los apóstoles habían tenido propiedad alguna, ni propias ni en comunidad (modelo que pretendían seguir los franciscanos y que la Santa Sede condenó como interpretación evangélica), formula en su *Opus nonaginta dierum*, 1332, bajo la protección del emperador en su disputa con la curia, una disección de la estructura de la propiedad como derecho subjetivo, lo que le lleva a elaborar un concepto técnico de esta figura asombrosamente moderno⁵. «*Potestas... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus*». *Potestas, auctoritas, libertas, licentia* expresan el con-

y existencia jurídica, parte desgajada de otra institución». El *suum cuique tribuere* significa: «A cada uno —a cada persona, a cada cosa— su estatuto, su condición jurídica, su lugar en el sistema, su papel en la escena jurídica.»

⁵ Los franciscanos pretenden no tener sobre los bienes más que un mero *usus*, o uso de hecho (*usus facti*), no la *proprietas* ni ninguna especie de *ius* derivado de ella, incluso no un *ius utendi*, ni *ius fruendi*; menos aún los franciscanos disponen de la verdadera esencia del derecho de propiedad como derecho subjetivo, según OCKHAM, la *potestas... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus* (potestad de la cual nadie puede ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional), ni la de acudir a juicio si fuese privado de ella (*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*). La serie de facultades o derechos en que se descompone la propiedad incluye, entre otros, el *ius utendi, fruendi, exercendi, actum aliquem, tenendi, disponendi, pertractandi, dispensandi, ordinandi*, etc. A subrayar que todas estas facultades se expresan en actos de la voluntad. Sobre la polémica y la doctrina de OCKHAM sobre el derecho subjetivo, puede verse VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., 1975, págs. 240 y ss.; FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, cit., págs. 96 y ss.; J. COLEMAN, «Guillaume d'Occam et la notion de sujet», en *Archives de Philosophie du Droit*, 34, 1989, págs. 25 y ss.; G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Age*. Lovaina-París, 1956, tomos IV y V.

tenido de los derechos, que son, a su vez, inviolables, como se expresa en la *potestas defendendi et vindicandi*. Por otra parte, el derecho subjetivo está otorgado por el Derecho como Ley. Esta doctrina será aún desarrollada por Gerson, en el siglo XV.

El paso siguiente está, resueltamente, en la Segunda Escolástica, representada sobre todo por los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, que recogen y afinan la doctrina del derecho subjetivo (*jus est potestas vel facultas conveniens alieni secundum leges*, dirá Vitoria), para alcanzar ya un grado notable de perfección técnica⁶.

Pero aparte de esta depuración técnica, que influye directamente en Grocio y en toda la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, hay que considerar a estos teólogos juristas (lo que no suele reconocérseles) como los iniciadores de una corriente fundamental, llamada a un importante futuro, la que tipifica unos *iura innata* a todo hombre por el hecho de serlo y que las potestades civiles y eclesiásticas deben respetar y servir, derechos, pues, inviolables y superiores a toda norma positiva⁷. Esta capital creación se produce con ocasión del descubrimiento y colonización de las Indias. Como es conocido, y por iniciativa de los misioneros (Montesinos en 1511, Las Casas en 1516, son los primeros), se produce lo que se ha llamado «la gran denuncia», que suscita en la Corona «la gran duda» sobre la legitimidad de la conquista, dando lugar a una serie de

⁶ Sobre ello, con una documentación completa, el libro de FOLGADO, cit., págs. 177 y ss., que es una excelente tesis doctoral dirigida por Federico de Castro, escasamente difundida, y sobre la que las referencias de VILLEY me llamaron la atención. *Vid.* también, sobre la relación entre el derecho subjetivo y Segunda Escolástica, VILLEY, «La promotion de la Loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique», en el volumen monográfico sobre esta última de los *Quaderni fiorentini*, 1973, que se cita más adelante.

⁷ *Vid.* este texto de SUÁREZ: «Duplex enim in homine dominium distinguit potest. Unum est naturale et *innatum*, alterum ab hominibus introductum, et per voluntatem humanam aliquo modo *acquisitum*.» *De legibus*, tomo VII, tr. VII, Lib. 8, núm. 10 (*apud* FOLGADO, *op. cit.*, pág. 290).

Juntas de teólogos y de consultas, cuyos dictámenes están en la base de las primeras Leyes de Indias, desde las Leyes de Burgos de 1512 y las «Leyes nuevas» de 1542. Los teólogos, comenzando por las dos grandes Relecciones de Francisco de Vitoria *De indis* y *De iure belli* a partir de 1526, abordan el tema directamente en sus cursos y obras escritas estudiándolo desde la perspectiva de la dignidad humana⁸. No ya sobre los textos teóricos, que son completamente explícitos, y que resultaría muy fácil acopiar, sino sobre su recepción expresa en las Leyes regias, sobre todo en las de 1542 y sus normas de desarrollo hasta las de 1573, Luciano Pereña acaba de sistematizar y resumir una «Carta universal de los derechos del indio proclamados por la Corona»⁹, que comprende 24 artículos con un resumen prácticamente literal de dichos preceptos positivos. La idea esencial es que no sólo no es aplicable la esclavitud a los indios por derecho de guerra y de conquista, ni todas sus propiedades pueden ser confiscadas, como los mismos españoles habían aplicado durante toda la Reconquista sin ningún problema de conciencia, sino que los indios debían ser tratados en el mismo pie que los demás súbditos de la Corona, incluso ser objeto de una protección o tuición especial que los preservase de la explotación y de la codicia por parte de los españoles.

Hoy es reconocido sin reservas el influjo directo y relevante de la Segunda Escolástica sobre la Escuela del Derecho Natural y de Gentes del siglo XVII, los *magni hispani*,

⁸ *Vid.*, por todos, con una abundante bibliografía, y, sobre todo, con la impresionante edición del *Corpus Hispanorum de Pace*, por él dirigido, que incluye una treintena de volúmenes, muchos inéditos, Luciano PEREÑA, *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid, 1992, obra resuntiva y de síntesis que expresa bien las líneas generales. Uno de los tomos del *Corpus* es la obra colectiva *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La ética en la conquista de América*, Madrid, 1984, a la que también remitimos.

⁹ L. PEREÑA, *La idea de justicia*, cit., págs. 172-177.

a que constantemente se refiere Grocio¹⁰. Por ello es fuerza reconocer en esta hazaña la primera proclamación de la inviolabilidad por el poder político de unos *iura innata* del hombre, comunes a todos los hombres, hazaña que precede en un siglo a la que como primera manifestación de esta concepción recoge prácticamente toda la doctrina iuspublicística desde la investigación de George Jellinek, hace ahora casi un siglo¹¹.

La tesis central de Jellinek es que la idea de recoger legislativamente los derechos innatos, inalienables y sagrados no es de origen político, sino religioso, y se origina en

¹⁰ *Vid.*, por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Gotinga, 1967, págs. 254 y ss. (hay trad. española de la 1.^a ed., 1957, muy modificada y ampliada en la 2.^a). Y el volumen dedicado a la Segunda Escolástica (entre los cuales, artículos de THIEME, AMBROSETTI, VILLEY, SCHWAB, GROSSI, WIEACKER, PÉREZ PRENDES, OTTE, LALINDE, FEENSTRA, DUFOUR, AZCÁRRAGA) de los *Quaderni per la storia del pensiero giuridico* de Paolo GROSSI, Florencia, 1973, y allí referencias. H. THIEME, «Natürliche Privatrecht und Spätscholastik», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, LXX (1953) (trad. en *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 597 y ss.); G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Colonia-Graz, 1964; G. AMBROSETTI, *Il Diritto naturale della Riforma Cattolica*, Milán, 1951; HUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker*, Friburgo, 1969; B. HAMILTON, *Political thought in XVI century Spain*, Oxford, 1963; E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca*, Fráncfort s/Meno, 1955.

¹¹ G. JELLINEK, *Die Erklärung des Menschen- und Bürgerrechte*, 1895, 2.^a ed., 1904. Reeditada ahora como primer trabajo en la recopilación *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, dirigida por R. SCHNUR, DARMS-TADT, «Wege der Forschung», 1964, págs. 1 y ss. Como veremos luego, la traducción francesa (no completa, por cierto), de esta obra en 1902, dio lugar a una polémica famosa a la que luego aludiremos. La recopilación de SCHNUR que hemos citado incluye, tras el inicial estudio básico de JELLINEK, parte de la polémica con los franceses (la crítica de BOUTMY, 1902, y la réplica de JELLINEK en *Revue de Droit Public*, 1902), así como otros cinco trabajos, de gran calidad, de autores alemanes sobre la misma cuestión histórica de los orígenes de las Declaraciones de derechos hasta la fecha de la edición de la obra, destacando quizá el trabajo de Gerhard RITTER, *Ursprung und Wesen der Menschenrechte*, de 1958. La situación actual sigue siendo la misma que en 1964. *Vid.* A. DUFOUR, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, París, 1991, que reúne una serie de valiosos trabajos sobre el tema, con amplio manejo de la bibliografía alemana e inglesa.

las colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses que se establecen en América en el siglo xvii, a partir del congregacionismo de Roger Williams desde 1640, y que se plasmará por vez primera en la *Royal Charter* de Rhode Island de 1663, que consagra la libertad religiosa o de conciencia, matriz de los demás derechos fundamentales (de opinión, de prensa, de reunión)¹². Es, pues, en el pensamiento protestante anglosajón donde la idea surge, y sus raíces estarían, añade Jellinek, para mayor irritación de sus contradictores franceses, en el Derecho germánico.

Pero antes de entrar en estos problemas históricos sobre el específico tema de los derechos innatos e inviolables, conendrá seguir con la evolución del concepto mismo de derecho subjetivo. Tras la Segunda Escolástica, el paso siguiente es la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, con sus tres ramas: la germánica, con Grocio, Puffendorf, Wolff, Thomasius; la inglesa, con Hobbes y Locke, y su traslado al continente americano (Otis y Adams, especialmente), y, en fin, la francesa, especialmente a través de traducciones, más los suizos Burlamaqui y Vattel, más toda la filosofía naturalista de la Ilustración¹³, que, a nuestros efectos, culminará en Rousseau.

¹² JELLINEK, *Die Erklärung*, págs. 43 y ss.; O. VOSSLER y G. RITTER, cuyos trabajos se incluyen en el libro de SCHNUR, cit., pretenden que en el momento de la separación de los colonos de la metrópolis, éstos pretendieron robustecer los derechos históricos de los ciudadanos ingleses al producirse «la separación de la madre patria y de su Derecho» por parte de los colonos, dice VOSSLER; pero precisamente en materia de libertad religiosa, que tanta significación tuvo en estas Cartas, los colonos huían de la intolerancia del sistema inglés de «Iglesia establecida». Para la bibliografía americana, vid., por todos, B. SCHWARTZ, *The great rights of the Mankind. A history of the american Bill of Rights*, Nueva York, 1977, págs. 26 y ss.

¹³ Vid., por todos, además de WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, págs. 251 y ss., la obra clásica de B. TOCANNE, *L'idée de nature en France dans la seconde moitié du xviii siècle*, París, 1978; J. EHRARD, *L'idée de nature en France dans la première moitié du xviii siècle*, París, 1963 (reed., 1994). Sobre la idea de derecho subjetivo en la escuela, vid. H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, cit., págs. 46 y ss.

Wieacker ha dicho que este Derecho de la razón ha sido, después del *Corpus iuris*, la fuerza espiritual más poderosa de la historia occidental. De aquí procede la explicación última del fundamento de la sociedad y del Estado en un «contrato social», idea que, con precedentes más difusos, pasarán a primer término de la construcción política Hobbes y Locke, y que alcanzará en Rousseau su expresión más alta. La construcción de instrumentos racionales para explicar el sistema jurídico (nueva idea, ésta de sistema, por ellos introducida) puso en primer término la idea de los derechos, de los naturales primero, aportados y sustancialmente respetados en el pacto social, y luego de los derechos subjetivos adquiridos por título particular (ocupación, contrato, prescripción, herencia, concesión). El hombre es visto inicialmente como tal, y no como miembro de un grupo o corporación o como objeto de vínculos feudales o religiosos, imponiendo así el postulado de la igualdad jurídica. Este individualismo de base dio una importancia relevante a instituciones centrales como la propiedad civil y el contrato. La escuela se hace pronto portadora de «un *pathos* cívico de la libertad», en expresión del mismo Wieacker¹⁴.

Esta estructura individualista trasladada al lenguaje jurídico va a destacar el derecho subjetivo como una noción fundamental. Como ha notado Orestano, de esta Escuela resulta que la expresión «sujeto» no se emplee en el sentido tradicional de «persona sujeta o sometida», «subordinada», sino como «sujeto de derechos», lo que aparece en Leibnitz y desarrollará especialmente Wolff¹⁵.

Es cierto que el iusnaturalismo racionalista servirá como instrumento al absolutismo, pero también lo es que «con su lenguaje fueron redactadas las declaraciones de derechos del hombre en América y en Francia»¹⁶.

¹⁴ WIEACKER, pág. 278.

¹⁵ ORESTANO, *Azione, diritto soggettivo, persona giuridica*, cit., págs. 117-118.

¹⁶ ORESTANO, *ibidem*, pág. 132.

De ahí saldrá una idea del derecho subjetivo como *potentia moralis, facultas, ius*, incluso como «fuente del Derecho»¹⁷, reconociendo Wolff especialmente que el derecho natural o innato tiene todos los caracteres de un derecho perfecto que tiene pleno valor por sí, independientemente de la voluntad del soberano, al cual corresponde sólo respetarlo y hacerlo respetar. Los *iura connata* son una consecuencia de la *obligatio connata, quae cum essentia et natura hominis ponitur. Quamobrem cum haec propter essentiae ac naturae immutabilitatem immutabilis sit*. Es, pues, un *ius universale*, el cual *homini cuilibet competit, quatenus homo est*. El sujeto es, pues, portador de atributos originarios y autónomos, que responden a la exigencia de la personalidad y que, como tales, son inviolables.

La influencia de estas concepciones sobre el pensamiento jurídico estrictamente tal es bien conocida, puesto que los juristas que van a dar lugar a la Pandectística en Alemania, en el siglo siguiente, son seguidores directos de Wolff. La Ilustración, por su parte, especialmente en Francia, generalizará estos conceptos y los dejará prestos para su recepción sistemática, como clave de una nueva construcción política (y aquí Locke y Rousseau serán esenciales) en las dos grandes revoluciones modernas, la americana y la francesa.

II. En particular, Locke. De la libertad originaria a la libertad institucionalizada

Va a ser Locke el pensador esencial que de esa concepción formal de unos derechos innatos va a construir todo un sistema político concreto, con pretensión ya de plasmarse en la realidad histórica. El puro pensamiento jurídico de que se nutre (tanto los propios precedentes de las libertades

inglesas, aunque veremos luego las importantes diferencias entre este tipo de derechos y los que surgen desde la perspectiva del Derecho Natural y de Gentes) se convierte en Locke resueltamente en pensamiento político, y como tal en un modelo no sólo para la comprensión de la realidad política, sino, sobre todo, como modelo que ha de dirigir su reconfiguración y perfección. Del pensamiento jurídico se pasa al pensamiento político y de éste, directamente, a la acción política, como enseguida concluirán sus seguidores.

Todo el Derecho racionalista de los siglos xvii y xviii ha adoptado una perspectiva enteramente nueva, que veremos formalizarse claramente en la fundamental evolución del derecho de propiedad que estudiaremos luego, la perspectiva del individuo aislado. Esta perspectiva es la general. Se destacan así como atributos de dicho individuo una serie de derechos naturales, que corresponden a todos los hombres y a cada hombre *non quam christiani, sed qua homines*, en expresión de Puffendorf¹⁸ —expresión, por cierto, que indica ya por sí misma de modo significativo el grado de secularización del pensamiento jurídico nuevo—. Ello obliga a hacer abstracción de todos los lazos sociales o circunstancias históricas, que era donde —como concretaremos más adelante— se radicaban las viejas titularidades subjetivas. Estos nuevos derechos naturales tienen, pues, un alcance universal, afectan a la humanidad entera, en cualquier circunstancia, no obedecen, contra lo que Burke interpretará en el caso de las libertades inglesas, como veremos más adelante, a ninguna «herencia» o título específico. Eran, pues, derechos de alcance «metafísico», como Burke notó peyorativamente en su temprana crítica a la Declaración de los Derechos de 1789¹⁹. Esto es una consecuencia

¹⁸ Apud A. DUFOUR, *Droits de l'homme*, cit., pág. 20.

¹⁹ BURKE, *Reflections on the Revolution on France 1790* (ed. de L. G. Mitchell, Oxford, 1993), pág. 61; y en pág. 62: «Los pretendidos derechos de estos teorizantes son todos absolutos y, en la medida en que son meta-

¹⁷ Textos y referencias en ORESTANO, págs. 135 y ss.

de que esta Escuela sitúe en el centro del sistema al individuo y a sus atributos, desde el cual sólo a través de un contrato social puede darse el paso hacia la comunidad conjunta. En ese contrato juegan ya un papel decisivo los derechos naturales de que cada individuo es portador desde el momento de nacer, derechos desde los cuales el pacto se concluye, pero que no se integran en éste totalmente (contra la formulación inicial de Hobbes), antes bien el pacto tiene como objeto esencial preservar todos los derechos naturales que no se han agotado en el hecho mismo de su conclusión. Esta idea del pacto social, de ser una simple hipótesis lógica, va a pasar a ser un programa de acción política, pues es ella la que facilita el tránsito del pensamiento puro al terreno de las fórmulas prácticas.

Esta posición aparece por vez primera destacadamente en Locke, cuya doctrina juega un papel decisivo en las concepciones políticas que de aquí van a derivar, casi un siglo después de su formulación, a las dos revoluciones americana y francesa. El replanteamiento radical de los nuevos derechos naturales frente a las viejas libertades y franquicias, tal como las caracterizará magistralmente Burke, queda así explicado.

El punto de partida de Locke puede fijarse en estos pasajes del *Second Treatise of civil government*: «Para comprender correctamente el poder político... debemos considerar la condición natural de los hombres, esto es, un estado de perfecta libertad de ordenar sus acciones, de disponer de sus bienes y de sus personas como quieran, en los límites de la Ley natural, sin pedir autorización a ningún otro hombre ni depender de su voluntad. Una situación también de

físicamente verdaderos, son moral y políticamente falsos.» Y antes (pág. 35): «Todos vuestros sofistas no producirán nada que pueda garantizar mejor una libertad razonable y generosa que el método que nosotros hemos adoptado siguiendo mejor la naturaleza que las especulaciones, nuestros sentimientos mejor que simples invenciones.»

igualdad, donde todo poder y toda autoridad son recíprocos, al no tener nadie más que los otros»²⁰. «Los hombres viven juntos según la razón, sin ningún superior común sobre la tierra con autoridad para decidir los litigios entre ellos»²¹. «El comienzo de la sociedad política», según el título del capítulo VIII del *Second Treatise*, no puede venir más que por el mutuo consentimiento a partir de esa libertad inicial. «Siendo los hombres por naturaleza, como ya hemos dicho, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sujeto al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para juntarse y unirse en comunidad para vivir cómodamente, con seguridad y con paz unos entre otros, en un disfrute asegurado de sus propiedades y en la mayor seguridad contra cualquier otro que no haya entrado en el grupo»²². Ese consentimiento vincula por el deber moral de guardar las promesas, a que obliga, antes que el derecho positivo, el derecho natural, consentimiento que es definitivo e irrevocable²³.

Pero, a diferencia de la construcción de Hobbes, este pacto social no implica una total alienación, que habilitaría un poder absoluto. La gran novedad de Locke es haber concretado que el fin del pacto social es, precisamente, «la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades» de quienes lo conciertan²⁴. Esta finalidad esencial se consigue edificando un poder que ha de gobernar mediante un derecho que tenga precisamente ese objetivo, para lo cual debe ser fruto del consentimiento renovado de todos. El pacto no destruye, sino que mantiene la libertad por el instrumento de someterse a un derecho que ha de ser obra

²⁰ LOCKE, *Two Treatises of civil government*, II, § 4.

²¹ LOCKE, II, § 19.

²² LOCKE, II, § 95.

²³ LOCKE, II, §§ 14 y 121.

²⁴ LOCKE, II, § 124.

sucesiva del consentimiento común. «La libertad del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad»²⁵. Pues ningún gobierno tiene poder para hacer Leyes sobre una sociedad si no es por su propio consentimiento²⁶, del mismo modo que la comunidad sólo está habilitada para imponer penas y para emplear la fuerza con el fin de imponer la ejecución de sus sentencias, si así se hace por los representantes de la misma²⁷. En fin, Locke mismo explicó puntualmente cómo esa pieza esencial de todo el sistema político que es el consentimiento de los ciudadanos debe ventilarse por la regla de la mayoría, regla que, a su juicio, procede del Derecho natural²⁸.

Así aparece la idea capital de edificar a través de los derechos naturales de cada individuo un sistema político colectivo, capaz de preservar la parte sustancial de esos derechos y en especial la libertad y la propiedad. Es bien conocido el papel jugado por las doctrinas de Locke en la preparación doctrinal de la Revolución Americana, así como en Rousseau y, en general, en el instrumentario técnico de la Revolución Francesa, especialmente en la Decla-

²⁵ LOCKE, II, § 22. Debe notarse que el poder legislativo de LOCKE no es exactamente el de MONTESQUIEU (y, por tanto, por la decisiva influencia de éste, el que hoy identificamos como tal), sino que incluye, además de establecer un derecho estable y general (y no por simples actos casuísticos: «by established standing laws... not by extemporary decrees»), toda la función que hoy incluimos en el poder judicial, la actuación «by indifferent and upright judges who are to decide controversies by those laws» (II, §§ 131, 136). Esto se explica por la peculiaridad inglesa sobre la concepción del *rule of Law*, a que más adelante nos referiremos.

²⁶ LOCKE, II, § 134.

²⁷ LOCKE, II, § 88.

²⁸ Vid. el estudio de J. W. GOUGH, *Government by consent* en su libro *John Locke's political philosophy. Eight studies*, 2.^a ed., Oxford, 1973, págs. 52 y ss. El consentimiento individual sería requerido únicamente para el inicio de la comunidad política, pero una vez formada ésta se ha creado «una corporación [body], con un poder de actuar como tal, lo que sólo requiere la voluntad y la determinación de la mayoría»: LOCKE, II, § 96.

ración de Derechos de 1789²⁹. Todos los poderes que se ejercen en la comunidad son, así, *fiduciary powers*, poderes fiduciarios, ejercidos en interés del pueblo y revocables si con ellos se ejercitasen actos «contrarios al *trust*, o encomienda de confianza, sobre los que reposa»³⁰.

El contrato social de Locke no es así un contrato de gobierno entre el Rey y el pueblo, sino un acuerdo entre individuos para formar una sociedad civil y someterla a la determinación de la mayoría, que la ejerce a través de personas singulares mediante mandatos revocables³¹. El pacto social deja de ser una simple hipótesis lógica o metahistórica, como lo era para todos los autores que habían hasta entonces imaginado un pacto de ese carácter, para pasar a ser un mecanismo técnico preciso, susceptible de seguir operando de forma permanente en el sistema político.

Hay aquí, pues, y ello se verá en toda la preparación inmediata de las dos Revoluciones, un paso absolutamente capital: desde la libertad originaria es posible llegar a un régimen de libertad institucionalizada. Queda así abierta una nueva etapa del pensamiento político y jurídico. Este «salto dialéctico» se explica por una circunstancia vital de Locke que parecen ignorar quienes hacen un análisis de su

²⁹ Sobre LOCKE y la Revolución Americana, vid. B. BAILYN, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge Mass., 1967, págs. 55 y ss. Su influencia sobre ROUSSEAU, R. DERATHÉ, *Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, págs. 113 y ss. («es claro que Rousseau ha comenzado por ser el discípulo de Locke»: pág. 116). Su influencia sobre los autores de la Declaración, Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, págs. 379 y ss. («La tetralogía lockiana Libertad-Igualdad-Propiedad-Resistencia a la opresión se encuentra en el corazón de la Declaración, cuya dinámica de conjunto no es extraña, por lo demás —aparte un legicentrismo racionalista, en nuestro sentir sensiblemente reforzado— a la propia de la doctrina del inglés»: pág. 382). También M. THOMANN, «Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits», en la revista *Droits*, 8, 1989, págs. 55 y ss.

³⁰ LOCKE, II, §§ 135, 136.

³¹ J. W. GOUGH, *John Locke's political philosophy*, págs. 135-136.

doctrina como la de un simple moralista³²: Locke fue, a la par que un filósofo, un jurista comprometido en la lucha política, concretamente un *whig*, y como tal participó en la batalla que culminará en el gran *Bill of Rights* inglés de 1689³³. Esta por vez primera llamada Revolución (*Glorious Revolution*), como bien notó Trevelyan, no intentó derribar el Derecho histórico, sino confirmarlo frente al rey Jacobo II, que lo violaba, aunque para ello la Revolución intentase robustecerlo. Las ideas de Locke (su *Second Treatise*, aunque escrito antes de la Revolución, no vio la luz hasta 1691, tras ciertas correcciones) intentan justificar ese documento capital que es el *Bill of Rights* revolucionario, pres-tándole un apoyo de Derecho natural que trasciende de su contenido como derechos judiciales «heredados», en la justa caracterización de Burke, y que les da, por tanto, una potencia de irradiación universal, como demostraría el determinante influjo de su obra fuera de Inglaterra, precisamente. La tradición en el *common law* de un *fundamental law*, estudiada magistralmente por Gough³⁴, resulta aquí claramente identificable, aunque reconvertida ya en un mecanismo institucional abstracto que sería vano buscar en sus formulaciones originarias.

Esa libertad natural, según vimos, es la propia de cada hombre, en una perspectiva individualista, aislada. Pero al ser posible construir sobre ella un sistema institucional colectivo, importa notar que en esta construcción ese individualismo se mantiene, puesto que la libertad individual es justamente su objetivo.

³² Es el caso de la obra de A. John SIMMONS, *The Lockean theory of rights*, Princeton, 1992.

³³ Vid. el estudio de GOUGH, «Locke and the english Revolution», en el ya citado libro *John Locke's political philosophy*, págs. 134 y ss.; H. DIETZ, *Die Grosse englische Revolution. Wechselwirkungen ihrer religiös und political Dynamik*, Laupheim, 1956.

³⁴ J. W. GOUGH, *Fundamental Law in english constitutional history*, Oxford, 1955, en particular págs. 67 y ss.

De este modo, la libertad individual no sólo es el origen de la sociedad, sino, a la vez, justamente, su finalidad última. A la vez: la libertad dejará de ser una simple «franquicia» frente al poder, una reducción o un límite a ese poder, ineludible o fatal y siempre ajeno; pasa a ser precisamente el objeto de éste. Se ha operado de este modo una trascendental operación dialéctica en virtud de la cual la libertad individual ha pasado a ser el mismo canon de la vida colectiva. La sociedad ideal que confusamente se adivina y se pretende establecer ha de ser una sociedad compuesta precisamente de hombres libres, con capacidad para actuar a su albur, en el gobierno de sí mismos y de sus bienes, en la elección de su futuro, en la prosecución de su felicidad, en la negociación y formación de sus pactos.

Más adelante, las nuevas ideas económicas que representan los fisiócratas franceses y Adam Smith en Inglaterra³⁵, que preceden y nutren a las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, darán a esa aspiración apenas imaginada de libertad de actuar un contenido concreto en el mundo real y decisivo de las actividades económicas. También las «Leyes naturales» ofrecen aquí el modelo de acción, pues son ellas las que rigen y ordenan, sin intervención ninguna del poder político, a partir rigurosamente de la libertad individual y de los apetitos individuales, todo el funcionamiento de la economía³⁶. La autonomía del individuo, o, si se prefiere, de los agentes económicos, resulta ser el mecanismo más eficiente para la riqueza colectiva y el desarrollo.

³⁵ Cfr. L. MACFIE, *The individual in Society: Papers on Adam Smith*, Londres, 1967; A. W. SKINNER, ed., *Essays on Adam Smith*, Oxford, 1975.

³⁶ Cfr. las obras de G. WEULERSSE, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, París, 1910; *La physiocratie à la fin du règne du Louis XV (1774-1781)*, París, 1950, y *La physiocratie à l'aube de la Révolution (1781-1792)*, París, 1985.

El papel central que la doctrina de Locke había atribuido al derecho de propiedad en su construcción política («el gran fin de la entrada de los hombres en sociedad... es el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad») ³⁷ se articulaba a la perfección con estas nuevas ideas económicas. El nuevo mundo económico que ha alumbrado la nueva clase burguesa y que nuevas técnicas financieras y materiales (ingeniería, sanidad, industria, ciencias) potencian y dinamizan en términos apenas imaginables pocos años antes, darán a ese aparato conceptual madurado lentamente unas posibilidades inesperadas de realización política. El salto a un nuevo sistema político queda dispuesto, en espera de que los acontecimientos revolucionarios enciendan la mecha que provocará la explosión.

Los derechos de libertad se erigen así en el centro mismo del orden social y político. La idea del derecho subjetivo, que comenzó como un simple instrumento técnico de los juristas, pasa a ser, en su forma de derechos de libertad, innatos primero, políticos después, una pieza esencial en las ideas políticas que hierven en el final del Antiguo Régimen y que postulan una realización práctica, iluminada y esperanzadora.

III. Las Declaraciones solemnes de derechos individuales como fundamento del orden político. Declaraciones americanas y Declaración francesa. El problema de su relación

De aquí va a derivar la explosión de los derechos naturales o fundamentales, en sí mismo inviolables y a la vez base necesaria de toda la construcción social y política, en declaraciones formales y solemnes, que se proclaman por

³⁷ LOCKE, II, §§ 123, 124, 134. Cfr. A. JOHN SIMMONS, *The Lockean theory of rights*, págs. 307 y ss.

Asambleas representativas de los pueblos como documentos fundacionales de nuevas etapas políticas. Es lo que ocurre con las dos grandes revoluciones que inauguran el tiempo nuevo, la norteamericana y la francesa.

La precedencia en el tiempo corresponde, es evidente, a las colonias americanas. Desde el primer momento de su guerra de independencia los colonos americanos invocan derechos naturales y políticos como justificación primera de su actitud, que es manifiesto que proceden de las fuentes apuntadas, a través, sobre todo, de la formulación de Locke ³⁸. Destacan inicialmente tres derechos: el de libertad religiosa, con su oposición a una Iglesia «establecida», el de votar o consentir el impuesto y el juicio por jurados. Estos dos últimos estaban reconocidos en la metrópoli, pero eran negados en América en virtud de su *status* colonial, que suponía una disponibilidad exclusiva en favor de los funcionarios reales. La Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 incluye ya entre las «verdades evidentes por sí mismas» que «los hombres han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables... entre los cuales se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los gobiernos están establecidos entre los hombres para garantizar estos derechos y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados».

Pero antes ya de esa solemne declaración, de la cual proceden sin interrupción alguna los Estados Unidos actuales, las trece colonias habían comenzado a dotarse de *Bills of Rights* o de Constituciones que los incluían. Así en junio de 1776 se promulga ya la Declaración de Derechos de Virginia, siguiendo después de la Declaración de Independencia en septiembre del mismo año la Declaración de Derechos de Pensilvania y la de Delaware, en noviembre la de

³⁸ Cfr., por todos, B. BAHYIN, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1967.

Maryland, en diciembre la de Carolina del Norte, en 1780 la de Massachusetts, etc.

El influjo de estas Declaraciones americanas sobre la Declaración Francesa de 1789 no es, desde luego, discutible. Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique*, que está perfectamente probado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate del que salió la Declaración de 1789³⁹. El problema es estimar el grado de esa influencia.

A principios de este siglo el tema fue objeto de una célebre polémica transnacional, a la que ya nos hemos referido y que protagonizaron George Jellinek y Émile Boutmy, el primero cabeza a la sazón de la prestigiosa escuela alemana de Derecho público, el segundo profesor en París y fundador de la Escuela de Ciencia Política. A la traducción francesa en 1902 del libro del primero sobre la Declaración de 1789, en que negaba a ésta toda originalidad, reconduciendo todos sus contenidos a los *Bills of rights* americanos, a su vez originados en la tradición inglesa y en los *covenants* o pactos de establecimiento concertados por los primeros colonos puritanos del siglo XVII, Boutmy replica con argumentos nacionalistas y, sobre todo, con un argumento básico: los derechos americanos se formularon para ser invocados ante los Tribunales, en tanto que los proclamados por la Asam-

³⁹ Cfr. S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pág. 444. El mismo CONDORCET había publicado un folleto poco antes de la Revolución *De l'influence de la Révolution de l'Amérique sur l'opinion et la législation de l'Europe*. En el mismo debate de agosto de 1789, Rabaut SAINT ÉTIENNE cita «l'exemple de l'Amérique». J. L. SEURIN, «Célébrations et éclipses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. À propos de la comparaison des déclarations des droits en Amérique et en France», en la obra colectiva (dirigida por SEURIN, LERAT y CEASER), *Les discours sur les Révolutions*, París, II, 1991, pág. 75.

blea constituyente en 1789 se concibieron «para enseñanza del mundo». Hay aún una réplica de Jellinek en la entonces recién nacida *Revue de Droit Public*, 1902, que mueve a nuevas respuestas (Esmein, Doumergue). El libro de Jellinek incluye un cuadro sinóptico que intenta demostrar que todos y cada uno de los derechos declarados en 1789 se corresponden exactamente con otros tantos ya proclamados años antes en las antiguas colonias americanas⁴⁰. El debate, del que pareció salir triunfador el profesor alemán, como alemanes y americanos han seguido creyendo, ha sido retomado recientemente por estudiosos franceses, que, sin ignorar la fuerte influencia de los precedentes americanos, reivindican para el texto francés su sustancial originalidad⁴¹.

⁴⁰ Puede verse la reseña bibliográfica completa del debate en los dos trabajos de RIALS (págs. 440 y ss.) y SEURIN (pág. 59) citados en la nota anterior. Ya hemos citado, *supra* nota 11 de este mismo capítulo, la obra de JELLINEK y la de los autores siguientes que sustancialmente la siguen: el cuadro sinóptico famoso, en págs. 20 y ss. de la edición de SCHNUR. Por otra parte, la primera iniciativa de una Declaración de derechos en la Asamblea constituyente partió de La Fayette, que tan bien conocía la Revolución americana, y está probado que en su texto había colaborado Jefferson, a la sazón embajador de los Estados Unidos en París. G. CONAC, «L'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», en la obra colectiva dirigida por él mismo, DEBENE y TEBOUL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, París, 1993, págs. 12 y ss.; M. D. PETERSEN, «Thomas Jefferson et la Révolution française», en *Les discours sur les Révolutions*, cit., I, págs. 19 y ss.

⁴¹ Además de los estudios cits. de RIALS y SEURIN, *vid.* M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, 1989, cit., págs. 37 y ss., y su artículo «Droits de l'homme», en el *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, dirigido por F. FURET y M. OZOUF, París, 1988, págs. 685 y ss.; D. G. LAVROFF, «L'influence de la pensée américaine sur la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789», en el vol. II de la obra colectiva, ya cit., *Le discours sur les Révolutions*, págs. 61 y ss.; RAYNAUD, «Révolution américaine», en el *Dictionnaire critique de la Révolution française*, ya cit., págs. 860 y ss. Para el suizo Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, París, 1991, pág. 16, la originalidad francesa sobre las Declaraciones americanas estaría sólo en la «formulación solemne de una doctrina sistemática de las libertades y los derechos del individuo respecto al Estado» (cursiva de DUFOUR). Es la opinión prácticamente general.

Con todo, partiré de una explicación especialmente vivaz y convincente, la de un profesor americano, James Ceaser, en un coloquio organizado entre estudiosos americanos y franceses en 1987 sobre el particular⁴². Es cierto, dice este autor, que la Revolución americana fue, desde el punto de vista pragmático, un éxito, en tanto que la Revolución Francesa sufrió una suerte, al menos externa, mucho más dudosa; pero, en todo caso, la Revolución Francesa fue «algo mucho más intenso, más profundo, más trágico». Más intenso: reveló la condición humana en un nivel mucho más elevado, iluminando los extremos hasta donde puede llegar el hombre, lo que hubiese sido inconcebible en la América de aquella época. De la experiencia francesa resultó una visión mucho más profunda y trágica de la vida, y así se revela en las respectivas influencias que una y otra revolución tuvieron sobre el campo de la filosofía y de las artes sucesivamente. Es claro que la Revolución americana no ejerció la misma fascinación que la Revolución Francesa. Ésta fue conducida de una manera más consciente, hasta un grado de la conciencia que la Revolución americana no alcanzó jamás. Fue por eso la más filosófica de las dos revoluciones. La Revolución Francesa golpeó a los grandes filósofos, para los cuales venía a desvelar el desarrollo de la conciencia humana y de la razón en la Historia. Pasó a ser así un patrimonio de los intelectuales, sirviéndoles de tema filosófico o de símbolo literario, hasta llegar a prestarle un valor mítico —en tanto que la Revolución americana fue olvidada por filósofos o literatos.

La Revolución americana —sigue diciendo Ceaser— fue la primera revolución democrática que intentó seguir, sobre

⁴² Las comunicaciones y debates de ese coloquio, desarrollado en dos fases, Charlottesville —Virginia— y Burdeos, se recogen en los dos vols., *Le discours sur les Révolutions*, 1991, ya citados. El artículo de CEASER a que el texto se refiere, *Les deux Révolutions*, se encuentra en el tomo II, págs. 43 y ss.

la pauta de Locke, las «leyes de la naturaleza», pero su comprensión de la naturaleza fue incompleta, imperfecta, mediocre. La Revolución Francesa, por el contrario, ha preservado la posibilidad de un «ideal más elevado» para la democracia moderna, una democracia basada sobre ideas absolutas y no sobre el simple interés individual. Por ello la Revolución americana no contiene en sí el principio de su propio progreso, aunque sea la corporeización de la democracia moderna, en tanto que la Revolución Francesa es su misma conciencia.

Ese contraste, que podría prolongarse mucho más sobre análogos carriles, explica perfectamente la diferencia entre los *Bills of rights* americanos y la Declaración de Derechos de 1789. Ésta presenta, indudablemente, un carácter mucho más abstracto y general. En el momento mismo de su elaboración se dijo abiertamente que se trataba de «perfeccionar» lo hecho por los americanos, utilizando «más altamente la razón humana» y haciendo a ésta «hablar un lenguaje más puro»⁴³, y es un hecho que fue así. Pero, sobre todo, y a mi juicio, en donde existe una diferencia sustancial es en la adopción por la Declaración francesa de dos criterios esenciales, la concepción radical de la sociedad y del Estado como un fruto de la simple coexistencia de las libertades y, de manera especialmente relevante para nuestro tema, el papel central reservado a la Ley en esa construcción social y política, lo que Rials acaba de llamar el «legicentrismo»⁴⁴, aunque este autor no lleve a sus últimas consecuencias esta nota esencial. Ocurre, a nuestro entender,

⁴³ Referencias de los constituyentes en GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., pág. 50.

⁴⁴ RIALS, *La Déclaration*, cit., págs. 364 y ss.; JELLINEK vio, por cierto, porque es imposible no percibirlo, esta diferencia esencial de tono general y también la más técnica a propósito del tema de la Ley, pero las descalificó (pág. 16 de la cit. ed. de SCHNUR) como «debates doctrinales generales o brillantes explicaciones que pertenecen al campo de la metafísica política» («in das Gebiet politischen Metaphysik gehören»); no contienen ningún «pen-

que ese papel reservado a la Ley es, precisamente, lo que explicará la influencia decisiva de la Declaración francesa en el origen del Derecho público europeo, una construcción que no llegó a producirse por ello en el siglo XIX americano. La diferencia es, pues, de bulto. Sobre ello habremos de volver más adelante extensamente.

No vamos a entrar en el estudio analítico de la Declaración francesa y de sus derechos, uno por uno. En muy buena parte, en cuanto interesa a nuestra reflexión, ello será objeto del siguiente capítulo. Nos interesa únicamente resaltar en este momento dos aspectos de estos nuevos derechos tan solemnemente declarados: primero, su novedad histórica completa, contrastándolos con las «libertades», «franquicias» y «privilegios» que hasta ese momento se habían conocido en la esfera política; segundo, su elevación a canon absoluto de la construcción de la sociedad civil y política.

IV. La idea pre-ilustrada de derechos, franquicias, fueros y libertades, como punto de referencia de los nuevos derechos del hombre. En particular, el derecho de propiedad y su transformación

¿Cuál es la novedad de estos nuevos derechos por vez primera consagrados en las Declaraciones americana y francesa respecto a los antiguos derechos, franquicias y libertades que invocaban y defendían ciertos proponentes de la vida política anterior?

La cuestión presenta más interés en el caso de las Declaraciones americanas, que acusan una influencia cierta de ese tipo de libertades tal como se habían desarrollado en la práctica judicial inglesa e incluso en documentos cons-

samiento nuevo propiamente legislativo» («sie enthalten keine neuen legislatorischen Gedanken»). Veremos que en esto se equivocaba rotundamente.

titucionales solemnes a lo largo del siglo anterior (los más notorios: la *Petition of Rights*, 1628, y el *Bill of Rights*, de 1689). Pero dilucidar la diferencia entre los nuevos derechos «metafísicos» y esas viejas titularidades históricas ayuda por sí sola a singularizar la naturaleza de los derechos nuevos.

Como ha notado con agudeza Gino Gorla⁴⁵, en la Edad Media tardía las nuevas y vivaces personalidades que animan la sociedad medieval (señores feudales, nobles, propietarios de oficios hereditarios, municipios, pueblos, monasterios, cabildos, asociaciones, gremios) comienzan a presentarse como titulares de las situaciones que han logrado adquirir, bien por concesiones regias, bien por «posesión inmemorial»⁴⁶ o por herencia. Se trata, ha dicho Bartolomé Clavero⁴⁷, de capacidades o facultades propiamente sociales o de grupos, no individuales. Son los llamados *iura, libertates, privilegia, iurisdictiones, potestates*, etc. (fueros, en la tradición española), que corresponden a una familia, a una ciudad, a una dinastía, a un estamento, a una iglesia, a una colectividad territorial. Son titulares históricos de derechos como entes colectivos o sociales.

Son este tipo de derechos los que —como ha notado certeramente Gorla— Burke opone en sus tempranas y justamente famosas *Reflections on the Revolution in France*, 1790⁴⁸, a los derechos abstractos y metafísicos proclamados por la Revolución. Frente a éstos, obra de la mente y de

⁴⁵ En su excelente *Commento a Tocqueville. «L'idea dei diritti»*, ya citado, págs. 33 y ss.

⁴⁶ Sobre esta figura de la posesión inmemorial, esencial en una sociedad gobernada por la costumbre más que por la Ley, me permito remitir a mi viejo libro de 1955 (2.^a ed., Madrid, 1974), *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, págs. 24 y ss., y *passim*.

⁴⁷ B. CLAVERO, ««Garantie des droits»: emplazamiento histórico del enunciado constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva ép. 81, septiembre de 1993, pág. 11.

⁴⁸ BURKE, *Reflections*, cit., especialmente pág. 29 (donde, por cierto, dice BURKE: «Nuestra Constitución no conoce nada parecido a un magistrado como el «Justicia de Aragón» ni ningún Tribunal designado legalmente ni

una decisión voluntarista, estaría «el orden genealógico de nuestra libertad», como «patrimonio jurídico heredado», fruto de las costumbres y de la prescripción y no del pacto. En la *Petition of Rights* de 1628, afirma Burke, el Parlamento dijo al Rey: «Vuestros súbditos han heredado estos derechos de libertad», que constituyen «un patrimonio hereditario». Así, «la transmisión hereditaria de la libertad (como patrimonio de derechos y de privilegios de un pueblo dado) inspira en nosotros un sentimiento de dignidad natural y nativa..., nuestra libertad es un título de distinción hereditaria»⁴⁹.

A esto se refería Max Weber cuando caracterizó el orden jurídico medieval como un «haz de privilegios» o de «derechos adquiridos» por concesión o por prescripción y cuyo mantenimiento riguroso e intacto es el fin mismo del orden social⁵⁰.

La situación concreta puede quizá ilustrarse de manera especialmente viva a propósito de lo que pasará a ser el derecho subjetivo por excelencia, la propiedad. Nos apoyaremos en un luminoso estudio reciente de Paolo Grossi⁵¹.

El derecho de propiedad se expresará en la Edad Media en forma que parece carecer de toda relación con el «éxtasis individualista» propio de la propiedad del siglo XIX. Son ordenamientos colectivos que, por una parte, desarrollan formas de organización comunitaria o colectiva, que se presentan como garantía de supervivencia, por su función alimentaria para una comunidad plurifamiliar y donde la titu-

ningún proceso legalmente establecido para someter al Rey a la responsabilidad por todos sus funcionarios»).

⁴⁹ BURKE, *Reflections*, págs. 32 y ss.

⁵⁰ MAX WEBER, *Economía y sociedad*, trad. esp., México, tomo III, 1944, pág. 172.

⁵¹ P. GROSSI, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. esp., Madrid, 1992.

laridad no se reconoce en un ente, sino en la concatenación sucesiva de las generaciones⁵². Por otra parte, con la técnica de la propiedad dividida se produce una acumulación de posiciones de efectividad económica sobre un mismo bien que resultan difíciles de aislar y articular en los conceptos abstractos con que hoy se manejan las reglas dominicales⁵³. No hay aquí lugar al «modelo individual de pertenencia», arquetipo de la propiedad actual⁵⁴. La «nervatura feudal» que penetra toda la estructura agraria en la época, propia de señores o de monasterios o cabildos o pueblos, complica hasta la exasperación el panorama, creando una urdimbre compacta y casi inextricable.

La propiedad moderna va a consistir en el descubrimiento de su simplicidad y su abstracción. Lo notable es que esa simplicidad va a lograrse mediante un resuelto cambio de planteamiento: más que en una clarificación de la complejidad de las cosas y de intentar ordenar las múltiples y diversas facultades disgregadas sobre las mismas, todo el progreso va a consistir, dice Grossi, en considerar la propiedad como una proyección de la unicidad del sujeto. «La propiedad, de dimensión de las cosas se vuelve en dimensión del agente; en lugar de identificarse groseramente con el bien-objeto, busca en el interior del sujeto su identificación primera»⁵⁵.

Está bien estudiada la raíz teológica de ese cambio sustancial de concepción de la propiedad, de donde va a emerger como el paradigma del nuevo derecho subjetivo. Me refiero al libro de Marie-France Renoux-Zagamé⁵⁶, según el cual esa concepción que explica la propiedad como un

⁵² P. GROSSI, *La propiedad*, págs. 27 y ss.

⁵³ *Ibidem*, págs. 35 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 37 y ss.

⁵⁵ P. GROSSI, *La propiedad*, cit., pág. 111.

⁵⁶ M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Ginebra, 1987. Fue una tesis en París, dirigida por M. VILLEY.

poder absoluto del hombre sobre las cosas (y que culminará en el famoso art. 544 del Código Civil Napoleón, como luego podremos ver: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*) no es sino una trasposición de los poderes de Dios sobre el mundo, que los teólogos (y de manera especialmente relevante los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII) desarrollaron desde el ockamismo. Grossi lo ha notado también⁵⁷, observando que «la intuición más profunda de la edad nueva consiste en la interiorización del *dominium*... piedra angular de la cultura filosófica de la edad moderna, un *topos* que recorre intacto, a pesar de los múltiples accidentes del itinerario desde los teólogos franciscanos a Locke». Ello «hace del sujeto un personaje provisto en su interior de una carga agresiva que lo proyecta dominadoramente sobre el mundo». «Noción simple, por consiguiente, la propiedad, como es simple una virtud, una voluntad, una intención.» Veremos que estos conceptos serán básicos en la concepción ya netamente moderna del derecho subjetivo.

El contraste entre las dos concepciones históricas de los derechos resulta así manifiesto. Una nueva especie de derechos subjetivos, que alcanzan su simplicidad y su abstracción en cuanto simples emanaciones del sujeto que los ostenta como titular, irrumpe en la historia, desembarazados de lazos históricos, de la compleja urdimbre social en que se han producido o despliegan su efecto, dotados, por esas mismas notas de simplicidad y de abstracción, de una formidable potencia destructiva, como pocos conceptos históricos, y, correlativamente, de una no menor capacidad creadora de nuevas y originales coagulaciones sociales y políticas.

⁵⁷ Especialmente en su trabajo «La propriété nel sistema privatistico della Seconda Scolastica», en los *Quaderni fiorentini*, 1972. También en su libro *La propiedad*, págs. 111 y ss.; los textos que se transcriben en págs. 112 y 113.

V. Los derechos subjetivos de la Declaración de 1789. Derecho subjetivo y Ley

He aquí que, a través del concepto de derechos innatos y de la construcción del pacto social, toda la construcción social y política va a intentar ser reducida a una simple articulación entre derechos subjetivos de titularidad estrictamente individual. El artículo 2 de la Declaración francesa lo proclama de manera enfática: «El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Sólo la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, dice el corto preámbulo de la Declaración, son la causa de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos. La figura técnica de los derechos subjetivos, en concreto de los derechos que emanan de la propia naturaleza del hombre, como pretensiones de respeto, de participación común en el gobierno, de libertad y de garantía, alcanzan aquí su punto teóricamente más alto.

Pero, como hemos podido ver al estudiar la formación del concepto de derecho subjetivo y sus sucesivas transformaciones, el reconocimiento técnico de una situación de derecho subjetivo requiere, inexcusablemente, una norma objetiva —cuyo tipo hoy establecido es la Ley— que lo defina, lo delimite y lo proteja.

Desde sus orígenes en Ockham hasta hoy mismo⁵⁸, corresponde a la esencia del derecho subjetivo el hecho de

⁵⁸ Recojamos algunas definiciones del concepto de derecho subjetivo. La clásica en el Derecho Civil de A. THON: «Derecho subjetivo privado es la tutela acordada por las normas a los intereses de un particular contra otro en virtud de la cual viene dado por parte del ordenamiento jurídico al sujeto tutelado, en caso de transgresión de la norma, un medio para la remoción de dicha ilicitud, medio entregado a su uso discrecional.» *Rechtsnorm und*

que sea atribuido o reconocido por parte del Derecho objetivo, que le presta, consiguientemente, su protección o tutela. Esta regla pudo estimarse algo velada por la idea de los derechos innatos e inviolables, que se imponían al Derecho positivo (*ante positas legis*, en la expresión de Grocio) del país que los reconocía y que, por tanto, se presentaban como una exigencia metajurídica de la que resultaban límites, pero que no parecían emanar de ese Derecho positivo. En realidad, la corrección resultaba fácil. La eficacia de tales derechos procedía de una supernorma con valor superior al Derecho positivo ordinario, el Derecho natural como pretensión abstracta, la Constitución o las Declaraciones solemnes a ella equiparadas en cuanto las recogían e imponían en un sistema nacional determinado. Ése fue, justamente, el caso de las Declaraciones de derechos americana y francesa, esta última promulgada como un anticipo de la Constitución e incorporada a ésta, como su Preámbulo, cuando la misma fue concluida en 1791. Es patente que la Declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de valor superior a las Leyes ordinarias, lo que la erigía en un límite del legislador. En su Preámbulo se declara de forma expresa que una de las finalidades de su promulgación es «que los actos del Poder Legislativo... puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política», esto es, con los derechos del hombre incluidos en

subjectives Rech. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar, 1878, pág. 133. La autorizada en el Derecho español de Federico DE CASTRO: «Situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»; «el ordenamiento jurídico entrega determinada libertad de ejercicio al titular con la atribución del derecho subjetivo, le confiere la posibilidad de defenderlo y le confía ciertos medios para ello»: *Derecho Civil de España*, ed. Civitas, 1984, págs. 573 y 587-588. Una cualquiera en el Derecho Público: «Reconocimiento por el Derecho [objetivo] de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.» E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 37.

la propia Declaración, y es un hecho que muchos de sus artículos se formulan como un límite al poder de la Ley precisamente (arts. 5, 6, 8, 13, 17). Por su parte, en el Título I de la Constitución de 1791, con el expresivo título de «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución», se incluye la siguiente: «*El poder legislativo no podrá hacer ninguna Ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título.*» Ocurre, sin embargo, que, como es bien conocido, la idea de supremacía constitucional sobre las Leyes fue arrumbada en Francia por la potenciación del principio «voluntad general» en el legislador (lo que se ha llamado el jacobinismo)⁵⁹, de modo que hasta 1958 (y, en realidad, hasta 1971, en virtud de la propia jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*) no llegó a admitirse el control de constitucionalidad de las Leyes, que encontró en Estados Unidos un cauce normal desde el origen.

Es cierto que toda la concepción del derecho subjetivo va a quedar marcada por esta decisiva reformulación desde la perspectiva de los *iura innata*, como titularidades «naturales» o propias del sujeto, que al Derecho objetivo toca reconocer y proteger, pero que tendría un origen extrapositivo. Pero el funcionamiento técnico de la figura requiere siempre, *sine qua non*, un reconocimiento del Derecho objetivo, al que compete siempre determinar su titular, delimitar

⁵⁹ Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1930, ed. fotostática de 1984, por G. BURDEAU, París, Económica, págs. 103 y ss. BURDEAU, en el prólogo a esta nueva edición, pág. IX, llama a esa confusión entre la voluntad soberana de la nación, fuente del poder constituyente, y la del Parlamento, como poder constituido, una «estafa intelectual». Pero más que enjuiciar la corrección de su construcción, importa subrayar que esta concepción se impuso, por el influjo francés (así como por el peso propio del «principio monárquico»: *vid. cap. IV, infra*), en toda Europa prácticamente hasta que la segunda postguerra mundial, a mitad de este siglo, abrió el camino a una justicia constitucional contra las Leyes. *Vid. mi libro La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., 3.ª reimpresión, Madrid, 1994.

su objeto y su alcance y otorgar su tutela. Orestano ha podido decir que toda «la historia de la ciencia jurídica de derivación pandectística desde el siglo pasado hasta nuestros días se presenta como un largo, lento y tormentoso “redescubrimiento” del Derecho objetivo, con todos sus presupuestos y sus implicaciones» como fundamento del derecho subjetivo ⁶⁰.

Nos interesa ahora notar que esa estrecha vinculación entre norma objetiva y derecho subjetivo está expresamente presente en el gran documento de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que ésta es, quizá, su aportación fundamental a la historia de la formación del concepto de derecho subjetivo. Lo peculiar es que esa «soldadura» (para decirlo en los justos términos de Orestano) ⁶¹ entre derecho subjetivo y norma se resuelve aquí en soldadura entre derecho subjetivo y Ley, precisamente. Ésta es, justamente, la gran novedad de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, la que destruye en un punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquélla por éstas. Así lo ha observado, agudamente, Stephan Rials (aunque sin obtener todas las consecuencias, como ya hemos observado), notando que esto que llama «legicentrismo» ⁶² supone una idea nueva de la Ley como liberadora y creadora de felicidad, en cuanto garante supremo de los derechos del hombre proclamados. Es, por cierto, algo más que una idea, es una técnica política y jurídica precisa, cuya efectividad veremos que será de pri-

⁶⁰ ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi*, pág. 145. «Puede hablarse de “redescubrimiento”, añade, porque la idea de la dependencia del derecho subjetivo respecto al Derecho objetivo, de la eficacia de la voluntad individual en los límites reconocidos por la norma... eran patrimonio común en la doctrina jurídica anterior a la aparición de la idea de la autonomía de la voluntad», citando autores del siglo XVII (como podrían citarse de fecha anterior).

⁶¹ ORESTANO, pág. 139.

⁶² RIALS, *La Déclaration*, págs. 369 y ss.

mera importancia. En este sentido es esencial el artículo 4 de la Declaración, sobre cuyo sentido reflexionaremos más extensamente en el próximo capítulo, y cuyo texto dice: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. *Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley*». Lejos de ser, como pensaba Jellinek, un enunciado de «metafísica política» y sin contenido «legislativo» ⁶³, este precepto, sin parigal en los precedentes americanos, es una de las claves del nuevo sistema jurídico inaugurado por la Revolución Francesa, como tendremos ocasión de precisar más adelante.

Por lo demás, el enunciado del artículo 4 de la Declaración no es ocasional. Otros cuatro artículos más, el 5, 6, 7 y 8 extraen de ese principio consecuencias decisivas para el régimen positivo de la libertad y, derivativamente, para la formación de todo el nuevo Derecho Público post-revolucionario. En conjunto, la Declaración cita once veces la palabra «Ley» y dos más el adverbio «legalmente». Veremos que esta colocación de la Ley en el centro mismo del sistema de los derechos está en el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa y que se buscará en vano en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes, precisamente, la reconfiguración del Estado en lo que no había sido en todo el largo y profundo Antiguo Régimen, una *machina legislatoria*, en el «Estado Legislación», según la lúcida explicación de Carl Schmitt ⁶⁴. Todo el sistema jurídico queda reducido a un

⁶³ Cfr. *supra*, nota 44 de este mismo capítulo.

⁶⁴ Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, ahora en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 263 y ss.

sistema cerrado de Leyes, lo que se llamará el positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente.

Interesa notar que esa concepción del derecho subjetivo «soldado» a la Ley, garantizado y protegido por ella, va a aplicarse sistemáticamente, al margen del Derecho Público, que será el tema de nuestro próximo capítulo, en el corazón mismo del Derecho Privado, y en concreto en sus dos instituciones centrales, la propiedad y el contrato. El legislador revolucionario no se conforma con abatir las viejas instituciones feudales que anudaban y embarazaban las vidas de los individuos (supresión de los «privilegios», proclamación de la igualdad, desvinculación, desamortización, supresión y prohibición de gremios, unificación de los múltiples fueros, etc.), sino que se preocupa de construir un nuevo Derecho civil que dé curso a la nueva concepción del Derecho y, en particular, de los derechos que la Revolución patrocina. Estos esfuerzos sistemáticos, todos en la misma dirección de «apertura» de la sociedad y de situar a los individuos y a su autonomía personal en el centro mismo del sistema jurídico⁶⁵, culminarán en la magna creación que fue el Código Civil napoleónico de 1804, que corona un esfuerzo tenaz perseguido desde 1790⁶⁶.

⁶⁵ Entre una bibliografía agotadora, citaremos cuatro títulos básicos. Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, París, 1898 (reimpresión 1971 en Glashütten in Taunus), en especial págs. 47 y ss.; A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969. Y la obra colectiva, *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans*, Orléans, 1988, 2 vols.; J. L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, París, 1992.

⁶⁶ Recordemos que la previsión de un Código Civil se incluye ya en la Ley de Organización Judicial de 16 de agosto de 1790 y se reitera en el Título I de la primera Constitución revolucionaria, la de 1791: «Será hecho un Código de Leyes civiles comunes a todo el Reino.» Los proyectos concretos se inician con la Convención.

Como dijo Duguit en un agudo libro⁶⁷, el Código napoleónico y todos los Códigos que de él proceden «descansan en una concepción puramente individualista del Derecho». «La regla de Derecho o Derecho objetivo tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer Leyes o realizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás». Es básico a estos efectos, como expresión misma de la libertad civil, el principio de autonomía de la voluntad individual, consagrado en los artículos 1.134 y 1.156 del Código («los pactos legalmente celebrados tienen valor de Ley para quienes los han concertado»; «se debe buscar en los pactos cuál ha sido la voluntad de las partes contratantes en vez de detenerse sobre el sentido literal de los términos»), que reconoce el poder de crear por un acto de voluntad una situación de derecho. Este principio presupone, dice Duguit, que todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad; que todo acto de voluntad de un sujeto está socialmente protegido, y, finalmente, que toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y otro el sujeto pasivo.

Por su parte, la propiedad, ya proclamada como derecho natural imprescriptible en el artículo 2 y de inviolable y sagrado en el artículo 17 de la Declaración de derechos de 1789, constituye el otro de los pivotes del Código, que refuerza esa construcción radicalmente individualista⁶⁸. El artículo 544 la define como «el derecho de usar y disponer

⁶⁷ L. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. española de Carlos G. Posada, Madrid, s. d., págs. 13 y ss.

⁶⁸ «Individualismo», notó TOCQUEVILLE, «una expresión nueva para una idea nueva» (*Democratie en Amérique*, III, II, 21). Cfr. M. del C. IGLESIAS CANO, *Individualismo noble, individualismo burgués*, discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia, 1991.

de las cosas de la manera más absoluta», concluyendo así el proceso evolutivo que seguimos más atrás con Paolo Grossi de subjetivización definitiva del concepto. «Desde el principio de la Revolución, desde que se decidió redactar un Código Civil, las dos ideas de libertad civil y de propiedad no se separaron jamás», escribió Sorel⁶⁹. Propiedad y contrato, atributos absolutos de los sujetos de derecho, actuando con plena libertad, absueltos de toda constricción o limitación que no sea la de respetar los derechos de los demás, tal como están definidos por las Leyes, actuados los dos según el simple interés personal de los respectivos titulares, serán los dos pivotes indiscutibles sobre los que va a girar entera la nueva sociedad abierta y fluida que la Revolución, eliminando privilegios y vínculos históricos, ha puesto en marcha. Esta apertura vendrá a sustituir a las viejas estructuras escleróticas y complicadas, y prestará a la nueva sociedad su ambiente libre y despejado. Los ciudadanos vivirán sobre sus propios intereses y según sus personales decisiones y riesgos. Los literatos de talento (Stendhal, Balzac, en primer término) la descubrirán y la describirán enseguida, embriagadoramente.

⁶⁹ SOREL, en *Le Code civil (1804-1904). Livre du Centenaire*, I, París, 1904, pág. 31. Sobre el tema de la propiedad y la Revolución, la bibliografía es muy extensa. Vid., por todos, M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, París, 1958, así como últimamente los estudios reunidos por G. KOUVI, *Propriété et Révolution*, Université de Toulouse, 1990, y la otra serie colectiva, *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, París, 1991, y allí citados. Un estudio sobre el cambio léxico e ideológico, en E. BOTSCH, «Propriété, propriétaire», en el *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, cit., Heft 13, 1992, págs. 73 y ss., que resume su libro *Eigentum in der Französische Revolution: Gesellschaftliche Konflikte und Wandel des sozialen Bewusstseins*. Múnich, 1991.

VI. La idea de derecho subjetivo en Alemania. Kant, Hegel, Savigny. La tecnificación definitiva del concepto

Para no dejar interrumpida la historia del concepto de derecho subjetivo, ese misterioso y decisivo resorte técnico, es preciso volver un momento la atención hacia Alemania, en cuya ciencia jurídica del siglo XIX alcanzará dicha técnica su perfil definitivo y su reinado absoluto en el sistema jurídico.

Si consultamos la bibliografía germánica sobre la formación del concepto de derecho subjetivo, nos encontramos con la enorme sorpresa de que no se hace mención alguna a la Revolución Francesa, a su básica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ni al Código Napoleón de 1804⁷⁰. El curso histórico suele ser descrito, en sus últimas fases, pasando de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, especialmente a través de Wolff⁷¹, directamente a Kant, Hegel y, tras Savigny, a la Pandectística⁷², que es donde el concepto alcanza su madurez definitiva. La cuestión entonces queda reducida, a mi juicio,

⁷⁰ Utilizamos fundamentalmente H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, ya cit. más atrás (1963), Karl-Heinz LADEUR, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur. Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität*, Lahn-Giessen, 1978. Jan SCHAPP, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1977; Rudolf GMÜR, *Rechtswirkungsdanken in der Privatrechtsgeschichte. Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden*, Berna, 1981.

⁷¹ Como ha notado certeramente A. DUFOUR, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, cit., pág. 111, la Escuela del Derecho Natural y de Gentes fue esencialmente una escuela germánica, que supuso el paso a Alemania (*translatio studii*) del centro de los estudios jurídicos en Europa, que habían estado antes en Francia (*mos gallicus*) y antes aún en Italia (*mos italicus*).

⁷² Así, COING, *Zur Geschichte*, págs. 254 y ss. (en pág. 255 cita la utilización en el siglo XVIII en Inglaterra y Estados Unidos del pensamiento de los derechos subjetivos en su significación política en la teoría de los derechos fundamentales del hombre; muy probablemente la falta de mención de la Declaración francesa de 1789 se deba al recuerdo de la tesis de George

a precisar si Kant y Hegel, imponentes figuras del pensamiento, de donde se nutren directamente los juristas del XIX, no fueron influidos en sus ideas jurídicas por la Revolución Francesa y si Savigny mismo, que es claro que se ha formado en ambos filósofos y, sobre todo, en el primero, en cuyo ambiente intelectual se educó, no reflexionó sobre las extraordinarias innovaciones que introdujo el *Code civil* de 1804. Adelanto que la respuesta afirmativa a estas dos cuestiones me parece completamente evidente.

El influjo de Wolff sobre los juristas alemanes de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX está bien establecida⁷³ y sabemos también que Wolff, maestro en el método de la «construcción» jurídica⁷⁴, elaboró un concepto ya realmente maduro de la idea de derecho subjetivo.

Pero es en Kant donde ha de buscarse la elevación del concepto a un lugar central. En el mismo concepto kantiano del Derecho aparece un tema que, en este momento, nos es ya familiar: «Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad»⁷⁵. Por otra parte, «el único derecho originario que el hombre posee

JELLINEK, que sabemos infundada, sobre la falta de originalidad de este documento). LADUR, *Rechtssubjekt*, págs. 17 y ss., que parte de KANT y HEGEL. GMÜR, *Rechtswirkungsdanken*, págs. 105 y ss., que parte del Derecho Romano, glosadores, canonistas, humanistas, codificadores iusnaturalistas (concepto que procede de WIEACKER y cuya equivocidad, no obstante la autoridad de este autor, me parece manifiesta, dada la radical novedad del *Code* respecto de todos los demás supuestos; sobre ello, especialmente, ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969. Específicamente, J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, París, 1992, págs. 51 y ss.; se incluyen en el género, tras el «Codex Bavaricus» de 1756 y el «Allgemeine Landrecht» de Prusia de 1794, el *Code civil*, seguido del austríaco), para pasar seguidamente a KANT y a los demás filósofos idealistas, antes de entrar en la Pandectística.

⁷³ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., págs. 318 y ss.

⁷⁴ WIEACKER, pág. 320.

⁷⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, ed. de K. Vorländer, Hamburgo, 1992 (reimpresión 1954), págs. 34-35.

en virtud de su humanidad es la libertad»⁷⁶. Toda la doctrina kantiana del Derecho está basada en la libertad, y éste es todo el sentido de su rectificación radical del Derecho natural material que le precedió para pasar a un concepto formal del Derecho, justamente el que la idea de la libertad permite articular⁷⁷. De esa libertad arranca precisamente la titularidad de los derechos subjetivos, esencialmente concebidos como libertad de acción bajo las Leyes protectoras, que han de asegurar la coexistencia de las libertades de todos los sujetos entre sí. Por poner un solo ejemplo, que podría fácilmente multiplicarse entre muchos posibles: en el caso de la venta de una mercancía, el *quid* de la juridicidad estaría en que siendo comprador y vendedor libres, «cada uno de ellos puede acordarse con la libertad del otro según una ley universal». De donde puede derivarse su concepto del «derecho personal»: «La posesión del arbitrio de otro como facultad de determinarlo por mi arbitrio... es un derecho»⁷⁸. El influjo de Kant sobre todos los juristas alemanes sucesivos será capital y está perfectamente puntualizado. Como ha dicho Wieacker, ya hacia 1800 los pensadores jurídicos que habían de pesar en el futuro, como Hugo, Feuerbach y Savigny, reconocían de una u otra manera a Kant y fundamentaron la justicia del Derecho positivo como la ética kantiana de la autonomía de la persona y de su voluntad ética⁷⁹.

Por otra parte, la idea kantiana del Estado se nutre claramente del pensamiento que la Revolución Francesa acababa de poner en primer plano. Aunque la primera edición

⁷⁶ KANT, *op. cit.*, pág. 43.

⁷⁷ Cfr., por todos, Ch. RITTER, *Der Rechtsgedanke bei Kant*, Fráncfort s/Meno, 1971; F. GONZÁLEZ VICÉN, *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, 1984, en particular su primer estudio, «La filosofía del Estado en Kant».

⁷⁸ KANT, *Metaphysik der Sitten*, pág. 34, para el primer ejemplo, y 83-84, para el concepto de «derecho personal».

⁷⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 352.

de la *Metafísica de las costumbres*, en sus dos partes, es de 1796-1797, son constantes ya los conceptos que expone que no podrían explicarse sin ese precedente revolucionario que, en un famoso pasaje de «El conflicto de las Facultades», 1798, confiesa que le había suscitado «entusiasmo»⁸⁰. Baste citar los conceptos de pacto social, poder constituyente, división de poderes, reconocimiento de que el poder legislativo ha de proceder de «la voluntad unificada del pueblo» y que tal voluntad colectiva se da sólo «en la medida en que cada uno decide la misma cosa sobre todos y todos sobre cada uno», o, más aún, esto: «Una persona no puede estar sometida a otras Leyes más que a aquellas que ella se da a sí misma, bien sola, bien de consuno con otras»⁸¹. Todos y cada uno de estos conceptos, y de estas palabras incluso, proceden inequívocamente del instrumentario jurídico de

⁸⁰ KANT, *Streit der Fakultäten*, tomo VII de la edición de las *Gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, Berlín. El § 6 de la sección 2.ª tiene por epígrafe: «De un acontecimiento de nuestro tiempo que prueba la tendencia moral de la especie humana.» Y allí puede leerse: la Revolución presenta «un interés universal», afecta a «la humanidad en general y también a su carácter moral». «Esta Revolución encuentra en los espíritus de todos los espectadores no implicados en su juego una *simpatía* de aspiración que llega cerca del entusiasmo», en cuanto afecta «a una disposición moral del género humano». «La causa es *doble*: la del *derecho* de un pueblo, si quiere darse una Constitución política que le parezca buena, de no ser impedido en ello por otros poderes, y, en segundo lugar, la del *fin*... pues sólo la Constitución de un pueblo es en sí *conforme al Derecho*... lo que no puede ser, teóricamente al menos, más que la Constitución republicana.» Ese entusiasmo procede del «deseo de instaurar un mundo mejor». (Todas las cursivas proceden del original.) Sin embargo, KANT niega el derecho a la rebelión y, de manera especial, la ejecución del Rey, aunque en su «Proyecto de una paz perpetua», estima no ser posible «hacer volver al pueblo a su antigua Constitución». Véanse, en general, sobre el tema, K. VORLANDER, *Kant Stellung zur französischen Revolution*, Berlín, 1912; S. AXINN, «Kant, authority and the french Revolution», en *Journal of the History of Ideas*, XXXII, 1971, págs. 423 y ss.; H. SCHEEL, *Die Begegnung deutscher Aufklärer mit der Revolution*, Berlín, 1973; P. BURG, *Kant und die französische Revolution*, Berlín, 1973; S. CORNGOLD, *The fate of the self. German writers and French Revolution*, Nueva York, 1986.

⁸¹ Para no extender las citas, bastará con señalar que la última frase citada en el texto se encuentra en la pág. 27 de la *Metaphysik*, cit.

la Revolución Francesa, como veremos más despacio en el capítulo siguiente. Es, pues, una ligereza intentar independizar a Kant de la Revolución, de la cual es más bien una clara teorización filosófica su concepto del Derecho.

El caso de Hegel es aún más claro. Por una parte, resulta indudable que en la Filosofía del Derecho Hegel ha marcado toda la ciencia jurídica alemana posterior. Por otra, para él la libertad es la base entera del Derecho, la libertad expresada en la voluntad y, por tanto, la perspectiva del derecho subjetivo. Que Hegel tiene plena conciencia del derecho subjetivo es una evidencia. Basten algunas citas: «El Derecho aparece en la representación inmediata como posibilidad de hacer o de no hacer. Yo no hago nada injusto cuando hago valer mi derecho»⁸²; «existencia de la voluntad libre, eso es el derecho»⁸³; «que el bienestar particular sea tratado y realizado como un derecho»⁸⁴; «la libertad constituye la sustancia y la determinación-destinación del Derecho»⁸⁵. Hegel ve perfectamente que esta técnica del derecho subjetivo es específicamente moderna. En una nota al § 124 de su *Filosofía del Derecho*⁸⁶ afirma: «El derecho a la *particularidad* del sujeto a encontrarse satisfecho, o lo que es lo mismo, el derecho de la *libertad subjetiva*, constituye el punto central y de inflexión en la diferencia entre la *anti-güedad* y la *época moderna*». Texto capital.

Pero Hegel es también un crítico de la filosofía jurídica de Kant, niega enfáticamente la doctrina del contrato social como origen del Estado, de la que Kant partía; reconoce por ello, de manera especial, la preeminencia del Estado, «dios terrestre», y, por tanto, a la vez que de derechos de

⁸² HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed Suhrkamp, Fráncfort s/M., 1986, pág. 81.

⁸³ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 80.

⁸⁴ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 382.

⁸⁵ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 46.

⁸⁶ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 233; las cursivas proceden del original.

las personas, habla también de los derechos del interés del Estado y hasta de los que corresponden al Espíritu del mundo⁸⁷. Aquí está el origen del famoso transpersonalismo hegeliano, que ha hecho que todos los totalitarismos modernos busquen, de algún modo, su justificación en las tesis del gran filósofo. Recordemos que para Hegel «el Estado es la realidad histórica (*Wirklichkeit*) de la idea moral»⁸⁸.

Pero ocurre que, en el terreno en que ahora estamos, el de la formación técnica del concepto de derecho subjetivo, esa concepción va a robustecer en la doctrina hegeliana un elemento básico del concepto, su derivación de la Ley. Así afirma que sólo mediante «las Leyes e instituciones tiene lo ético un contenido fijo que es necesario para sí y que es una existencia superior a la opinión subjetiva y al capricho»⁸⁹. Más referencias podrían darse sobre la necesidad para Hegel de «positivización» del Derecho⁹⁰, concepto básico entre el fenómeno de codificación y legislación generalizada que, según vimos, la Revolución introduce, y que será capital para la construcción de la ciencia jurídica del siglo XIX. Sobre esta base se realizará lo que hemos lla-

⁸⁷ HEGEL, *Grundlinien*, págs. 83-84.

⁸⁸ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 398.

⁸⁹ HEGEL, *Grundlinien*, pág. 293. Pues «para el sujeto la sustancia ética, sus leyes y poderes, tienen, por una parte —en cuanto objeto—, la condición de ser, en el sentido más alto de la independencia, una autoridad y un poder absolutos, infinitamente más fuerte que el ser de la naturaleza», págs. 294-295. Y también: «El derecho de los individuos a su determinación subjetiva a la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que ellos pertenecen a la realidad ética, pues la certeza de su libertad tiene su verdad en tal objetividad», pág. 303. (A notar aquí que eticidad —*Sittlichkeit*, famoso concepto que HEGEL separa de «moralidad»— es aquí justamente el grupo organizado, el Estado.)

⁹⁰ HEGEL, *Grundlinien*, págs. 361 y ss. El epígrafe no puede ser más expresivo: «El Derecho como Ley.» Incluso toma resueltamente partido en la polémica famosa entre THIBAUT y SAVIGNY sobre la oportunidad de una codificación en Alemania y, contra el último, afirma sin ambages: «Negar a una nación culta o a la clase jurídica dentro de ella la capacidad de hacer un Código... sería una de las mayores burlas que podrían hacerse a una nación o a dicha clase» (pág. 363).

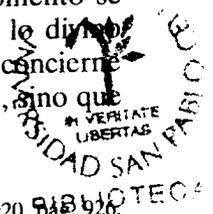
mado con Orestano la «soldadura» entre el Derecho objetivo y el derecho subjetivo⁹¹, eliminando definitivamente el equívoco que en los orígenes de este último concepto había supuesto la idea de los «derechos innatos», o —en los términos clásicos de Grocio— *ante positas leges*; sólo en virtud de esa «soldadura» (el derecho subjetivo, aunque correlato del principio ético de la libertad, debe ser reconocido y protegido por el Derecho objetivo como condición de su misma existencia) alcanzará el concepto la plenitud de su operatividad técnica y, con ello, la posibilidad de su manejo fluido por los juristas y por los tribunales.

Huelga decir, tras de todo lo expuesto, que Hegel es un profundo conocedor de la Revolución Francesa, que está poderosamente influido por su ideario, del que hace, en realidad, una de sus interpretaciones más profundas y significativas. Hegel ha elevado el suceso a su «Filosofía de la Historia Universal» en un tono de elevada emoción, quizá sin paralelo en la propia historiografía francesa. «Desde que el sol se encuentra en el firmamento —dice⁹²— y los planetas giran a su alrededor, no se había visto al hombre cabeza abajo, es decir, apoyarse en la idea y construir sobre ella la realidad... Fue, pues, un soberbio amanecer. Todos los seres pensantes han celebrado esa época. Una emoción sublime reinó en ese tiempo, el entusiasmo del espíritu hizo estremecerse al mundo, como si sólo en ese momento se hubiese llegado a la verdadera reconciliación de lo divino con el mundo». Es la primera Revolución que no concierne sólo al país donde surge y al Estado que sustituye, sino que habla a todo el género humano⁹³.

⁹¹ R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi*, cit., págs. 139 y ss.

⁹² HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1920, pág. 926.

⁹³ Cfr. R. BODEI, «Révolution française et Philosophie allemande de Kant à Hegel», en la obra colectiva dirigida por F. FURET, *L'heritage de la Révolution française*, 1989, págs. 113 y ss.; J. RITTER, *Hegel und die französische Revolution*, Colonia, 1957. La obra colectiva *Droit et liberté selon Hegel*, dirigida por PLANTY-BONJOUR, París, 1986, se abre (pág. 6) con este párrafo: «Las dos



La lengua de los derechos inaugurada por la Revolución va a pasar, pues, a Alemania, donde le espera un futuro de primera importancia.

Y el final de esta historia, un poco larga quizá en nuestra exposición, por sus extensas y complejas etapas, será la configuración técnica definitiva de la figura del derecho subjetivo como figura central del sistema jurídico entero, lo que será la obra y el mérito indiscutible de la Pandectística alemana del siglo XIX, que crea el nuevo método de la ciencia jurídica, en el cual sustancialmente estamos y que ha concluido por imponerse en toda la Europa continental.

El origen reconocido de esta escuela está en Federico Carlos de Savigny, uno de los más grandes juristas de la historia. Wieacker ha hecho de su personalidad y de su obra un retrato magistral, al que debemos remitirnos⁹⁴. Aunque como fundador de la llamada Escuela Histórica del Derecho, cuyo manifiesto es su escrito de 1814 «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» (que, en oposición a Thibaut, que había propugnado meses antes un Código Civil común para toda la nación alemana, fragmentada en una multitud de monarquías, principados y ciudades libres, rechazó la oportunidad de la codificación civil en nombre de la concepción del Derecho como un

filosofías de la Revolución Francesa... por las cuales se abre y se cierra el idealismo alemán, la filosofía kantiana y la filosofía hegeliana...»

⁹⁴ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 359 y ss. Dada la finura y profundidad de este retrato, y para facilitar su consulta, remitimos a la traducción española de la 1.ª ed. de esta obra, aunque ampliada luego en el original alemán: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Fernández Sardón, Madrid, 1957, págs. 330 y ss. Vid. también Erik WOLFF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 3.ª ed., Tubinga, 1951, págs. 464 y ss.; H. COING, *Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft*, en *Gesammelte Aufsätze* del autor, cit., págs. 178 y ss. Puede verse también, en castellano (aunque la traducción no es siempre fiable), el libro de Walter WILHELM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Madrid, 1980 (el original es de 1958). Las referencias pueden multiplicarse fácilmente.

ducto del «espíritu del pueblo»), lo cierto es que Savigny no fue propiamente un romántico y que de su obra no se derivará precisamente un historicismo jurídico, sino todo lo contrario, la llamada «Dogmática», que es un método abstracto de comprensión y tratamiento del material normativo⁹⁵. Savigny no propugnó, pues, una introspección nacional del Derecho germánico ni ninguna exaltación de su genio propio, sino sólo una meditación más detenida sobre el Derecho Romano como Derecho técnicamente elaborado, que era la materia de su estudio, la cual tampoco intentó comprender con métodos anticuarios y filológicos, sino exponer de una manera sistemática y organizada a través de «instituciones» articuladas racionalmente para servir de instrumentos aptos para la sociedad presente. Los autores de la formación del Derecho no eran para él oscuras fuerzas telúricas, un pueblo anónimo y certero en las huellas conservadas por la historia, sino, precisamente, los jurisconsultos, los profesores especialmente, que por su especialización y por su *ethos* del método y de la verdad científica debían ser tomados por los verdaderos órganos del pueblo⁹⁶.

⁹⁵ Esta afirmación, nada polémica, admitida hoy universalmente, puede sorprender a algunos en España, donde la Escuela Histórica del Derecho fue invocada, con una sorprendente eficacia, y sobre la base casi única de su designación, en favor de los Derechos forales y está en el origen mismo, en forma destacada, de los nacionalismos catalán y vasco. El *Sistema de Derecho Romano*, 7 vols., fue traducido (aunque a través de su versión francesa) por J. Mesía y M. Poley (Madrid, s. d., Centro Editorial Góngora), con un prólogo de DURÁN Y BAS, que insiste en esa derivación nacional-historicista tan poco acorde con el contenido de la obra prologada y con su significación. Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, «La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX», en *Actas de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1979 y 1981.

⁹⁶ E. WOLFF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., pág. 466, ha observado agudamente, por ello, que el sentido de la historia que la Escuela llevó a su propia denominación era, más que el del romanticismo, el que luego HEGEL caracterizaría como «autoconciencia del espíritu del mundo», que da un lugar privilegiado a la razón. E. EHRLICH notó que el verdadero *Programmschrift*, el escrito programático, de la Escuela Histórica para la ciencia jurídica práctica, no fue el panfleto anti-Thibaut de 1814, sino su monografía sobre la posesión

Todo esto puede sonar a paradójico, pero así fue en la realidad. Savigny era un representante típico del «segundo humanismo» —entre cuyos miembros destacan Goethe, Mozart, Kant—; formó parte desde 1810, esto es, desde su creación, de la famosa Universidad de Berlín, que perseguía la alianza entre la idea de humanidad y la conciencia política, y fue un modelo de elegancia literaria y de probidad científica, procedente del ideal formativo clásico, apartándose incluso personalmente del romanticismo nacional exacerbado por las guerras napoleónicas y que en lo jurídico conduciría a la germanística, dirección cuyo gran nombre sería Gierke. Koschaker y Wieacker niegan incluso la caracterización de nacionalista para la Escuela Histórica, la cual, lejos de destruir los fundamentos europeos comunes del Derecho privado, los fortaleció y profundizó de manera sumamente eficaz.

Despejado ese equívoco inicial, se comprenderá que la magna creación de Savigny haya sido la configuración del método dogmático, que alimentó a toda la ciencia jurídica alemana posterior y que concluiría por extenderse a todo el continente. Su *Sistema actual de Derecho Romano*, 1840 y ss., es la manifestación magistral de ese método y en él, por cierto, está ausente toda preocupación historicista para centrarse en el primer término de su denominación, un saber precisamente «sistemático». Este saber se centra en la articulación de «instituciones jurídicas», conjuntos orgá-

de 1803; «la influencia de este escrito no puede ser parangonada a la de ningún otro en la entera literatura monográfica del Derecho común, ni aun fuera de Alemania. A través de mis viajes —añade— he llegado al convencimiento de que no existe en la literatura mundial una monografía que haya alcanzado en todos los juristas el renombre que la de Savigny sobre la posesión» (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, ed. de 1929, Múnich y Leipzig, pág. 258). Ahora bien, en esta monografía clásica la única historia relevante, ha notado J. P. DAWSON (*The Oracles of the Law*, Westpoint, 1968, pág. 452), es «la historia de un concepto tal como se desarrolló en Derecho Romano».

nicos alrededor de los cuales se alinean normas y principios, y en cuyo seno se produce la figura básica de la «relación jurídica», relación social jurídicamente ordenada por una norma, primera materia de la ciencia jurídica, toda ella articulada en un sistema ⁹⁷.

No nos interesa, naturalmente, exponer aquí el método dogmático puesto a punto y por él magistralmente utilizado. A nuestros fines, nos importa destacar que en esa «relación jurídica», matriz del sistema jurídico, una de las partes, al menos, es el titular de un derecho subjetivo, precisamente. Savigny es explícito en el concepto: «Si consideramos la situación jurídica tal como nos rodea y nos penetra por todas partes en la vida real, se nos aparece en primer lugar el poder que corresponde a las personas privadas: un ámbito donde su voluntad impera e impera con nuestro acuerdo. A este poder le llamamos un derecho de esa persona» ⁹⁸. Y en otro lugar: «Un ámbito en el que la voluntad individual tiene que imperar independientemente de cualquier voluntad ajena» ⁹⁹. El influjo de Kant resulta manifiesto, y ha sido más de una vez notado ¹⁰⁰.

De aquí el concepto pasará a toda la Pandectística, que retornará cuidadosamente sobre él con una atención sistemática y profunda como pocos otros conceptos jurídicos han merecido. El derecho subjetivo será estrechamente vinculado al Derecho objetivo, según la «soldadura» entre ambas perspectivas del fenómeno que expusimos al tratar de Hegel.

⁹⁷ F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Recht*, I, Berlín, 1840, págs. X y XX, 7 y ss. y 133 y ss.

⁹⁸ SAVIGNY, *System*, I, pág. 7.

⁹⁹ SAVIGNY, *System*, I, pág. 333.

¹⁰⁰ Por ejemplo, COING, *Zur Geschichte*, pág. 257; H. KIEFNER, «Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert», en la obra colectiva dirigida por BLÜHDORN y J. RITTER, *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Fráncfort, 1969, págs. 22 y ss. Según WILHELM, *La metodología jurídica*, cit., pág. 56, SAVIGNY «modeló el concepto de derecho subjetivo sobre la definición de Kant», rotundamente.