

## Textos y glosas

---



## Avelino Folgado y la controversia franciscana sobre la pobreza como origen del concepto de derecho subjetivo

### RESUMEN

La cuestión sobre el origen del concepto de derecho subjetivo no ha sido pacífica. Diferentes juristas, desde distintos sectores y ámbitos del Derecho, e incluso, desde diferentes países, han tratado de abordar cuál ha sido el origen del concepto del derecho subjetivo con posturas encontradas. En el presente trabajo examinamos la tesis que realizó el agustino Avelino Folgado Fernández, quien situó el origen de dicho concepto en la controversia franciscana sobre la pobreza.

PALABRAS CLAVE: Derecho, subjetivo, controversia, franciscana, pobreza.

### ABSTRACT

The question about the origin of the concept of subjective right it's no pacific. Different jurists, from different sectors and fields of Law, and even, from different countries, have tried to address what has been the origin of the concept of subjective law with mixed positions. In this work, we examine the thesis made by the augustinian Avelino Folgado Fernández, who located the origin of this concept in the controversy franciscan on poverty.

KEY WORDS: Right, subjective, controversy, franciscan, poverty.

## 1. EL PROBLEMA ACERCA DEL DERECHO SUBJETIVO

El Derecho no es sólo un conjunto de normas ni de leyes. Una definición que contemple el Derecho de este modo se refiere exclusivamente al concepto de derecho objetivo, pero junto a él se sitúa el derecho subjetivo.

El derecho objetivo implica la exigencia o conjunto de exigencias coactivas de unos determinados comportamientos sociales (deberes jurídicos), domina y predomina la realidad jurídica, pero junto a esos deberes jurídicos, están los derechos del sujeto, es decir, las posibilidades del individuo de hacer o no hacer, de exigir que otro haga o no haga. Y esto integra el derecho subjetivo.

¿Qué es el derecho subjetivo? ¿Es una realidad con consistencia propia más allá de las normas jurídicas positivas? ¿Acaso es la otra cara de la moneda de los deberes jurídicos, es decir, una realidad creada y determinada por las mismas normas jurídicas? ¿Se tienen derechos subjetivos porque hay normas que los reconocen y protegen o son las normas jurídicas el reconocimiento de derechos subjetivos?

Hasta épocas anteriores al siglo XVII no existía propiamente una teoría sistemática de los derechos subjetivos. La primacía casi absoluta del derecho objetivo sobre el derecho subjetivo tenía razón de ser ideológica en los períodos anteriores al siglo XVIII, pues había un interés en mantener la especulación jurídica como base del orden establecido. La vida política, la jurídica e, incluso, la vida religiosa giraban en torno al concepto de orden. Para mantener ese orden social concreto se había elaborado una categoría filosófica, e incluso teológica, como era la del orden cósmico u orden natural. Lo importante era, pues, esa realidad objetiva del orden y no el sujeto, la persona o el individuo.

El iusnaturalismo escolástico expresó bien este hecho ideológico. Para esta concepción, el Derecho no sería sino la expresión normativa en formula de deber-ser de una determinada orden, de una determinada relación objetiva que, en última instancia, estaba creada por una ley eterna de Dios que se realizaba en cada criatura, o por la decisión de quien tenía a su cuidado el gobierno de una comunidad de personas. Si en todo ello existía algo de derecho subjetivo, es decir, de exigencia del sujeto frente a los demás o frente al poder político, no

era sino el reducto de lo posible, de lo permitido por la ley, porque lo importante era la ley que contenía una orden.

Este planteamiento, como se sabe, cambió sustancialmente cuando el individualismo de la Modernidad alcanzó su cima máxima. Entonces, se elaboró una auténtica teoría del derecho subjetivo <sup>1</sup>. A partir de entonces, el derecho subjetivo se ha configurado, de este modo, como la facultad o facultades de un sujeto reconocidas y protegidas por la ley. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo adquiere su sentido por el derecho objetivo. Dicho planteamiento sobre el derecho subjetivo es, en la teoría y en la práctica, el dominante en la actualidad <sup>2</sup>.

Sin embargo, que las cosas estén así, es decir, que se haya formado un concepto dominante en la actualidad del derecho subjetivo ha debido tener un origen en algún momento de nuestra historia en algún hecho o acontecimiento que haya permitido a los juristas aceptar dicho planteamiento y desarrollarlo. Curiosamente, veremos que fue un gran agustino, el P. Avelino Folgado, quien se atrevió a terminar con la incertidumbre, y hasta cierto punto con la polémica y estable-

---

1 Aunque siguió prevaleciendo, en cierto modo, especialmente entre algunos filósofos del Derecho, el carácter dominante del derecho objetivo y se consideró al derecho subjetivo como un subproducto de la norma. En este sentido, puede citarse a Hans Kelsen para quien el derecho subjetivo no era sino el mismo derecho objetivo en una relación especial con el sujeto. El derecho objetivo se entiende como derecho subjetivo en cuanto es norma puesta a disposición de un sujeto concreto y cuya potencialidad sancionadora se realiza en base a la expresa voluntad de un sujeto. *"Derecho subjetivo es –decía Kelsen– el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma"*. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, FCE, México 1986, p. 129. En este sentido, disponer de una cosa o de la propia libertad, no es para Kelsen, sino consecuencia de los deberes jurídicos que las normas establecen respecto de otros sujetos. Es decir, lo que puedo hacer o tener lo es en razón de que otros tienen el deber de respetar mi libertad o el dominio sobre determinada cosa. En definitiva, lo primero y principal es la norma, la ley, el derecho objetivo.

2 La cuestión no es tan sencilla pues cabe preguntarse si existen derechos subjetivos anteriores a la ley. En determinadas circunstancias, los hombres defienden sus derechos, los derechos que la ley no les reconoce, por lo que cabría también considerar que el derecho objetivo depende del derecho subjetivo, al menos en determinados derechos subjetivos fundamentales.

cer un origen cierto del concepto de derecho subjetivo que situó en la controversia franciscana sobre la pobreza<sup>3</sup>.

## 2. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

### 2.1. Discusiones doctrinales

Aunque el primer acercamiento al origen del concepto de derecho subjetivo se debe a Georges de Lagarde quien, por primera vez, llamó la atención acerca de la importancia del escrito de Guillermo de Occam *Opus nonaginta dierum* para la historia de la formación del concepto de derecho-facultad<sup>4</sup>, la cuestión no ha sido pacífica. Diferentes juristas, desde distintos sectores y ámbitos del Derecho, e incluso, desde diferentes países, han tratado de abordar cuál ha sido el origen del concepto del derecho subjetivo.

Algunos tomistas como el P. Teófilo Urdánoz<sup>5</sup>, Hyacinthe M. Hering<sup>6</sup>, el profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Georgetown, Heinrich Albert Rommen, quien fue feliz expresión de la tradición tomista en la Filosofía del Derecho y del Estado, en la acepción más profunda y viva de “*filosofía fundamentalmente abierta*”, conscientes de las tendencias actuales del pensamiento<sup>7</sup>, han estimado que Santo Tomás de Aquino conocía y empleó el término derecho como facultad jurídica.

---

3 Para una mayor amplitud de conocimientos sobre la figura del P. Avelino Folgado y su tesis fundamental sobre el concepto de derecho subjetivo puede verse más ampliamente nuestro libro: RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., *El Derecho y El Escorial. La labor jurídica de los agustinos juristas*, San Lorenzo del Escorial 2020.

4 GARDE, G. de la, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, Lovaina 1934-1946.

5 URDÁNOZ, T., «El bien común según Santo Tomás», en *Apéndice II al vol. VIII de la Suma Teológica*, Madrid 1956, p. 777; ÍD., *Historia de la Filosofía*, vol. VII: Siglo XX: Filosofía de las ciencias, neopositivismo y filosofía analítica; vol. VIII: Siglo XX: Neomarxismos. Estructuralismo. Filosofía de inspiración aristotélica, Madrid 1984-1985, pp. 343-435.

6 HERING, H., «De jure subjective sumpto apud sanctum thomam», en *Angelicum* XVI (1939) 295-297.

7 AMBROSETTI, G., «El espíritu de la obra de Heinrich Rommen», en *Anuario de Filosofía del Derecho* 13 (1967-1968) 71-78. Analiza la obra de Heinrich Albert Rommen, profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Georgetown, de Washington, tras la noticia de la muerte ocurrida el 19 de febrero de 1967, en Arlington.

Aquella afirmación fue desmentida duramente por el profesor Michel Villey, cuando señaló:

*“Es muy errado lo que ciertos tomistas han pretendido de que Santo Tomás conocía el sentido subjetivo de la palabra ius, sobre lo que no pueden aportar pruebas”*<sup>8</sup>.

También, en España, Manuel Fraga Iribarne, que tradujo el tratado *“De iustitia et iure”* de Luis de Molina en 1941-1943 con el título: *“Los seis libros de la justicia y el derecho”*, se sumó a la discusión doctrinal sobre el origen del concepto de derecho subjetivo cuando señaló a Luis de Molina como el teólogo del libre albedrío, y le atribuyó que el sistema de la justicia y el derecho sólo se puede asentar sobre la base de los derechos subjetivos cuya autoría le atribuía <sup>9</sup>.

Esta tesis también fue mantenida por Fernando Arturo Cuvillas quien sostuvo, en un artículo publicado en 1954, que Luis de Molina fue el creador de la idea del derecho subjetivo, esto es, el primero en entender el derecho como facultad <sup>10</sup>. Y llegó a afirmar:

*“Molina, con respecto a la noción misma de derecho, rompió con la tradición tomista y dio pie para que otros fundamentaran en su concepto el sistema jurídico individualista y voluntarista del siglo XIX y, a veces, materialista del presente”*<sup>11</sup>.

Esta afirmación, demasiado categórica, fue criticada por el P. Avelino Folgado para quien Molina no es, ni el primero en equiparar derecho y facultad, ni tampoco el creador del derecho subjetivo <sup>12</sup>.

8 VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*, Chile 1976, p. 168.

9 MOLINA, L. de, *Los seis libros de la justicia y el derecho*; traducción del latín, estudio y notas de Manuel Fraga Iribarne; proemio de Eloy Montero y Gutiérrez, Madrid: 1941-1943, p. 22.

10 CUEVILLAS, F. A., «Luis de Molina: el creador de la idea de derecho como facultad», en *Revista de Estudios políticos* 75 (1954) 103-116.

11 *Ibid.*, p. 115.

12 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial 1960, pp. 66-67.

Para el sabio agustino, aunque Molina trata el derecho subjetivo y utiliza, en ocasiones, indistintamente, los términos “derecho” y “facultad” para designar lo mismo, no puede sostenerse que usara la noción de derecho subjetivo tal y como lo entendemos hoy en día o con las significaciones que le dieron los modernos escolásticos. Y se encargó de desmentir lo afirmado por aquél <sup>13</sup>.

## 2.2. La tesis del P. Avelino Folgado

En el año 1959 un religioso agustino, el P. Avelino Folgado Fernández <sup>14</sup>, publicó un trabajo corto, pero muy interesante sobre

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, pp. 51-54.

<sup>14</sup> El P. Avelino Folgado Fernández nació en Pozuelo de Tábara (Zamora) el día 11 de mayo de 1917. Profesó de religioso agustino en el seminario de Nuestra Señora del Buen Consejo de Leganés (Madrid) en 1933, donde inició los estudios eclesiásticos de Filosofía que culminó en el Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial. La Guerra civil española interrumpió su carrera eclesiástica. Junto con los demás miembros de la comunidad de agustinos del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial fue conducido aquel fatídico día de 6 de agosto de 1936, por orden de las autoridades del Gobierno de la República, a la cárcel de San Antón, de la que saldrían la mayoría de ellos hacia Paracuellos del Jarama donde serían asesinados por su condición cristiana, logrando salvar su vida. Tras tres años de penalidades, el P. Avelino Folgado reanudó sus estudios eclesiásticos, primero en el Monasterio de la Vid, en Burgos (1939-1940) y después (1940) fue destinado a la comunidad del Real Monasterio para cursar la Teología que finalizó en 1944, habiendo sido ordenado sacerdote un año antes, en 1943. Tras la reapertura de los Estudios Superiores del Escorial en septiembre de 1945, que habían estado suspendidos durante la Guerra civil, sus superiores le encomiendan el estudio de la carrera de Derecho Civil para su incorporación inmediata, consiguiendo en 1947 la licenciatura en Derecho civil por la Universidad Central de Madrid, y el grado de Doctor en 1959 por la misma Universidad. Desde su incorporación a la Universidad de El Escorial hasta su jubilación en 1994, el P. Avelino Folgado se dedicó a la enseñanza, siendo su ámbito de docencia el Derecho Civil. Asimismo, desempeñó otros cargos como el de Ecónomo, Vicerrector, Rector y Decano de Derecho de la referida universidad escorialense. Mermada su salud por su elevada edad, se retiró a la comunidad de Salamanca el día 10 de mayo de 2005, donde falleció, con una longevidad casi centenaria, el día 28 de octubre de 2013, a la edad de 96 años. Sobre biografía y bibliografía del P. Avelino Folgado vid: GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo del Escorial 1996, pp. 351-352; ÍD., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo del Escorial 2006, pp. 87-88; *Analecta Augustiniana*, Roma 21 (1947-50) 215; *Boletín Informativo de la Provincia Agustiniense del Sagrado Corazón de Jesús*, Madrid (1986) 100; 11, 381; *Catálogos de la Orden de S. Agustín*, Roma 1994,



este tema, que supuso una primera toma de conciencia del problema que en el Derecho civil representaba el concepto de derecho subjetivo, titulado: *La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXIII y el concepto de derecho subjetivo*<sup>15</sup>. Tras plantear el problema de los términos jurídicos relativos al uso del derecho y las ideas romanas que lo configuran como objeto, se centró en la controversia con el Papado a razón de la disputa sobre la propiedad que mantuvieron los franciscanos, fieles a su regla monástica, y la posición de Guillermo de Occam, analizando los documentos pontificios sobre la cuestión.

También ese mismo año de 1959, el P. Avelino Folgado publicó un segundo trabajo titulado: *Los tratados De legibus y de iustitia et iure en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII*<sup>16</sup>.

Estos dos primeros trabajos sirvieron al P. Avelino Folgado de recogida de material y preparación para su obra más importante, publicada en 1960, que presentó en la Universidad Central de Madrid como tesis doctoral con la que obtuvo el grado de doctor titulada: *“Evolución histórica del concepto de Derecho subjetivo. Estudio especial de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI”*<sup>17</sup>.

p. 508; FOLGADO FLÓREZ, S., «La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” del Escorial (1892-1992). Índice bibliográfico», en *María Cristina de Habsburgo y los Estudios Superiores del Escorial. Cien años de Estudios Superiores*, San Lorenzo del Escorial 1992, pp. 537-539; LLORDÉN SIMÓN, A., «Biobibliografía Agustiniana Escorialense», en *La Comunidad Agustiniana en el Monasterio de El Escorial. Obra Cultural (1885-1963)*, San Lorenzo de El Escorial 1964, pp. 347-348; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, I., y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, J., *Labor Científico-Literaria de los Agustinos Españoles*, Valladolid 1992, vol. 1, pp. 202-203; vol. 2, p. 780.

15 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., «La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo», en *La Ciudad de Dios* 172 (1959) 73-133. También formando parte del volumen ESTAL, G. del (coord.), *La dialéctica de los dos reinos*, San Lorenzo del Escorial 1959, pp. 73-133.

16 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., «Los tratados “De legibus” y “De iustitia et iure” en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII», en *La Ciudad de Dios* 172 (1959) 275-302. Hay una mala paginación y deben ser las páginas pp. 457-484.

17 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., a.c., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo del Escorial 1960.

En la recensión que sobre la obra hizo A. Sánchez de la Torre dice a propósito del método empleado por el ilustre agustino:

*“Su método es estrictamente doctrinal, o sea, atendido a los textos jurídicos o moral-jurídicos del periodo comprendido, cuyos autores fueran especialmente miembros de órdenes religiosas y teólogos profesionales. No hay duda de que esta elección es acertada, ya que casi siempre los juristas propiamente profesionales tienen mentalidad conservadora y, en el orden de la génesis conceptual y de los cambios metodológicos, actúan retardariamente”<sup>18</sup>.*

El estudio llevado a cabo por el P. Avelino Folgado sitúa el origen del concepto de derecho subjetivo en la controversia sobre la pobreza franciscana, y desarrolla la labor que hicieron los primeros representantes de la teología española del Siglo de Oro para unir la Escolástica del siglo XIII con el Humanismo renacentista del siglo XVI, evitando repetir sin más sus especulaciones teóricas para proyectarse a la realidad y dar una adecuada respuesta a los nuevos problemas que planteaban las nuevas circunstancias.

Lo que el P. Avelino Folgado descubrió es que lo que Guillermo de Occam establecía para poder resolver la controversia franciscana sobre la pobreza era una distinción entre *ius fori* e *ius poli*, expresiones agustinianas que Occam empleará como sinónimas, respectivamente, de Derecho positivo-humano y de Derecho natural-racional. Tras examinar los precedentes del Derecho romano y de la Edad Media, el P. Avelino Folgado, mediante un método basado en el estudio de los textos antiguos, determinó la aparición y evolución cronológica del cambio doctrinal en el concepto de *ius* hasta culminar con el desarrollo del concepto de derecho subjetivo que tuvo lugar, según el sabio agustino, durante el siglo XIV con Guillermo de Occam, quien elaboró la primera concepción teórica del derecho subjetivo a partir, precisamente de la referida controversia.

---

18 SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “FOLGADO, A., «Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo», Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. San Lorenzo de El Escorial, 1960, 330 pp.”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* 8 (1961) 320-322.

El P. Avelino parte del origen mismo del *ius*, que en el Derecho romano y canonista medieval se refiere al objeto <sup>19</sup>, aunque dicho concepto admite una definición analógica <sup>20</sup>, En este sentido, lo señaló Santo Tomás al afirmar:

*“La palabra derecho (ius), primero significó la misma cosa justa (ipsa res iusta). Más, después, derivó para indicar el arte por el cual conocemos lo que es justo; y después para asignar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien comparece en derecho; finalmente, es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a quien pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva sea inicuo”*<sup>21</sup>.

Por otra parte, el concepto de Derecho también se refiere al sujeto, a cada ser humano, dotado de una “*facultas*” o “*potestas*”, lo que

---

19 No existe ningún texto jurisprudencial, legal o literario, en el cual se signifique la palabra *ius* como poder o facultad de las personas. En Digesto 1, 1, 11 se dice: “*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*” (“Derecho se dice de varios modos: en un modo se dice derecho de aquello que es siempre equo y bueno, como el derecho natural. En otro modo, de lo que es útil para todos o los más en cada ciudad, como es el derecho civil. No menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad al derecho honorario. También se dice que el pretor administra derecho, incluso cuando decide inicuaamente, hecha relación, por supuesto, no a aquello que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación, se dice derecho del lugar en el cual se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: dondequiera que el pretor, a salvo la majestad de su imperio y a salvo las costumbres de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón derecho”). Es decir, la palabra derecho admite diversos modos de decirse, pues significa: derecho natural, derecho civil, derecho honorario, lo que hace el pretor, el lugar en donde se administra el derecho, pero en ningún momento se señala que *ius* signifique *potestas* o *facultas*.

20 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *o.c.*, pp. 77-80.

21 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, II-II, c 57a 1.

compromete a los filósofos y teólogos<sup>22</sup>, como concepto que está definido unívocamente.

A partir de esta distinción, el P. Avelino Folgado se cuestiona cuando surge ese uso del concepto de derecho subjetivo y señala con rigor que el comienzo del uso medieval del citado concepto de derecho subjetivo se sitúa en la polémica franciscana acerca del Derecho de propiedad<sup>23</sup>.

Esta distinción, incluso, ha permitido apuntar un cruce del derecho subjetivo con lo humanístico, como afirma el profesor Elio Gallego García cuando señala:

*“Es a lo más que una categoría jurídica, es un modo de concebir no ya sólo lo jurídico, sino al hombre mismo (...). Es como si se dijera: es verdad, el derecho subjetivo es incapaz de ofrecer una visión satisfactoria de lo jurídico, pero no podemos prescindir de él porque está en juego todo un modo de concebir las cosas. Es lo que podríamos denominar la carga ideológica del derecho subjetivo”<sup>24</sup>.*

A este aspecto dedicará el P. Avelino interesantes monografías, que analizan el concepto de propiedad en San Agustín, a los que sumaría otros estudios sobre diferentes aspectos del Derecho civil<sup>25</sup>, y

---

22 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *o.c.*, pp. 80-96.

23 Umberto Eco ambientó su famosa novela *El nombre de la rosa*, (que puede leerse ya en cualquier edición, por eso no citamos ninguna) en la Italia del siglo XIV en la época del pontificado del Papa Juan XXII. En el texto se puede entrever toda la problemática entre los franciscanos espirituales y los conventuales y la controversia que enfrenta a los franciscanos contra el Papa por las diferencias jurídicas en torno a la institución de la propiedad.

24 GALLEGO GARCÍA, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo* Madrid 1996, p. 97.

25 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., «Los derechos del escritor y del artista según los moralistas y canonistas españoles de la primera mitad del siglo XVII», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 2 (1961) 331-77; ÍD., «La doctrina jurisprudencial del abuso del Derecho», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 12 (1980) 223-377; ÍD., «La figura de la prodigalidad en el Código Civil, después de la ley de 24 de octubre de 1983», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 16 (1984) 15-48.

otros relativos a San Agustín, del que fue fiel seguidor desde su juventud, relacionados con la Ley y el Derecho <sup>26</sup>.

Se debe, por tanto, al P. Avelino Folgado haber puesto fin a las discusiones doctrinales acerca del origen del concepto del derecho subjetivo señalando de forma clara y precisa, con rigor técnico, y tras el examen minucioso de los textos antiguos, que dicho origen se sitúa en la polémica sobre la pobreza franciscana que tuvo lugar en el siglo XIV.

### 3. LA CONTROVERSIA FRANCISCANA SOBRE LA POBREZA

#### 3.1. Orígenes de la controversia

Cuando San Francisco de Asís fundó su Orden en el año 1209 propuso que sus *“frailes menores”* se atuvieran taxativamente a las instrucciones que Jesús transmitió a sus apóstoles cuando los envió a predicar: *“No os proveáis de oro, ni de plata, ni de cobre en vuestros cintos; ni de alforja para el camino, ni de dos túnicas, ni de bordón”* (Mt. 10, 9-10; cf. Mc. 10, 28; Lc. 18, 28).

La Primera Regla de los frailes menores que dio San Francisco de Asís estableció, en este sentido, una serie de normas: el perfecto debe vender todo lo que tiene y dar su importe a los pobres (Cap. I.); hay que despojarse de todo, dejar de lado bolsa, alforja, pan y hasta bastón (Cap. XIV); ningún fraile puede recibir pecunia, ni dinero alguno, ni siquiera libros (Cap. VIII), porque hay que darle tan poca importancia al dinero como a las piedras: *“Guardémonos, pues, los que dejamos todas las cosas, no sea que por tan poco perdamos el reino de los cielos”* (Cap. VIII.); los frailes que sepan trabajar deben hacerlo y para ello pueden poseer sus instrumentos y recibir lo necesario, salvo dinero, pero ninguno tendrá habitación propia ni permanente: *“Dondequiera que moraren, en los yermos o en otras partes, ningún lugar se apropien ni le*

---

<sup>26</sup> FOLGADO FERNÁNDEZ, A., «Terminología del derecho de propiedad en san Agustín», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 29 (1996) 9-37; ÍD., «Controversia pelagiano-agustiniana sobre la salvación de los ricos», en *La Ciudad de Dios* 211 (1998) 403-475; ÍD., «La Ley y el Derecho en San Agustín», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* 31 (1999) 11-46; ÍD., *El pensamiento de San Agustín en torno a la propiedad privada*, San Lorenzo de El Escorial 2003.

*defendan*” (Cap. VII). Tampoco los frailes “*deben poseer nada para sí mismos, ni casa, ni habitación, ni ninguna otra cosa*”, ni caballerías para transportarse, confiando su subsistencia a la limosna de los fieles (Cap. XV).

Igualmente, San Francisco suprimió todo orden jerárquico a fin de evitar el poder que otorga la superioridad jerárquica que es, en cierto modo, una forma de riqueza. Por ello, los frailes no pueden tener servidores, e incluso, deben ser ellos los servidores de todos los demás allí donde se encuentren: deben ser los “*menores*” dentro de cualquier agrupación humana (Cap. VII). Tampoco la organización de la comunidad franciscana puede establecer jerarquías en función del gobierno del grupo, ni mucho menos aceptar cargo alguno de autoridad dentro de la Iglesia: “*Ninguno de los frailes tenga poder y señorío, máxime entre sí*” (Cap. V). Ningún fraile puede llamarse “*prior*” (que significa, el primero) porque todos son iguales; y, para internalizar esta igualdad como vivencia, se obliga a que los frailes se llamen hermanos y se laven los pies unos a otros (Cap. VI); y el que se encargue de la coordinación tiene que ser llamado simplemente “*ministro*” (Cap. V), y debe ser considerado el mayor servidor de todos los demás y, por lo tanto, el último de la comunidad: “*el que quiera ser mayor entre ellos, sea ministro y siervo de ellos; y el mayor sea como el mentor*” (Cap. V).

Como puede apreciarse, San Francisco pretendía que los franciscanos vivieran al margen del Derecho renunciando a todos los derechos individuales (*iura*) tanto sobre bienes materiales (propiedad) como sobre los inmateriales (poder, honor, etc.). El Derecho quedaba, por tanto, fuera de la vida del fraile franciscano hasta tal extremo que, ni siquiera, debía recurrir a la justicia si le hicieren un mal, sino presentar la otra mejilla (Cap. XI). En definitiva, el franciscano no puede recurrir al orden jurídico para protegerse porque no tiene nada de qué defenderse dado que, por sus propios votos, ha renunciado a sus derechos individuales y se encuentra al margen del Derecho. Esto no implicaba, ni cuestionar el orden jurídico de la Iglesia, ni mucho menos una incitación a la revolución social. Era, simplemente, una

forma de vida religiosa. Y, de hecho, así lo entendió la Iglesia por lo que el propio Papa Inocencio III aprobó esta Primera Regla<sup>27</sup>.

Sin embargo, las cosas no eran realmente así. Tanto antes de la muerte de San Francisco como después de ésta, los franciscanos recibieron privilegios de la Santa Sede, nombraron autoridades de la Orden, y en general, retornaron al Derecho aun cuando seguían negándolo. De hecho, a la muerte de San Francisco, se comenzó la construcción de un lujoso templo y centro de peregrinaje en su memoria para lo cual se recibieron importantes limosnas, aparecieron iglesias y grandes conventos franciscanos en toda Europa y tuvieron necesidad de personal de servicio, jardineros, cocineros, etc. En esta línea, el Papa Gregorio IX promulgó el 29 de septiembre de 1230 la Bula *Quo elegante* según la cual los franciscanos tienen solamente el “uso” de los bienes que están a su disposición pero no la propiedad, que corresponde directamente al Papado (*in ius et proprietatem Beati Petri*)<sup>28</sup>.

Esta situación, pronto, se hizo insostenible y comenzaron las críticas en torno al Papa. Es obvio que lo que subyacía era una discusión estrictamente jurídica porque estaban en juego conceptos romanos muy asentados como los de uso, usufructo, y *dominium* o propiedad, pero las Bulas papales apoyaban a los franciscanos asumiendo los planteamientos jurídicos de la Orden religiosa, y distinguían entre el “simple uso de hecho” (“*simplex usus facti*”), que corresponde a los franciscanos y que no implica, en absoluto, derecho alguno; y el *ius utendi*, el *usufructus*, la *possessio*, y la *proprietas*, que corresponden a la Iglesia.

Según la tesis desarrollada por San Buenaventura en su *Apología pauperum* y convalidada por el Papa Nicolás III en la constitución *Exiit qui seminat* (1279), la Orden franciscana ejerce un *simplex usus facti*

---

27 No deja de ser sorprendente, ciertamente, que se pueda vivir al margen del Derecho, y mucho menos viviendo en comunidad. Michel Villey lo dijo con cierta precisión en sus lecciones de los años 1961-1966 reunidas bajo el título *La formación del pensamiento jurídico moderno* (Montchrétien 1975), cuando afirmaba en su p. 191: “La empresa franciscana constituye un test cautivante para la Filosofía del Derecho. ¿Es posible quedarse fuera del Derecho?”.

28 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, p. 104.



sobre los bienes muebles o inmuebles -dependencias conventuales, etc.- que pueda utilizar; la propiedad (*dominium*) de tales bienes, en cambio, sigue estando en manos de los benefactores de la Orden (en muchos casos, la propia Sede Pontificia), que autorizan a los frailes a servirse de ellos <sup>29</sup>.

A finales del siglo XIII, aparecieron en Italia y en el sur de Francia ciertos franciscanos extremistas llamados “*espirituales*” que regresaron al culto a la pobreza y no admitían sino el “*uso pobre*” (“*usus pauper*”) de los bienes materiales. Es por esto que, a finales de 1323 un Papa francés, el Papa Juan XXII <sup>30</sup>, decide poner fin a esta ficción jurídica por la cual los franciscanos pueden mantenerse oficialmente “*pobres*”, mientras utilizan, de hecho, numerosos bienes; rechaza las sutilezas jurídicas que usan los franciscanos para desligarse de lo jurídico; condena a los “*espirituales*”; y quiere forzar a los franciscanos a aceptar la propiedad de sus iglesias y conventos <sup>31</sup>.

En las bulas *Ad conditorem canonum* (1322), *Cum inter nonnullos* (1323) y *Quia quorundam* (1324), el Papa sostenía que la pretensión

---

29 *Ibid.*, p. 104.

30 Es abundante la referencia que este Papa ha tenido en la literatura: Dante, en la *Divina Comedia*, cita dos veces a Juan XXII en el cántico del Paraíso (Dante Alighieri, *Divina Comedia*, Par. XVIII, 130-136; y, XXVII, 58-60). También *Las profecías de San Malaquías* se refieren a este Papa como *De suore osseo* (*Del zapatero de Ossa*), refiriéndose al oficio de zapatero de su padre. En la novela *El nombre de la Rosa* de Umberto Eco algunos personajes se refieren a él con improperios. La novela *Los Reyes Malditos* de Maurice Druon se refiere a este pontífice como un gran líder.

31 En el romance medieval *La novela de la rosa* (*Le Roman de la Rose*), poema de cerca de 22.000 versos octosílabos que adopta la forma de sueño alegórico, escrita entre 1225 y 1280. La primera parte del poema fue escrita por Guillaume de Lorris, y consta de 4.058 versos octosílabos. Se elaboró entre 1225 y 1240. La obra, interrumpida por la prematura muerte de Guillaume de Lorris, fue continuada por Jean de Meung con 17.722 versos entre 1275 y 1280. En ella se describe a un monje franciscano, a quien se le designa con el significativo apelativo de “*Falso-rostro*” y que declara (v. 4325): “*Si se cree por el mundo, que toda la virtud en nosotros abunda, y que siempre como pobres nos presentamos, somos, les hago saber, quienes tenemos todo sin nada tener*”. Vid. LORRIS, G. de, *Roman de la Rose*, trad. de Juan Victorio, Madrid 1987; LORRIS, G. de, *Le Roman de la rose*, introducción de María L. Carmona, trad. de Carlos Alvar y Julián Muela, Madrid 1995; LORRIS, G. de, *El Libro de la Rosa*, prólogo de Carlos Alvar, trad. de Carlos Alvar y Julián Muela, apéndice de Alfred Serrano i Donet, Madrid 1986.



de los franciscanos de no ser considerados propietarios de los bienes de que disfrutaban es técnicamente inadmisibles. Los franciscanos, en efecto, utilizan tales bienes como si se tratara de propiedades suyas: ejercen sin obstáculo el *ius fruendi* y el *ius utendi*. Su propietario oficial (el Papado), en cambio, ejerce sobre ellos un extraño dominio meramente nominal, vacío de facultades reales (*dominium verbale, nudum et aenigmaticum*). El intento de los franciscanos de desvincular el *usus iuris* del *usus facti* era realmente engañoso. Los franciscanos tienen un uso estable de sus conventos, de sus jardines y graneros, es decir el *commodum* o valor de uso de la cosa, y al Papa se le ha dejado una ficción de propiedad o dominio, un *dominium verbalis, nudi et aenigmatici*, un dominio puramente verbal porque los verdaderos propietarios son los franciscanos.

Los franciscanos no soportan esta imposición porque atenta contra sus principios y se rebelan contra la autoridad del Papa. Éste recrimina al general de la Orden, Michele de Cesena. La Bula *Quis vir reprobis* se refiere, con este grave apelativo de “hombre réprobo”, al propio Cesena. Y ordena la detención de los “*espirituales*”, incluido el propio Cesena<sup>32</sup>.

### 3.2. Guillermo de Occam y el *Opus nonaginta dierum*

En medio de esta revuelta aparece un franciscano, venido de Oxford, llamado Guillermo de Occam (o de Ockham) (1285-1349), que se coloca del lado de sus hermanos perseguidos y ataca las tesis del Papa Juan XXII en una serie de escritos polémicos, entre los que destaca el *Opus nonaginta dierum* (1332), llamado así porque fue escrito en noventa días. Su argumentación se basaba en la afirmación de que el derecho individual no es un simple derecho, sino es el poder de beneficiarse: todo derecho implica una idea de poder subyacente que puede ser ejercitado por el titular. En cambio, los franciscanos, como lo hizo Jesús, se limitan a usar sin tener poder de hacerlo: tienen el goce, pero no el título del goce. Por tanto, no pueden acogerse a los remedios que son la esencia de todo derecho individual: la *potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*.

---

32 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *o.c.*, pp. 99-100.

Lo que Occam establecía, con todo acierto, era una distinción entre *ius fori* e *ius poli*, expresiones agustinianas que empleará como sinónimas, respectivamente, de Derecho positivo-humano y de Derecho natural-racional. Concretamente, el *ius poli* -que, literalmente, sería el “Derecho celestial”- lo identifica con “*la equidad natural que, sin ninguna ordenación humana, y ni siquiera divina, es conforme a la razón humana*”, esto es, “*aequitas naturalis quae est consona rationi humanae*”. En el jardín del Edén imperaba el *ius poli*, que facultaba al hombre a utilizar cualesquiera bienes que pudiera necesitar. Tras el pecado original, el *ius poli* fue restringido por el *ius fori*, que instituye el derecho de propiedad y atribuye al propietario la facultad de excluir a los demás hombres del uso de la cosa, pero en situaciones extremas el hombre recupera su derecho originario a utilizar bienes que, aunque no sean de su propiedad, resultan imprescindibles para su supervivencia.

Para Occam, los franciscanos ejercen una facultad jurídico-natural, es decir, derivada del *ius poli*, sobre los bienes a su disposición. Dicho de otro modo, poseen tales bienes en precario con la autorización de sus propietarios legales. Si los propietarios retiran tal licencia, los franciscanos no pueden ejercitar acción judicial alguna: en esto consiste el *simplex usus facti*, cuya plausibilidad niega Juan XXII y Occam reivindica.

En este contexto polémico es donde Occam acuña su formulación del derecho como *potestas* cuando afirma:

*“El derecho de uso (“ius utendi”) es la facultad de usar lícitamente una cosa externa (potestas licita utendi re extrínseca), de la que su titular no puede ser privado sin culpa o sin causa racional en contra de su voluntad, de modo que, si el titular fuera privado de ella, puede llevar a juicio al usurpador”*<sup>33</sup>.

El propósito de Occam era, sin duda, demostrar que los franciscanos -igual que Cristo y los Apóstoles en su día-, no son titulares de tal *potestas*: en efecto, si son privados de los bienes que detentan en precario no pueden ejercitar acción judicial alguna. Lo relevante es que en la argumentación del *ius* de Occam se consagra un “giro subjetivista”, un verdadero salto cualitativo en la historia del pensamiento jurídico.

---

33 OCCAM, G. de, *Opus nonaginta dierum*, q. 2.

El *Opus*, dice el P. Avelino, es esencialmente la fuente donde se contiene la doctrina común de los franciscanos sobre la pobreza franciscana y los conceptos jurídicos en que la basaba<sup>34</sup>. Dice el sabio agustino:

*“Desde el punto de vista formal, el concepto franciscano del derecho subjetivo –elaborado con pasión para defender el privilegio de no poseer ninguno– es casi perfecto, casi técnico. Ni los mismos civilistas de nuestros días tienen mucho más que añadir. Occam y los franciscanos le llenaron de contenidos voluntaristas; sin incurrir en falta de lógica cabe llenarle de contenidos intelectualistas. La formulación tuvo éxito”*<sup>35</sup>.

Pues bien, a partir de la controversia de los franciscanos sobre la pobreza, la filosofía jurídica incluyó una interpretación subjetiva de los textos romanos. El *ius*, definido como objeto, fue desplazado por el *ius*, entendido como *facultas o potestas*, vinculadas al sujeto, como derechos que nacen del sujeto mismo y no de las relaciones conflictivas con otros sujetos. El *ius* pasó de ser una relación objetiva a ser una *facultas o potestas*<sup>36</sup>.

### 3.3. La formulación de los teólogos de los siglos XIV y XV

A la sombra del occamismo, aquella formulación de éxito conquistó, en lucha con la concepción tradicional del Derecho, la mayor parte de las Universidades Europeas de los siglos XIV y XV. Teólogos voluntaristas como Juan de Gerson y Juan Mayr e intelectualistas como Conrado Summenhart de Calw y Juan Driedo de Turnhout elaboraron meritorios y sistemáticos trabajos doctrinales que, a su vez, tendrían una gran importancia en nuestros teólogos del siglo XVI, los cuales eran conocedores de la controversia franciscana y la exponían en sus clases (pues era tema de explicación obligada en las cátedras de la época) mostrando los puntos del litigio y desarrollando las opiniones de Occam, si bien sin poder citar el *Opus nonaginta dierum* ni los escritos de los franciscanos revueltos, que eran obras prohibidas<sup>37</sup>.

34 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *o.c.*, p. 112.

35 *Ibid.*, p. 146.

36 *Ibid.*, p. 216.

37 *Ibid.*, p. 146.

De esta manera, el origen del concepto de derecho subjetivo se afianza en el siglo XVI en la segunda escolástica hispana y, concretamente, tras la controversia con los franciscanos sobre la pobreza y la reinterpretación de Guillermo de Occam de la idea del *ius naturale* del Derecho clásico romano con el concepto de *lex naturalis* de los teólogos y la *facultas no potestas* que pusieron en marcha los franciscanos a partir de la controversia sobre la pobreza evangélica predicada por Jesús y admitida en su regla monástica.

En este sentido, *ius* se definirá como poder lícito de obrar, usar, disponer, ordenar, etc., del que nadie debe ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable, con la facultad, si lo fuese injustamente, de defenderlo y vindicarlo. Y esta concepción romperá con la tradición jurídica que definía el derecho como “*lo justo*” que había iniciado Aristóteles, completando el Derecho romano mediante la práctica, y que había logrado en Santo Tomás su mayor perfección teórica. Dice, a este respecto, el P. Avelino Folgado:

*“Doctrinalmente, la consideración del derecho como facultad o poder del hombre nace dentro del especial movimiento filosófico de los siglos XIV y XV, gestado en el seno de la Orden franciscana, con las figuras señeras de Juan Duns Escoto y Guillermo de Occam. En oposición crítica al Tomismo, los sistemas de ambos, con sus errores y extravagancias a veces, son un esfuerzo benemérito de orientación hacia lo individual concreto, lo personal. El nuevo concepto del derecho nace, no como una consecuencia o ulterior desarrollo de una noción parcial –el aspecto objetivo que se quiere completar–, sino como una visión nueva, distinta y suficiente, llamada a substituir la anterior y objetivada de una filosofía que parte de principios opuestos”<sup>38</sup>.*

Para el P. Avelino Folgado las doctrinas sobre el derecho subjetivo de Juan de Gerson (1363-1429), expuestas en su libro *Tractatus De potestate eclesiástica et De origine iuris et legum*, que escribió en el Concilio de Constanza<sup>39</sup>, y que leyó después ante los Padres conciliares el día 6

38 *Ibid.*, p. 94.

39 El concilio de Constanza fue un concilio ecuménico de la Iglesia Católica, convocado el 30 de octubre de 1413 por Segismundo de Hungría, emperador germánico, y el antipapa Juan XXIII. La reunión se llevó a cabo del 5 de noviembre de 1414 hasta el 22 de abril de 1418 en la ciudad imperial de Constanza. Sus

de febrero de 1417, no son una obra solitaria y desconectada de la vida, sino la cristalización del sentir y pensar de la época. Gerson escribió su *Tratado sobre la potestad de la Iglesia*, es decir, sobre los derechos de la Iglesia y de los eclesiásticos en cada uno de los órdenes, grados y oficios, en medio de un ambiente polémico como fue el del Concilio de Constanza. El propio Gerson, advertía en el *Prólogo* de su *Tratado*, que lo que va a decir no es nuevo ni original, sino que está en el ambiente y se encuentra en multitud de escritos propios y de otros autores<sup>40</sup>.

Lo que Juan de Gerson afirmaba es una teoría del Derecho que ya había desarrollado cuatro años antes como concepto moral previo en su obra *De vita spirituali animae*. Y lo que viene a decir es que todo lo que hay de entidad y bondad en cada ser debe llamarse Derecho: el derecho del cielo a influir, del sol a iluminar, del fuego a calentar, de la golondrina a hacer nido y de toda criatura a hacer lo que naturalmente puede hacer.

Dice el P. Avelino a propósito de Gerson:

*“Definido el derecho como facultad o poder de alguien por dictamen de la recta razón, Gerson cree que puede y debe llamarse derecho, al menos en sentido amplio, todo lo que hay de entidad y bondad en cada criatura, puesto que lo tiene en virtud de ese dictamen de recta razón”*<sup>41</sup>.

Gerson partía de la definición tradicional del Derecho como “*lo suyo*”, lo que conviene o está ordenado a alguien, pero lleva, a su último extremo el voluntarismo y el positivismo de Occam. Y es que, como señala más adelante el propio sabio agustino respecto de esta doctrina de Gerson:

*“El fundamento del derecho es el dictamen de la Recta Razón o la Justicia Primera que corresponde a Dios por esencia y a las criaturas por participación.*

---

principales objetivos fueron: acabar con el Gran Cisma de Occidente y estudiar la reforma de la Iglesia, aunque se tomaron otras decisiones, como la condena de Juan Huss. Vid. ALBERIGO, G., «El concilio de Constanza (1414-1418)», en *Historia de los concilios ecuménicos*, Salamanca 1993, pp. 189-201.

40 FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *o.c.*, p. 151.

41 *Ibíd.*, p. 159.

*Pero identificado o fundado ese dictamen sobre el derecho arbitrario de la Divinidad, el derecho queda despojado de toda base objetiva y reducido a caprichoso subjetivismo”<sup>42</sup>.*

Con estrecha dependencia de Gerson, dice el P. Avelino Folgado, que el profesor y decano de la facultad de Teología de Tubinga, Conrado Summenhart de Calw (1450-1502), expuso su teoría del derecho subjetivo en la *Quaestio prima* de su obra titulada: *De contractibus*<sup>43</sup>.

Para Summenhart, *ius* tiene dos sentidos: el primero, como sinónimo de *lex*. Se dice de esta manera que los Mandamientos de la Ley de Dios son Derecho divino, los de la Iglesia son Derecho canónico y las Constituciones del Emperador son Derecho civil o imperial. Según el segundo sentido, *ius* es facultad o poder. Y, de esta manera, el padre tiene derecho en el hijo, el rey en los súbditos y todos los hombres en las cosas que les pertenecen y aún en determinadas personas. Por lo que, así definido, dice el P. Avelino Folgado, el Derecho es formal y entitativamente una relación <sup>44</sup>.

El escocés Juan Mayr (1469-1550), que también tuvo su participación en la evolución cronológica del concepto de Derecho subjetivo, expuso sus doctrinas sobre el derecho subjetivo en su obra titulada *In Quartum Sententiarum* (Disp 15, q. 10), donde tras analizar las disquisiciones metafísicas sobre el concepto Derecho, que incluso encuentra contradictorias, afirmará que el Derecho es poder, potencia lícita, dominio (*potestas, potentia licita, ius, dominium, extenso vocabulo coincidunt*). Es, en primer lugar, dominio. Quien tiene derecho sobre una cosa es dueño y señor de la misma. Pero es, en segundo lugar, potestad o potencia lícita. Es poder moral o concedido por la ley, es potencia lícita, lo que implicará una serie de facultades que forman su contenido e indican su magnitud y que el titular ejerce en nombre propio <sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 169-170.

El último teólogo del siglo XV que expuso una noción de derecho subjetivo fue Juan Driedo de Turnhout (1480-1535) <sup>46</sup>. Sus ideas en torno al derecho subjetivo se contienen en su obra *De libertate christiana*. En ella dice que *ius* tiene un doble significado: unas veces significa ley, como cuando se afirma que el Decálogo es Derecho Divino; y otras, dominio, como cuando se afirma que alguien tiene derecho sobre sus posesiones o sus campos. Y, en este último sentido, *ius* puede definirse como poder o facultad de uno sobre otro, y puede ser real o *in rem*, que no es personal, y personal o *in personam* (Lib. I, cap. 9 y Lib. I, cap. 10).

### 3.4. La Escuela teológica española del siglo XVI

Las ideas de Occam seguidas por aquella primera generación de escolásticos como Gerson, Diedro, Mayr, etc., que realizaron los primeros análisis del concepto de derecho subjetivo, fueron seguidas por los escolásticos del siglo XVI, quienes consagraron definitivamente el concepto en el mundo jurídico.

A partir de las concepciones previas de Gerson, Summenhart y Mayr el concepto de derecho subjetivo pasó a ser formulado por la Escuela Teológica española del siglo XVI y primera mitad del siglo XVII <sup>47</sup>, particularmente por el dominico Francisco de Vitoria, fundador de la llamada “*Segunda escolástica*” en la Universidad de Salamanca, quien definió el *ius* en *In STh. Tom. Aquinat* como: “*potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*” (in IIa IIae, qu. 62, art. 1, 5). Esto es, “potestad o facultad que conviene a alguien según la ley”.

Con su autoridad, Francisco de Vitoria aseguró la entrada del concepto de derecho subjetivo en los escolásticos del siglo XVI, en los cuales tal definición resultó común, siendo sus seguidores más representativos Domingo de Soto, los agustinos Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón, y los jesuitas Luis de Molina y Francisco Suárez <sup>48</sup>.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 191ss.

<sup>48</sup> Para el estudio de la noción de derecho subjetivo en los escolásticos del siglo XVI vid. ORTIZ, B., «El concepto de derecho en la Escolástica Española», en *Cuadernos de la Universidad de Córdoba* 143 (1980-1981) 9ss.; MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda

Domingo de Soto (1495-1560) en su *De justitia et iure* señaló que: “*ius idem est quod facultas disponendi de rebus liberique illis utendi*” (Lib. IV, q. 1, art. 1). Luis de Molina (1535-1600) en su *De justitia et iure* explicó que *ius* es una “*facultas aliquid faciendi sive obtinendi aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria fit eam habenti*” (Lib. II, disp. I.). Y Francisco Suárez (1548-1617), en su conocido Tratado *De legibus ac Deo legislatore* sostuvo que *ius* es una “*facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*” (Lib. I, cap. 2, párr. 5) y, también, “*Ius enim interdum significat moralem facultatem ad rem aliquam vel in re sive sit verum dominium, sive aliqua participatio eius*” (Lib. II, cap. 17, párr. 2).

La valoración de lo humano sería la preocupación constante del humanismo de los teólogos juristas del siglo XVI. En este humanismo está la base de su filosofía, su teología y su ascética y mística y, sobre todo, su política y su derecho. En el campo de la política destaca el desarrollo de las ideas sobre el origen de la sociedad y la soberanía de las “Repúblicas perfectas” (los nacientes Estados), el contrato social, los deberes y derechos de los príncipes y la doctrina del tiranicidio. En el ámbito del Derecho, la formación del Derecho internacional, los estudios sobre la licitud de la guerra, sobre la colonización y la conquista, la esclavitud, los derechos de la persona, etc.

A estos grandes teólogos del siglo XVI se debe la formación del contenido del concepto de Derecho en su aspecto subjetivo como licitud, como potestad y como facultad. Un contenido que viene explicado como moral legítima y jurídica lo que implica un aspecto alteritario, intersubjetivo y comunitario.

---

Escolástica tardía», en *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992) 325ss.; SOSA MORATO, B., *La noción de derecho en “Los seis libros de la justicia y el derecho” de Luis de Molina*, Pamplona 1985; BARRIENTOS GARCÍA, J., *El tratado “De justitia et iure (1590)” de Pedro de Aragón*, Salamanca 1978, pp. 145ss.; COMPOSTA, D., «La “moralis facultas” nella filosofia giuridica di F. Suárez», en *Salesianum. Rivista Trimestrale di Teologia, Pedagogia, Filosofia e Diritto Canonico* 18 (1956) 476ss.; y 19 (1957) 3ss.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Derecho subjetivo y deber jurídico en la escuela de Suárez», en *Boletim da Faculdade de Direito* 65 (1989) 145ss.



#### 4. Conclusión

A pesar de las diferentes discusiones doctrinales sobre el origen del concepto de derecho subjetivo, el P. Avelino Folgado apuntó una nueva dirección según la cual la noción del derecho subjetivo resulta una creación de los franciscanos del siglo XIII, lo que habría permitido a Guillermo de Occam elaborarla a partir de las ideas que ya estaban en el propio ambiente.

A partir de esta tesis, el filósofo del derecho e historiador de las ideas jurídicas, el profesor francés Michel Villey, mantuvo que la atribución del significado de “facultad” o “potestad” a la palabra “derecho” tuvo sus orígenes precisos en el pensamiento del filósofo y teólogo inglés Guillermo de Occam. Villey convirtió la citada obra de Occam en el acta de nacimiento de aquella noción a partir del cual construyó un amplio sistema de su filosofía jurídica.

Sin embargo, la tesis del P. Avelino Folgado nos merece respeto y, no en vano, se hizo clásica en el ámbito del Derecho civil (Federico de Castro, Castán Tobeñas y Díez Picazo) y de la Filosofía jurídica (Vallet de Goytisolo, Millán Puelles). Unos y otros, civilistas y filósofos, consideraron de manera unánime que, a partir de los franciscanos, la filosofía jurídica incluye una interpretación subjetiva de los textos, una interpretación que la propia filosofía jurídica romana excluía taxativamente.

JUAN RAMÓN RODRÍGUEZ LLAMOSÍ

