

PARA LA HISTORIA DEL DERECHO SUBJETIVO

*Alejandro Guzmán B.**

I. El derecho subjetivo tiene su historia; y digo el derecho subjetivo mismo, y no la noción o el concepto que de aquél se han formado los juristas; la cual afirmación conlleva una toma radical de posiciones frente a la primera cuestión que presenta el estudio de esta figura, a saber, la de si el derecho subjetivo, el derecho subjetivo mismo, es una idea consustancial a la idea de Derecho la cual, por tanto, no podría prescindir de la dicotomía Derecho objetivo-derecho subjetivo, en cualquier sistema jurídico que se considere; o por el contrario, estamos en presencia de un concepto cuya existencia se encuentra ligada a determinados presupuestos históricos, fuera de los cuales él no es posible, ni tampoco en consecuencia, la dicotomía más arriba indicada.

En el primer caso, para ser rigurosos, habría que pensar en que el origen del derecho subjetivo se confunde con el origen del Derecho, del Derecho universal, que es casi como decir el origen del Hombre; en el segundo, en cambio, habría que buscar su aparición y su desarrollo en algún momento de toda la Historia, fijando un límite temporal, antes del cual no habría él existido; entonces, el derecho subjetivo tendría, como dije al principio, una historia, su historia. La postura contraria, la de considerar al derecho subjetivo como una idea innata a la idea de Derecho, lo transforma de tal manera en intemporal que, en sí mismo, debería ser él considerado a-histórico; a lo sumo, cabría entonces una historia de su noción; por así decir, de su descubrimiento; lo cual no impediría que nosotros pudiéramos aplicar el concepto a todo sistema jurídico que estudiásemos, aun cuando la respectiva Sociedad no hubiera tenido noción del derecho subjetivo.

Así, pues, todo cuanto veníamos diciendo se reconduce a esto: el derecho subjetivo, ¿es una noción metafísica o histórica? Sólo que yo no deseo tratar ahora de este problema, aunque el carácter histórico del derecho subjetivo, no tan sólo de su noción, es algo que tengo para mí

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra); Profesor Titular de Derecho Romano, Universidad Católica de Valparaíso; Profesor Contratado, Universidad de Chile (Santiago). Presento, reelaborada, con agregación de notas y omitiendo las palabras de circunstancia, el texto de una conferencia pronunciada en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, con ocasión de celebrarse el LXXX aniversario de su fundación.

como muy firme¹. Entonces, ya podrá comprenderse que esta postura estará como latente en mi exposición siguiente, y le servirá de presupuesto.

II. El derecho subjetivo es un concepto central de los modernos sistemas jurídicos; desde tal punto de vista podría caracterizárseles en razón de que es tarea suya el establecimiento y regulación de estos derechos, e incluso, el reconocimiento de unos derechos que son anteriores a todo ordenamiento; los curiosamente llamados "derechos humanos", como si pudiera concebirse derechos no-humanos o antihumanos o, mejor aún, como si todo derecho no fuera humano². Misión de la Ciencia jurídica, es una perspectiva así, es la descripción de los derechos subjetivos pertenecientes a los individuos, y tarea del abogado, la defensa o el ataque de la afirmación de poseerse, según la posición concreta que se asuma en el litigio; al mismo tiempo que los tribunales son los encargados de pronunciarse en torno a la existencia o no de derechos, en cada caso concreto. Nuestro sistema jurídico descansa unitariamente en esta noción, y aunque una visión institucional, que no es la de los Códigos, quisiera poder ver en su base cinco instituciones fundamentales, como son el matrimonio, la propiedad, la herencia, el contrato y la indemnización del daño causado³, lo cierto es que la primera y las tres últimas son fuentes de derechos y la segunda, ella misma un derecho.

Se comprende entonces muy bien que la doctrina, especialmente la Civilística y la Procesalística, hayan hecho esfuerzos ingentes para determinar lo que podemos llamar la naturaleza del derecho subjetivo.

Las teorías antiguas de Windscheid⁴, quien veía la base del derecho subjetivo en la voluntad, y de Ihering⁵, quien la veía en el interés, como las más modernas, que intentan una conciliación entre voluntad e interés⁶, han pretendido determinar el contenido mismo del derecho subjetivo, en tanto que los trabajos de la Procesalística en torno al concepto de acción (se recordará el punto de partida de estos trabajos en la polémica

¹ No puedo entrar en esta cuestión; para literatura véase *infra* nota 12.

² Para una crítica de la terminología "Derechos del Hombre", Villey, *Critique des Droits de l'Homme*, ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ, v. 12, N° 2, 1972, p. 9.

³ E. g. RADBRUCH, *FILOSOFÍA DEL DERECHO* 176 *passim* (4ª ed. Madrid, 1959) quien, sin embargo, omite tratar de la indemnización por daños.

⁴ 1 WINDSCHEID, *PANDEKTENRECHT* 99 (8 Aufl. Frankfurt, 1900); cf. 1 SAVIGNY, *SISTEMA DI DIRITTO ROMANO ATTUALE* 36 (Scialoja trad. Torino, 1886).

⁵ 4 IHERING, *EL ESPÍRITU DEL DERECHO ROMANO* 364, 377 (4ª ed. Madrid, 1904).

⁶ Para la exposición de estas doctrinas mixtas, véase DABIN, *EL DERECHO SUBJETIVO* 90 (Osset trad. Madrid, 1955); CARNELUTTI, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO* 199 (3ª ed. Osset trad. Madrid, 1955); NAWIASKY, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO* 218 (2ª ed. Zafra trad. Madrid, 1962).

mica entre Windscheid y Muther⁷), han llegado a resultados tales, que es posible afirmar que, si bien el Derecho procesal ha alcanzado autonomía, al haberse desligado del derecho subjetivo que protege, se ha liberado al derecho subjetivo de la acción, contribuyendo a delinearlo como figura asimismo autónomo.

En efecto, que considerar a la acción procesal como una emanación del derecho subjetivo conduce a mantener en servidumbre a la acción y al Derecho procesal, es algo que no puede negarse; eso, por lo demás, constituye casi un lugar común en toda exposición sobre la materia; pero también es necesario reparar en que esta misma construcción mantiene en servidumbre al derecho subjetivo, pues, por un lado, hay dificultad en reconocer que puedan existir derechos sin acción y, por otro, siendo la acción, en la práctica, el momento más importante del derecho, pues es el de su realización cuando es discutido, resulta entonces que podría objetarse la utilidad de la noción misma, para quedarse con tan sólo la acción directamente ligada a ciertos hechos que la hacen posible, sin el paso previo de considerar que entre tales hechos y la acción se interpone un derecho subjetivo que debe ser realizado.

Así, pues, la independencia entre acción y derecho significó la autonomía sustancial tanto de la acción como del derecho; desde entonces, su estudio es objeto independiente de dos disciplinas bien definidas: el Derecho civil, entendido en sentido amplio, y el Derecho procesal; con lo cual la acción se liberó de su absorción por el derecho subjetivo y éste de su absorción por aquélla.

Como resultado de este desarrollo científico, el derecho subjetivo se nos aparece autónomamente configurado como la facultad del sujeto para exigir la satisfacción espontánea de un interés suyo, pero no es esto lo que ahora importa destacar de la noción moderna de derecho subjetivo, cuanto hacer notar que esa facultad viene considerada con una propia existencia, como una sustancia, un ser, de características ciertamente especiales, pero un ser al fin y al cabo, cuyo origen se encuentra en ciertos hechos que llamamos fuentes del derecho subjetivo, y en cuya virtud el sujeto dispone como de una fuerza, de un poder sobre cosas y personas. El derecho subjetivo se nos presenta, de esta manera, como una cosa, y como una cosa sobre la cual se pueden también tener derechos, en primer lugar, el del dominio⁸; como una cosa que es objeto de ac-

⁷ Los trabajos de Windscheid, *Die Actio der römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* y de Muther, *Zum Lehre von der römischen Actio*, se encuentran recogidos y traducidos al italiano en POLEMICA INTORNO ALL'ACTIO (Firenze, 1954).

⁸ BELLO, CÓDIGO CIVIL art. 583: "Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad". *Id.* art. 565.

tos jurídicos, pues, por ej., no vendemos el fundo sino el derecho de propiedad sobre el fundo, y que, bajo la forma de derecho personal, puede ser objeto de cesión, en la cual el derecho cedido equivale al fundo, es decir, a la cosa sobre que recae el acto jurídico. Esto es lo que más importa recalcar ahora; es decir, lo que podríamos llamar la "cosificación" del derecho subjetivo, para emplear un neologismo con cierta tradición en el lenguaje filosófico moderno.

III. Esta concepción ha sufrido una dura crítica⁹ de parte de la escuela escandinava del realismo jurídico¹⁰. Haciendo aplicación de sus postulados metodológicos que consisten en denunciar a todo concepto jurídico que no responda a una realidad perceptible empíricamente, el concepto de derecho subjetivo tenía que sufrir el embate de esta posición. ¿A qué corresponde, en la realidad de las cosas, la noción de derecho subjetivo?, ¿qué hechos están detrás de ella?, ¿hay allí una entidad, de la misma manera que la hay cuando decimos compraventa, delito o matrimonio? La respuesta debe ser necesariamente negativa, y la conclusión es que se trata ésta de una noción hueca, sin contenido y sin referencia semántica alguna. La consecuencia que sigue a tal punto de partida es, sin embargo, la de considerar que la expresión "derecho subjetivo" viene a ser una expresión útil a fines de medio técnico de presentación del sistema jurídico¹¹. Tomando un ejemplo podemos decir: si una persona, que ha muerto, había escrito en su testamento que lea a otra una cosa no-fungible, nace para ésta el derecho de propiedad; si es así, entonces dicha persona puede obtener, en virtud de

⁹ DUGUIT, LEÇONS DE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL 38 (París, 1926), LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DEL DERECHO DESDE EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN 17 (Posada, trad. Madrid 19-), MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL 19 (Acuña trad. Madrid, 19-); KELSEN, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO 72 (Legaz trad. México, 1965), TEORÍA PURA DEL DERECHO 112, 122, 132 (Nilva trad. Buenos Aires, 1960), TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO 87 (García Márquez trad. México, 1969).

¹⁰ Véase Lundstedt, *El Derecho y la Justicia: una Crítica al Empleo Metódico de la Valoración de la Justicia*, en EL HECHO DEL DERECHO 159, 186 (Buenos Aires, 19-); OLIVECRONA, EL DERECHO COMO HECHO 55 (Cortés trad. Buenos Aires, 1959); LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD 12 (Garzon trad. Buenos Aires, 1968), *El Derecho como Hecho*, en EL HECHO DEL DERECHO 215 (Buenos Aires, 19-); ROSS, HACIA UNA CIENCIA REALISTA DEL DERECHO 175, 233, 293 (Barboza trad. Buenos Aires, 1961), Tŭ-Tŭ (Carrió trad. Buenos Aires, 19-). Una posición muy similar mantiene el realismo jurídico norteamericano, del que no trato por no haber podido disponer de la bibliografía para las citas; véase COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, publicado en castellano bajo el título de EL METODO FUNCIONAL EN EL DERECHO 13, 52.

¹¹ OLIVECRONA, EL DERECHO COMO HECHO 71, LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD 33, 48; ROSS, HACIA UNA CIENCIA REALISTA DEL DERECHO 193, SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA 164 (Carrió trad. Buenos Aires, 1963); COHEN, *supra* nota 10 en 52, sin referencia concreta al derecho subjetivo, pero sí con relación a otras expresiones similares, aboga por la eliminación de tales expresiones del vocabulario jurídico.

aquel derecho, la entrega de la cosa. Pero lo mismo podría decirse con otras palabras: si una persona, que ha muerto, había escrito en su testamento que lega a otra una cosa no-fungible, entonces aquélla podrá obtener su entrega. En ambas formulaciones, las únicas palabras que tienen referencia real, fáctica, son: que una persona, que ha muerto, había escrito en su testamento que lega a otra una cosa no-fungible y que ésta, una vez muerta aquélla, puede obtener su entrega; las palabras relativas al derecho de propiedad no expresan nada real, fáctico, empíricamente captable; entonces, podrían ser omitidas. La idea de que, porque alguien legó una cosa no-fungible a otra, surja en el mundo una cosa, una realidad, que llamamos derecho de propiedad, carece de sentido; del legado no nace ninguna sustancia; lo que sucede es que el juez, con base en el legado, ordenará la entrega de la cosa al legatario.

Como dije antes, los juristas escandinavos reconocen a la expresión "derecho subjetivo", una función técnica, pues es útil emplear expresiones como derecho de propiedad y otras similares, para indicar, en forma sistémica, la relación de "causa" a "efecto" que se da entre un hecho condicionante (el legado de una cosa no-fungible) y otro condicionado (la orden del juez de entregar la cosa), ya que esta misma orden puede ser dada por muchas causas diferentes al legado, como en virtud de una compraventa o de una donación. Si no existieran palabras de enlace, como propiedad (pero también como crédito, obligación, etc.), la exposición del sistema jurídico se vería enormemente sobrecargada. El derecho subjetivo es un medio técnico, aunque, ciertamente, no indica nada real.

Estas tesis se dirigen claramente en contra de la concepción del derecho subjetivo como cosa, como ente real y como sustancia; pues, para una concepción así, la palabra derecho subjetivo tiene una referencia semántica, expresa una realidad, precisamente, la realidad del derecho subjetivo, y el jurista, del mismo modo que cuando dice compraventa, delito o matrimonio, afirma que en el mundo se ha producido un hecho, también cuando dice derecho subjetivo afirma que en el mundo existe algo real, sustancial.

No era ésta, sin embargo, la visión de los creadores de la idea de derecho subjetivo. Para Grocio, Pufendorf, Wolf y demás juristas de la Escuela jurracionalista del S. XVII, el derecho subjetivo era una cualidad¹². *Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste ha-*

¹² Para el origen de la noción de derecho subjetivo véase VILLEY, *LEÇONS D'HISTOIRE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT* 221 (2^a ed. París, 1962), *La Genese du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam*, en *SEIZE ESSAIS DE PHILOSOPHIE DU DROIT* 140 (París, 1969), *Le Droit de l'Individu chez Hobbes*, en *id.* 179, *LA FORMATION DE LA PENSÉE JURIDIQUE MODERNE* 240, 381, 540, 647 (París, 1968).

bendum vel agendum, esto es, “cualidad moral perteneciente a una persona para tener o hacer algo justamente”, reza la muy célebre definición que del derecho subjetivo de Grocio¹³, y cualidad, precisamente, es esto: un modo del ser, no el ser mismo, ni un ser en sí mismo; una manera que se da en la sustancia, no una sustancia ella misma. La real sustancia era, para los juristas-filósofos del S. XVII, la naturaleza del Hombre, de la cual, racionalmente, podían ser deducidos los derechos subjetivos; pero ellos estaban muy lejos de considerar a tales derechos como cosas, como sustancias¹⁴.

IV. En qué forma se produjo el tránsito de la concepción del derecho subjetivo, entendido como cualidad moral, a la concepción que lo mira como cosa, es algo que yo desearía intentar aclarar ahora.

Mi punto de partida es la consideración de la doctrina de un jurista que siempre se nos presenta como clave en la historia del Derecho privado romano: el jurista Gayo. Dice él, en el párrafo 2.12 de sus Instituciones, que las cosas son algunas corporales y otras incorpóreas; más adelante, en el párrafo 2.13, de la misma obra, agrega que las cosas corporales son aquellas que pueden ser tocadas (*quae tangi possunt*), como un fundo, un esclavo, las vestiduras, el oro o la plata; y en el párrafo 2.14 indica que cosas incorpóreas son las que no pueden ser tocadas (*quae tangi non possunt*), las cuales corresponden a aquellas que *iure consistunt*, como la herencia, el usufructo y las obligaciones contraídas de cualquier modo.

Resulta probable que Gayo haya sido el primero en introducir, a mediados del S. II d. C., esta distinción de cosas en la Ciencia jurídica romana¹⁵. Ella, en efecto, no aparece en otras fuentes clásicas no-gayanas,

¹³ GROTIUS, DE IURE BELLI AC PACIS 1.1.4; cf. PUFENDORF, ELEMENTORUM JURISPRUDENTIAE UNIVERSALIS LIBRI DUO 1.8.1.

¹⁴ E.g. PUFENDORF, *supra* nota 13, 1.5.30: “Res incorporalis, quae modus subjecticum respectu pertinentiae consideratus, dividi potest in qualitativam et quantitativam, illuc pertinent potissimum... jura...” [Cosa incorporal que, en equivalente medida, pertenece al sujeto considerado respecto de las pertenencias, puede ser dividida en cualitativa y cuantitativa. A aquella (cualitativa) pertenecen especialmente... los derechos...]. Cf. *id.* 1.5.29: “Res corporalis est substantia extensa...” [Cosa corporal es una substancia extensa].

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO 163 (14 ed. Napoli, 1974); cf. I PEROZZI, ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO 584, n.1 (2ª ed. Milano, 19-). *Contra* Monier, *La date d'apparition du dominium et la distinction Juridique des res en Corporales et Incorporales*, en STUDI IN ONORE DI S. SOLAZZI 362 (Napoli, 1948); VOLTERRA, ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO ROMANO 273 n.3 (Roma, 19-). En un punto intermedio, que quiere limitar el uso de la distinción a Gayo y al ámbito de la jurisprudencia escolástica, Pugliese, “Res Corporales”, “Res Incorporales” e il Problema del Diritto Soggettivo, en 3 STUDI IN ONORE DI V. ARANGIO-RUIZ 244 (Napoli, 19-); Kaser, *Gaius und die Klassiker*, 70 ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE-ROMANISTISCHE ABTEILUNG 142 (1963); BIONDI,

aunque éstas, sin embargo, muy a menudo oponen los *corpora* a los

LOS BIENES 48 (Martínez-Rodió trad. Barcelona, 1961); GUARINO, DIRITTO PRIVATO ROMANO 286 n.25 (4ª ed. Napoli, 1970). En relación con los textos que trae Pugliese, *supra* en 245, antes de escribir: "masolo in Paolo si nota una contrapposizione tra ciò che é corporale e ciò che é incorporale, la quale echeggia in certo modo la distinziones gaiana", debe decirse lo siguiente: PAULUS, SENTENTIARUM LIBRI QUINQUE 3.6.11: "Sinendi modo tam corporales res quam quae in iure consistunt legari possunt: et ideo debitori id quod debet recte legatur" [A través del legado sinendi modo pueden ser legadas tanto las cosas corporales cuanto aquellas que consisten en un *ius*: y, por tanto, se lega válidamente al deudor lo que él debe] no puede considerarse, dado el carácter postclásico, hoy generalmente aceptado, de esta obra (como el mismo Pugliese, por lo demás, lo recuerda). DIGESTO 8.1.14.pr. (PAULUS, AD SABINUM 15): "Servitutes praediorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt". [Las servidumbres de los predios rústicos, aunque accedan a los cuerpos, son, sin embargo, incorporales]: aquí no se dice que las servidumbres sean res incorporales; debe notarse que tan sólo se mencionan las servidumbres rústicas, en circunstancias de que el mismo principio afirmado, valía también para las urbanas; ello debe hacer pensar en que Paulo tan sólo quiso dejar en claro que las servidumbres rústicas no son un *corpus*, como muy verosímelmente en época más arcaica lo habían sido, pues entonces se entendía que las servidumbres consistían en la franja de terreno del predio sirviente que era necesaria para el ejercicio del contenido de la servidumbre respectiva, o sea, que eran propiamente un *corpus*; para las más modernas servidumbres urbanas la idea contraria no necesitaba ser afirmada, porque ellas nunca llegaron a ser consideradas como *Corpora*, como cosa material; por tanto no tenemos por qué ver aquí el uso de los conceptos generales gayanos, sino, simplemente, una descripción in concreto del carácter no-material de estas servidumbres, que se explica históricamente. DIGESTO 41.2-3.pr. (PAULUS, 54 ed.): "Possideri autem possunt quae sunt corporalia" [Sin embargo, pueden ser poseídas las que son corporales]: aquí Paulo no se refiere a las res corporales, en oposición a las incorporales, como lo demuestra el uso del adjetivo en neutro plural (*corporalia*) incompatible con el femenino *res*. DIGESTO 41.3.4.26. (PAULUS, 54 ed.): "Si viam habeam per tuum fundum et tu ab ea vi expuleris per longum tempus non utendo amittam viam [quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis (id est mero iure) *destruditur*]" [Si tengo una servidumbre de vía por tu fundo y me despojares de ella por la fuerza, la pierdo no usándola por largo tiempo, [porque no se entiende ni que el *ius* incorporal es poseído ni que alguno es despojado de la servidumbre de vía por el mero derecho]: lo incluido entre corchetes debe ser un glosema postclásico: la justificación de la pérdida de la servidumbre por la no-posesión del *ius incorporale* luego del despojo, no podía haber en la mente de un clásico; para éste, la verdadera razón estaba en el no-uso de la servidumbre durante un bienio (*longum tempus* está interpolado por *biennium*: véase INDEX INTERPOLATIONUM AD LEG.), como, por lo demás, lo dice claramente el texto (*non utendo*); el glosema se relaciona con el problema postclásico de la *quasi possessio* de derechos, pues que se diga que, en el caso del texto, la servidumbre no es poseída, supone el concepto de posesión de servidumbres. Que no se entienda, finalmente, que *mero iure* alguno pueda ser despojado de la servidumbre, carece de todo sentido. Como podrá apreciarse, ninguno de estos textos debe ser acogido para afirmar que, no ya la jurisprudencia clásica, sino que Paulo, tenían incorporada la distinción. Aparte de ello, mi convencimiento personal del exclusivo origen gayano de aquélla se basa en que, para Gayo, la distinción es un recurso sistemático fundamental para su *summa divisio* del Derecho en *personae, res y actiones* (Gaius 1.8.); el concepto de *res incorporales*, referido a los *iura*, le permite incluir en esa sistemática (en el tratado de *rebus*) al Derecho de obligaciones y al de he-

*iura*¹⁶, e, incluso, llegan a hablar de *res corporales*¹⁷, cosas corporales, pero no califican jamás a los *iura* de *res incorporales*¹⁸. Para la jurisprudencia propiamente clásica, *res* equivalía a cosa material, y constituía una categoría opuesta a *ius*, el cual por tanto, no era una *res*, una cosa. Esta jurisprudencia, jamás pensó en elevar el concepto de *res* a la categoría de género comprensivo de dos especies de cosas: las corporales (cosas materiales) y las incorporales (los derechos).

Pero la especulación en torno a la corporeidad e incorporeidad de las cosas era un tópico retórico frecuente en el pensamiento estoico y epi-

rencia, y hacer más natural el tratamiento, también ahí, de las situaciones reales no-dominiales. Si tal era la importancia de la distinción, para la jurisprudencia clásica, que desconocía la tricotomía *personae, res, actiones*, obviamente, aquélla no la tenía. Para la sistemática de Gayo, frente a la clásica véase Scherillo, *Gaio e il Sistema Civilistico*, en *GAIO NEL SUO TEMPO-ATTI DEL SIMPOSIO ROMANISTICO* 145 (Napoli, 1966)

¹⁶ E.g. DIGESTO 5.3.18.2.8.5.4.pr., 18.6.8.2, 21.2.43, 30.41.pr., 37.1.3.pr., 39.2.13.1, 39.3.8, 39.5.9.pr., 43.26.2.3, 44.2.7.pr. Es indudable que algunos de estos textos se hallan interpolados, véase INDEX INTERPOLATIONUM AD LEG.; pero debe rechazarse la opinión radical de ARANGIO-RUIZ, *supra* nota 15, en 163 n.2, de que todos los pasajes en donde *corpus* se opone a *ius* están alterados. Monier, *supra* nota 15, en 364; Pugliese, *supra* nota 15, en 246.

¹⁷ DIGESTO 12.6.46, 23.3.39.pr., 32.95, 34.4.32.pr., en donde *res corporales* indica las cosas determinadas en oposición al dinero u otras cosas fungibles. Véase ARANGIO-RUIZ, *supra* nota 15, en 163 n.1; Pugliese, *supra* nota 15, en 246. Podrían estar interpolados DIGESTO 10.3.4.pr. y 42.1.15.9, ARANGIO-RUIZ *supra* nota 15, en 163 n.2. DIGESTO 41.1.43.1 es un texto gayano. DIGESTO 20.6.8.pr. (MARCIANUS, AD FORMULAM HYPOTHECARIAM LIBER SINGULARIS): "Sicut re corporali extincta ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit". [La prenda y la hipoteca desaparecen al extinguirse el usufructo, del mismo modo que desaparecen al parecer la cosa corporal]; el texto se refiere a una prenda y a una hipoteca (aunque hypothecave, quizás, esté interpolado, véase INDEX INTERPOLATIONUM AD LEG.) sobre un usufructo, para declarar que, extinguido el usufructo, se extinguen también aquéllas, del mismo modo que se extinguirían si pereciese la cosa corporal sobre la que el usufructo pignorado recae. Por tanto, aquí parece jugarse con los conceptos de cosa corporal y de *ius* (el usufructo) desde el punto de vista de su desaparición (desaparición de la cosa corporal, desaparición del *ius*); desde luego, nada hay aquí que haga pensar que Marciano entendía que el usufructo es cosa incorporea, y, entonces, el pasaje lo único que hace es insertarse en la corriente de textos que oponen los *corpora* a los *iura*; véase nota 16. Pero también podría pensarse en que *res corporalis*, aquí se refiere a la cosa específica objeto del usufructo pignorado, en oposición a las cosas fungibles que, pudiendo ser objeto de cuasi-usufructo, no perecen ni podría dicho cuasi-usufructo ser objeto de prenda o de hipoteca, caso en el cual el pasaje se insertaría en la corriente de los demás textos aquí citados.

¹⁸ Sobre PAULUS, *supra* nota 15, en 3.6.11; DIGESTO 8.1.14.pr. y 41.3.4.16; véase *supra* nota 15. TITULI EX CORPORE ULPIANI 19.11: "In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus et hereditas et tutela legitima libertae" [También pueden ser cedidas *in iure* las cosas incorporales, como el usufructo, la herencia y la tutela legitima de las libertas], es una típica generalización postclásica de las ideas de Gayo (cf. GAIVS 2.35, 3.85). No todas las cosas que Gayo llama incorporales eran objeto de *in iure cessio*, p. ej., *las obligaciones quoquo modo contractae*, que figuran en GAIVS 2.14.

cúreo, y es así como la encontramos en Lucrecio¹⁹, Cicerón²⁰, Séneca²¹ y Quintiliano²², y, probablemente, de ahí pasó a la gramática, ya que en el S. IV d. C. la encontramos en Carisio²³. Naturalmente, esta especulación nada tenía que ver con el Derecho; su carácter era estrictamente filosófico-retórico.

Gayo, posiblemente, cogió estas ideas, y en su pasión desorbitada por las clasificaciones, las aplicó al campo jurídico, en donde, naturalmente, cosas corporales tenían que ser los entes materiales en tanto que incorporales, las creaciones del Derecho. Esta clasificación, una vez formulada, pasó desapercibida a toda la jurisprudencia contemporánea y posterior a Gayo²⁴, pero obtuvo gran éxito, como siempre sucede con las tan particulares invenciones gayanas, en la época postclásica; y es así

¹⁹ LUCRETIVS, DE RERUM NATURA 1.303-305: "Quae tamen omnia corporea necesse est natura: quoniam sensus impellere possunt, tangere enim et tangi, nisi corpus, nulla potest res" [Consta que todo es, por naturaleza, necesariamente corpóreo: puesto que puede activar los sentidos, ninguna cosa, si no es un cuerpo, puede tocar ni ser tocada].

²⁰ CICERON, TOPICA 5.27: "Definitionum autem duo genera prima: unum eorum, quae sunt; alterum eorum, quae intelliguntur. "Esse" ea dico, quae, cerni tangive possunt, ut fundum, aedes... "Non esse" rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligentia possunt, ut si usucapionem, ut si tutelam, si gentem est tamen quaedam conformatio insignita et impressa in intelligentia, quam notionem voco" [Hay dos géneros de definiciones: uno de las cosas que son; otro, de las que se comprenden. "Ser", digo, de aquellas que pueden ser percibidas (con los sentidos) y tocadas, como un fundo, los edificios... "No ser", digo, por el contrario, de aquellas que no pueden ser tocadas ni mostradas, pero que pueden ser percibidas y comprendidas por el alma, como la usucapición, la tutela, la *gens*, todas las cuales constituyen conceptos gravados e impresos en la inteligencia, que denomino ideas].

²¹ SENECA, EPISTULAE 6.6.1: "Dicimus enim quaedam corporalis esse, quaedam incorporalia. Quod est aut corporale est aut incorporale". [Decimos, pues, que los seres son algunos corporales y otros incorporales. Lo que es, o es corporal o incorporal].

²² QUINTILIANUS, INSTITUTIO ORATORIA 5.10.116: "Ius quod sit incorporales apprehendi manu non posse" [Puesto que el *ius* es incorporal, no puede ser aprehendido con la mano]. En este autor no-jurídico es en donde se encuentra más claramente la idea de que el *ius* es cosa incorporal. Cf. AULUS GELLIUS, NOCTES ATTICAE, Apud Festus, "*possessio*: Non enim possessio est e rebus quae tangi possunt" [Pues la posesión no está entre las cosas que pueden ser tocadas].

²³ CHARISIUS, ARS GRAMMATICA 1.153.25: "Nomina appellativa autem quae generaliter communiterque dicuntur quaeque in duas sepcies dividuntur, quorum altera significat res corporales, quae videri tangique possunt, ut est homo, terra, mare; altera incorporales, ut es pietas, iustitia, dignitas, quae intellectu tantum modo percipiuntur, rerum neque videri nec tangi possunt" [Los nombres que se designan general y comúnmente apelativos, se dividen en dos especies, de las cuales una es la de cosas corporales, que pueden ser vistas y tocadas, como ocurre con el hombre, la tierra, el mar, y otra la de cosas incorporales, como son la piedad, la justicia, la dignidad, que únicamente se perciben con el intelecto, pero que no pueden ser vistas ni tocadas].

²⁴ Véase *supra* nota 15.

como la encontramos en obras de este período como son el Epítome de Gayo, las Sentencias de Paulo y las Reglas de Ulpiano. Naturalmente, Justiniano recogió el fragmento de las Instituciones de Gayo en que aquélla aparece, y lo conservó en el Digesto, transcribiéndolo literalmente, por otro lado, también en sus propias Instituciones ²⁵.

V. Ahora bien, ¿qué entiende Gayo cuando indica que *res incorporales* son aquellas *quae iure consistunt*?

No, ciertamente, los derechos subjetivos. Esto es algo que ya desde hace tiempo debería haber sido reconocido por la Romanística: que la expresión *ius*, en las fuentes romanas, no se refiere al derecho subjetivo, porque los romanos no llegaron a concebir esta idea. Después de los trabajos del francés Villey ²⁶, que, por lo demás, han recibido la aproba-

²⁵ Para las citas de los lugares respectivos véase *infra* V y *supra* nota 18.

²⁶ VILLEY, LEÇONS *supra* nota 12, en 167, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, 24-25 REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER 201 (1946-1947); Pugliese, *Actio e Diritto Soggettivo*, *id.* 125, *Du Sens de l'Expression "ius in re" en Droit Romain Classique*, 3 REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITÉ 417 (1949), *Le "ius in re" du Droit Romain Classique au droit moderne*, en CONFÉRENCES FAITES A L'INSTITUT DE DROIT ROMAIN 187 (Paris, 1950), *Sum ius cuique tribuens*, en 1 STUDI IN ONORE DI P. DE FRANCISCI 367 (Milano, 1936). Ya antes, MITTEIS, RÖMISCHE PRIVATRECHT 73 (Leipzig, 1908): "Das subjektive Recht im wistesten und abstrakten Sinn wird bei den Römern als jus bezeichnet. Während aber die heutige Systematik vom abstrakten Begriff des subjektiven Rechts zu seinen einzelnen Erscheinungsformen fortschreitet und demgemäss in einzelnen die dinglichen, persönlichen, Familien- und Erbrechte unterscheidet, ist den Römern diese Einteilung fremd; denn die Trichotomie der "jus quod ad personae, ad res et ad actiones pertinet" ist keine Einteilung des subjektiven, sondern der objektiven Rechts". Mitteis habla de "esfera jurídica subjetiva" ("subjektive Rechtssphäre"). También, Koschambahr-Lykowski, *Quelques dispositions générales d'un projet de Code Civil polonais*, 27 REVUE TRIMESTRELLE DE DROIT CIVIL 569 (1928); moderado KASER, DAS ALTRÖMISCHE JUS 96 (Göttingen, 1949): "In den juristischen Quellen haben die Römer von ius in subjektiven Sinn nur beschränken Gebraucht gemacht". De otra opinión, PUGLIESE, ACTIO E DIRITTO SUBIETTIVO (Milano, 1938), y en contra, en 4 STUDI ARANCIO-RUIZ 223; Betti, *Falsa Impostazione della Questione Storica Dipendente da erronea diagnosi Giuridica*, en 4 STUDI ARANCIO-RUIZ 83; comprensivo, Biscardi, *Azzioni e Rapporto Giuridico nel Sistema formulare classico*, en ANTOLOGIA GIURIDICA ROMANISTICA ED ANTIQUARIA 142 (Milano, 1968); una diferente perspectiva, pero enmarcada aún en la idea de derecho subjetivo, Guarino, *Il Diritto e l'Azzione nell' Esperienza romana*, en 1 STUDI ARANCIO-RUIZ 389; últimamente, Robleda, *El Derecho Subjetivo en Gayo*, en 1 STUDI IN ONORE DI G. SCHERILLO 7 (Milano, 1972), quien insiste en la tesis tradicional que imputa también al Derecho romano la figura del derecho subjetivo. Debo declarar, sin embargo, que mi adhesión de las tesis de Villey en torno al carácter no-romano de la idea de derecho subjetivo, no conlleva la misma adhesión a su opinión acerca del origen pre-gayano y de la difusión generalizada en la jurisprudencia clásica de la distinción de cosas en corporales e incorporales, de acuerdo con lo expresado *supra* IV y, especialmente, nota 15. No obstante, hay que estar de acuerdo con él en que, dentro del orden de ideas gayano, la consideración de los *iura* como *res*, de todas maneras es manifestación del radical objetivismo de la Ciencia Jurídica romana.

ción relevante de Monier²⁷, Albanese²⁸ y d' Ors²⁹, hay que reconocer que la idea de derecho subjetivo resulta más bien extraña a la jurisprudencia romana. Sólo que es tan fuerte la conformación mental que lleva a expresar las realidades jurídicas en términos de derechos subjetivos, que cuesta mucho trabajo a los romanistas desprenderse de esta categoría al aproximarse a las fuentes.

Así, pues, Gayo, al decir *iure consistunt*, estaba muy lejos de referirse al derecho subjetivo³⁰. Como en tantas otras ocasiones en que la ofuscación que produce una noción moderna en la mente del estudioso impide ver la realidad, la idea del derecho subjetivo ha impedido leer lo que

²⁷ Monier, *supra* nota 15, en 326.

²⁸ Albanese, *La Successione Ereditaria in Diritto Romano Antico*, 20 ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI PALERMO 234 (1949).

²⁹ D'Ors, *Aspectos Objetivos y Subjetivos del Concepto de Ius*, en 2 STUDI IN MEMORIA DI E. ALBERTARIO 279 (Milano, 1953); DERECHO PRIVADO ROMANO 21 n.1 (2ª ed. Pamplona, 1973). D'Ors habla de *ius* como "posición justa". En este mismo sentido, Gioffredi, *Ius, Lex, Praetor*, 13-14 STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS 71 (1947-1948), DIRITTO E PROCESSO NELLE ANTICHE FORME GIURIDICHE ROMANE 291 (Roma, 1955), *A propósito di impostazione storica e Diagnosi giuridica*, en 2 STUDI DE FRANCISCI 440, *Osservazioni sul Problema del diritto Soggettivo nel Diritto Romano*, 70 BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO 227 (1967), quien habla de *ius* como "situazione giuridica". Para una teoría general de la "situación jurídica" véase ROUBIER, DROITS SUBJECTIFS ET SITUATIONS JURIDIQUES (Paris, 1963).

³⁰ Al menos, los ejemplos que pone Gayo para ilustrar su concepto de *res incorporales*, así lo vienen a demostrar GAIUS 2.14: "...sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae... nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum..." [así como la herencia, el usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo... pues el mismo derecho de sucesión, si el mismo derecho de usar y gozar y el mismo derecho de obligación es incorporal. En la misma categoría (de cosas incorporales) están los derechos de los predios rústicos y urbanos...]. Aquí debe incluirse la idea de derecho subjetivo, desde luego, para *ius obligationis* (derecho subjetivo de obligación!!) y para *iura praediorum urbanorum et rusticorum* (derechos subjetivos de los predios rústicos y urbanos!!). *Ius iberigationis* debe entenderse como la "objetiva situación o posición justa de obligatoriedad" (véase D'Ors, en 2 STUDI ALBERTARIO 288) y *iura praediorum*, que se usaba para designar las servidumbres, como la "objetiva posición o situación justa de los predios en cuanto uno "sirve" y el otro "es servido"; cf. Villey, 3 REVUE INTERNATIONALE DE DROITS DE L'ANTIQUITÉ 427 (1949); D'Ors, en 2 STUDI ALBERTARIO 286. No tan claras podrían parecer expresiones como *ius successionis* ("derecho de sucesión") y *ius utendi fruendi* ("derecho de usar y gozar"). Los romanos no llegaron a configurar un "derecho real de herencia", como el que conoce la moderna Civilística, y *ius successionis* no puede indicar aquí, naturalmente, un pretendido derecho subjetivo del futuro heredero a suceder, que no existía; esa expresión se refiere no a otra cosa que a la herencia objetivamente considerada: la "objetiva posición o situación justa de un patrimonio sucesorio", como, por lo demás, Gayo en la primera parte del texto transcrito, lo dice cuando habla de *hereditas* (así, Villey, *L'Idée supra* nota 26, en 216; cf. D'Ors, 2 STUDI ALBERTARIO 288, quien la interpreta como "posición injusta de sucesor"). Lo mismo debe decirse de *ius utendi fruendi*, que no es "derecho subjetivo de usar y disfrutar", sino que la "objetiva posición o situación justa de uso y disfrute" (cf. Villey, LEÇONS *supra* nota 12, en 231) referida al usufructo, que Gayo, en la primera parte, designa expresamente.

exactamente dice Gayo aquí: *iure consistunt* no significa, por cierto, “consisten en un derecho”. La frase completa, en el pasaje de Gayo, viene a ser: “*incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt*”, en donde el verbo *consistunt* se refiere al sustantivo *incorporales*, y *iure* cumple aquí la función de complemento en ablativo, de modo que la traducción correcta es: “incorporales son las que no pueden ser tocadas, las cuales existen³¹ por el Derecho”. El *ius* no es aquí la cosa incorporal, sino la fuerza que origina la cosa incorporal; ésta es una creación jurídica, una creación del Derecho, en oposición a aquellas que son como creaciones de la naturaleza³².

Una distinta lección nos presenta Epit, Gai, 2.1.2; Paul. Sent. 3.6.11; D.1.8.1.1 e Inst. Iust. 2.2.2, en donde leemos *in iure consistunt*. Aunque gramaticalmente la adición de “*in*” no tiene más importancia que la de reforzar el ablativo *iure*, recurso este muy propio de una época de decadencia del latín hablado que tiende a no distinguir desinencias, las cuales vienen a ser suplidas por preposiciones, y que luego se trasladan al latín escrito, conceptualmente es posible detectar una diferencia. Así, *in iure consistunt* viene a significar “consisten en un derecho”, en donde *ius* es la cosa incorporal misma, no la fuerza que la crea³³. Esta fue, naturalmente, la lectura que tuvieron a la vista los juristas medievales y modernos³⁴, pues se recordará que la versión de las Instituciones de Ga-

³¹ El verbo *consisto* (*con* > *cum* y *sisto*), en las acepciones que aquí interesan, significa: “situarse en (pararse, detenerse, posarse), apoyarse, descansar en, estar fundado en, existir, vivir, subsistir”, de manera que la traducción literal “consistir” equivale a “tener (su) consistencia en algo tan externo a la cosa misma de que se trata”; así, *iure consistit* es “tener consistencia en el Derecho o existir en el (o por el) Derecho”.

³² PEROZZI, *supra* nota 15, en 583: restringono [los juristas romanos] l'idea di cosa incorporale alle entita giuridiche”, y n. 4: “e non, como usa dire, ai diritti”. Cf. VILLEY, LEÇONS *supra* nota 12, en 231 n. 1. Los traductores normalmente vierten “consisten en un derecho”.

³³ La preposición “*in*” transforma el sentido del verbo *consisto*, el que pasa a indicar, no ya aquello a lo que la cosa de que se trata debe su consistencia, sino la consistencia misma de la cosa; en tal sentido, llega a tener un sentido muy parecido al castellano “consistir en”, “estribar en”. Que ya en época postclásica así parece haberse entendido, lo demuestra EPIHOME GAI 2.1.2: “*Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae non in corpore, sed in iure consistunt...*” [las incorporales son aquellas que no pueden ser tocadas, las cuales son aquellas que consisten no en un cuerpo sino en un derecho]. Aunque, como se advirtió, *in iure consistunt*, gramaticalmente es lo mismo que *iure consistunt*, y aquella frase también podría entenderse como “existir en el Derecho”, el contexto del pasaje transcrito impide comprenderlas así, dada la oposición *non in corpore sed in iure*; frase esta que no podría traducirse, “existen, no en un cuerpo, sino en el Derecho”. Resulta claro que para el epistomador de Gayo, la cosa incorporal, así como no es un cuerpo, es un *ius*.

³⁴ E.g., ACCURSIVS (S. XIII), MAGNA GLOSSA (ed. Lugduni, 1634) in Dig. Vetus, glos. *in iure*, ad l. *summa rerum* D. 1.8: “Sub hoc praedicabili *ius* continetur”: [en esto de lo que se habla (*in iure*) se contiene el *ius*]. Debe tenerse presente que, Accursio incluye en el *ius* la *obligatio*, que califica de *iuris vinculum*. I CUIACTUS

yo, independiente de las versiones que aparecen en las de Justiniano y en el Digesto, fue tan sólo descubierta en el S. XIX.

Tampoco, sin embargo, el Epítome de Gayo, las Sentencias de Paulo, las Instituciones de Justiniano ni el Digesto, dando la lección *in iure consistunt*, en contra de la genuina de Gayo, *iure consistunt*, querían referirse al derecho subjetivo³⁵; pero hay que reconocer que esta versión postclásica quizá resulta más lógica que la de Gayo. Dice éste que las cosas incorpóreas son las creadas por el Derecho, pero no dice qué sean en sí mismas estas cosas incorpóreas; antes, únicamente se había limitado a describirlas por un rasgo externo a ellas, como es el de la no-posibilidad de ser tocadas, y luego a ejemplarizarlas, mencionando la herencia, el usufructo, las obligaciones y las servidumbres; los postclásicos, en cambio, dan un paso más adelante cuando indican que la cosa corpórea es el Derecho mismo (*ius*), es decir, cuando, sin referir las fuerzas que las crea, refieren la creación misma.

Con ser más lógica esta visión, es, en mi opinión, la responsable del fenómeno de sustancialización del derecho subjetivo.

Cuando la Escuela franciscana de filosofía, especialmente representada por Occam y Duns Scoto, sentó las bases de la idea de derecho subjetivo³⁶, y cuando los juristas del S. XVII, Grocio, Pufendorf, Wolf y demás,³⁷ dieron forma jurídica a esta noción, recurrieron al término latino *ius* para denominar al novísimo concepto³⁸. Así, *ius* pasó a tener, amén de su connotación objetiva, la de derecho subjetivo. Sólo que, como antes vimos, derecho subjetivo era considerado por estos juristas como una cualidad moral, no como una cosa. Pero resultó inevitable que, al transferirse la noción de derecho subjetivo de estos juristas-filósofos a los juristas profesionales, la palabra *ius*, con su nueva acepción de derecho subjetivo, se conectara con las explicaciones que figuraban en las fuentes justinianeas, de *ius* como cosa incorpórea, en el sentido que antes hemos indicado. Si las cosas incorpóreas son aquellas que consisten

(S. XVI), OPERA OMNIA 75 (Neapoles, 1788): "*in iure*: in iure, non in corpore, hoc est iura... Iura talia sunt servitutes, hereditas, dos, peculium, possessio, obligatio: nam haec omnia juris nomina sunt" [*in iure*: en un Derecho, no es un cuerpo, esto es, los derechos. Los derechos son las servidumbres, la herencia, la dote, el peculio, la posesión, la obligación: pues todas estas cosas son nombres de Derecho (conceptos jurídicos)].

³⁵ Sobre DIGESTO 1.8.1.1 e INST. IUST. 2.2.2., por ser transcripciones de GAIUS 2.14, valga lo dicho *supra* nota 30. Acerca de EPIT. GAI 2.1.2, baste señalar que ahí se pone como ejemplo de cosa incorpórea las *obligationes*. Sobre Paulus *supra* nota 15, hay que tener presente que el pasaje considera *ius* aquello que un deudor debe (*id quod debet*).

³⁶ Véase *supra* nota 12.

³⁷ Véase *supra* nota 13 y 14.

³⁸ Para la polémica que este abuso del término *ius* desató entre los autores de la época véase Villey, LEÇONS *supra* nota 12, en 233.

en un *ius*, y estos juristas, al leer *ius*, entendían derecho subjetivo, entonces fue natural que el derecho subjetivo resultara considerado como una cosa, aunque incorporal³⁹.

Esto es, a mi modo de ver, el proceso que explica el nacimiento de la visión moderna del derecho subjetivo como sustancia autónoma, como cosa realmente existente, que surge en el mundo cuando se dan ciertos hechos a los que atribuimos el carácter de fuentes del derecho subjetivo.

VI. Los elementos que para la historia del derecho subjetivo he intentado describir, podrían muy bien ser tenidos en cuenta al formular su crítica de la manera en que la fórmula la escuela realista escandinava; ella las emprende en contra de la noción de derecho subjetivo como sustancia, como cosa, es decir, de la noción cuyo origen aquí hemos querido mostrar. Pero una crítica así resulta claramente la lucha en contra de una determinada concepción del derecho subjetivo, y, para ser más rigurosos, en contra de un grave error histórico y de desinteligencia de las fuentes romanas, contaminadas con una filosofía extraña a ellas, como fue la del S. XVII.

Ciertamente, no es aceptable la tesis de que el derecho subjetivo sea una sustancia; la tesis de que entre un hecho dado y una determinada consecuencia, directamente referible a ese hecho, se cree una entidad con existencia propia; eso es fácilmente criticable. Pero la destrucción del mito de los derechos subjetivos es más certera si se pone en descubierto sus orígenes. Como siempre, el valor inmenso del estudio histórico del Derecho radica, si no me equivoco, en esto: en su virtud de mostrarnos el origen y desarrollo de ideas que nos parecen inmovibles, y cuya inmovilidad aparente genera en el jurista una determinada mentalidad de conformismo científico. En esta forma, el análisis histórico tiende a dar al estudioso una suerte de libertad de pensamiento que se nos presenta como condición necesaria para la creación jurídica.

³⁹ E.g., POTHIER, *Traité des personnes et des choses* 2.2.247s., en 9 OEUVRES DE POTHIER 93 (Paris, 1861). "Les choses incorporelles n'étant point des êtres réels, mais des êtres intellectuels, quae in jure consistunt, quae solo intellectu percipiuntur, ne sont point proprement pas elles-mêmes susceptibles de la qualité des meubles ne de celle d'immeubles... Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, *jus in re*, ou des créances, *jura ad rem*".