

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholtz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelson, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Arturo Salazar Santander, “El Derecho como Facultad en la Teoría general del contrato de Luis de Molina”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 608-641 (available at <http://www.glossae.eu>)

El Derecho como Facultad en la Teoría general del contrato de Luis de Molina

Law as *Facultas* in Luis de Molina's general Law of the contract

Arturo Salazar Santander*
Universidad Finis Terrae (Chile)

ORCID ID: 0009-0005-7168-204X

Recibido: 16.04.2024

Aceptado: 10.09.2024

Resumen

En el presente trabajo, se estudia el problema de la presencia del Derecho facultad en lo que se conoce como “teoría general del contrato”, de la cual Luis de Molina fue un preclaro precursor, dilucidando el real alcance de la presencia del Derecho facultad en dicha doctrina del contrato. Se analiza para ello, entre otros puntos, el concepto de Derecho en el tratado *De Iustitia et Iure* de Luis de Molina, las relaciones de la tradición jesuita con la modernidad y finalmente se analiza en su tratado *De contractibus*, la presencia de dicha noción como estructura operativa de su sistema.

Palabras clave

Luis de Molina, Derecho-facultad, Teoría general del contrato, *dominium*, *ius*

Abstract

In the present paper, the problema of the presence of the concepto of Law as *facultas* is studied, in what is known as “general law of the contract”, of wich Luis de Molina was a distinguished precursor, elucidating the real scope of the presence of the Law as *facultas* in that general contract doctrine. For this purpose, it is analyzed, among another points, the concepto of Law in Luis de Molina's *De Iustitia et Iure*, the relationships of the Jesuit tradition with the modernity and finally, the presence of that notion as an operative structure of his system is analyzed in his treatise *De contractibus*.

Keywords

Luis de Molina, Law as *facultas*, General Law of the contract, *dominium*, *ius*

Sumario: 1. El Derecho-facultad en Luis de Molina. 2. Modernidad y tradición en la escuela jesuita del derecho. 3. Planteamiento del problema: derecho subjetivo y teoría general del contrato en Luis Molina. 4. La concepción aristotélico-romana del *ius/dikaion*. 5. *De Contractibus* y el *dominium*. 6. Análisis particular de las *disputationes*. 7. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

* Profesor instructor en la Universidad Finis Terrae (Chile) y estudiante de Doctorado en Derecho en Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

1. El Derecho-facultad en Luis de Molina

El jesuita Luis de Molina ha sido reconocido como uno de los teólogos y filósofos más influyentes de la temprana época moderna, pero, según Guzmán Brito, se le ha prestado menos atención en la literatura a su condición de jurista y especialmente en relación con la teoría del contrato¹. Pero, aun así, en la obra de Molina, en relación con el problema del Derecho facultad, posteriormente conocido como Derecho subjetivo, hay bastante escrito². En este trabajo pretendemos analizar la forma en que Luis de Molina habría recogido o no su noción de Derecho facultad, en la teoría general del contrato. Para lo cual, partiremos analizando su concepto de Derecho, tal como lo expone en el tratado *De Iustitia et Iure*. Este trabajo no pretende ser un trabajo de conjunto sobre la segunda escolástica y su relación con el Derecho³.

¹ Guzmán Brito, A., “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual,” *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, (A. Guzmán Brito, ed.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005, p. 407, nota 1.

² Folgado, A., “Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI”, *Anuario jurídico y económico escorialense* 1 (1960), pp. 200-202; Tuck, R., *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 52-54; Megías, J.J., “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la segunda escolástica tardía”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992), pp. 327-332; Vallet de Goytisolo, J., “Ius y lex según las definiciones de los magni Hispani”, *Persona y Derecho* 37 (1997), pp.38-40; Schouppe, J.P., “La concepción realista del Derecho”, *Persona y Derecho* 11 (1984), pp. 571; Sosa Morato, B., *La noción de Derecho en “Los seis libros de la Justicia y el Derecho” de Luis de Molina*, Pamplona, EUNSA, 1985, pp. 205-238; Rodríguez Puerto, M., “Escolásticos españoles y subjetivismo moderno (un comentario sobre el concepto de Derecho en Luis de Molina y Francisco Suárez)”, *Ingenium. Revista de historia del pensamiento moderno* 5 (2011), pp. 172-175; Masferrer, A., *Dignidad y derechos humanos. Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, pp. 93-130.

³ Sobre la segunda escolástica en general, vid., por todos, Ramis Barceló, R., *La segunda escolástica. Una propuesta de síntesis histórica*, Madrid, Dykinson, 2024 y Peña González, A., *La escuela de Salamanca. De la monarquía hispánica al orbe católico*, Madrid, BAC, 2008. Sobre la relación de la segunda escolástica con el Derecho y la tradición romanística, la bibliografía es inmensa. Pueden citarse a modo ejemplar, sin pretender exhaustividad, vid., Birocchi, I., *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell' Età Moderna, I: Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997; Feenstra. R., “L'influence de La Scolastique espagnole sur Grotius en droit prive, Quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973 pp. 377-402; Grossi, P., “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973 pp. 117-222; Wieacker, F., “Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973 pp. 223-239; Todescan, F., *Lex, natura, beatitudo. Il problema della Legge nella scolastica Spagnola del sec.XVI*, Padova, 1973; Specht, R., “Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit”, *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, (F.Grunert -K. Seelmann, eds.), Tübingen, 2001, pp. 3-18; Hallebeek, J., “The concept of unjust enrichment in late scholasticism”, *Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut* 35 (1996), pp. 109-123; Duve, T., “Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik”, *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, (M.Schmoeckel, F.Roumy, O.Condorelli, eds.), Köln-Weimar-Wien, pp. 389-408; Wieacker. F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967.

Cuevillas planteó que el jesuita fue el primero en concebir al Derecho como facultad⁴, pero eso es insostenible a la luz de lo que estudiosos como Michel Villey, Francisco Carpintero y Alejandro Guzmán Brito han escrito⁵. Por lo menos, desde el nominalismo de Occam, si es que no desde el Derecho Canónico medieval mismo, habría una noción de Derecho facultad. Aun así, Molina fue un autor de suma importancia en la transición del concepto tradicional, romanista de Derecho hacia la concepción moderna⁶. La gran originalidad de Molina está en que, por primera vez, habría planteado todo un sistema de la justicia conmutativa desde su noción ordenadora de Derecho-facultad, especialmente para el Derecho Privado⁷. Ya con anterioridad a él, Vitoria⁸ y Domingo de Soto⁹, trataron del concepto subjetivo de Derecho, en conjunto a la noción tradicional romana-aristotélica del *ius*. Molina añade una novedad, pretender una explicación completa de todo el Derecho, incluso aspectos del Derecho público, con base en la justicia conmutativa, pero no ya desde la noción del *ius* como la *ipsa res iusta* tomista, sino como *facultas*. Se ha destacado que esta noción ya tenía muchos precedentes en su tratamiento teórico, pero no existía nada semejante en los temas concretos que forman parte del libro II del Tratado¹⁰, dedicado al Derecho Privado, que él entiende como un sistema de la justicia conmutativa¹¹. Molina entonces incorpora un enfoque objetivo y subjetivo al Derecho, más aún, habría llegado a la ruptura entre la concepción tradicional del derecho objetivo y la moderna del derecho subjetivo, al descartar para la estructura del libro II la noción del Derecho como lo justo y se centra en cambio en la noción de *facultas*¹².

Desde las primeras disputaciones del libro I, Molina parte con una exposición clásica de la escolástica, en la que expone los diversos sentidos de la palabra *iustitia*, en un modelo aristotélico-tomista¹³, distinguiendo entre justicia general y justicia particular en la

⁴ Cuevillas, A., “Luis de Molina: el creador de la idea de derecho como facultad”, *Revista de Estudios Políticos* 75 (1954), pp. 103-116.

⁵ Guzmán Brito, A., “Historia de la denominación del Derecho-facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 407 ss.; Villey, M., “La génesis del Derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 151-190; Carpintero, F. “El desarrollo de la facultad individual en la escolástica”, *El derecho subjetivo en su historia* (Carpintero, F., Megías, J.J., Puerto, M. y De Mora, E.(eds.), Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, pp. 35-99.

⁶ Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 25

⁷ Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 225; Guzmán Brito, A., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009, p. 159.

⁸ “El derecho es la potestad o facultad que conviene a alguien según las leyes”, De Vitoria, Francisco, *De iustitia*, Madrid, 1934, edición y traducción del R.P. Vicente Beltrán de Heredia O.P., Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, cuestión 62, art. 1, núm. 5.

⁹ Lo hace en sede de la definición del dominio, en que la facultad es el género próximo. Pero Domingo de Soto no reconoce en la definición del Derecho que sea una facultad, sino únicamente lo entiende como parte de su doctrina del dominio, y de ningún modo Soto identifica el dominio con el concepto de *ius*. Así, Soto define al dominio como “la facultad propia de cada cual y el derecho en cualquier cosa, que puede emplear en provecho de sí mismo, para cualquier uso permitido por la ley”, De Soto, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, edición facsimilar de la edición original de 1556, Madrid, 1967, traducción del P. Marcelino González Ordóñez O.P., Instituto de Estudios Políticos, Libro IV, cuestión 1, art. 1.

¹⁰ Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 226.

¹¹ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 159.

¹² Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 227.

¹³ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 145.

disputación 1^o¹⁴. En las primeras disputaciones del libro I, Molina entiende al Derecho de modo tradicional, a partir de la q.57 de la II-II de la Suma Teológica de Santo Tomás. Así, en la disputación 2^o, trata sobre los diversos sentidos de la palabra *ius*, y Molina dice que la palabra es equívoca¹⁵, comenzó por significar “lo justo”, conforme a Santo Tomás de Aquino y la tradición aristotélica y romanista, luego añade el significado de las leyes, sean naturales o positivas en las que se contiene lo justo, apartándose de Santo Tomás, además de considerar el sentido de arte o pericia con que se conoce lo justo, con un ejemplo tomado del Aquinate, el de la medicina¹⁶. Por su parte, la acepción del Derecho como lo justo, se puede entender como conforme a la justicia general y lo justo conforme a la justicia particular. Molina añade especialmente la noción de injuria para referirse a la justicia particular al decir “en el que es lo mismo que lo ecu y opuesto a lo inicuo, que envuelve injuria”¹⁷. Desde ese último sentido, lo justo, emanan las demás acepciones y entre ellas menciona de modo claro, la de derecho como “facultad y potestad que un hombre tiene a algo”¹⁸, al decir, “que alguien usa de su derecho”¹⁹. En eso Molina innova bastante respecto a Santo Tomás.

Molina aquí reconoce al derecho como “lo justo”, el objeto de la justicia, sea en sentido lato que él llama “lo legítimo”, sea en sentido estricto, que llama “lo equitativo” e incluso considera que la cosa justa, es la primera acepción del *ius*, de la que derivan las demás²⁰, lo que llama de inmediato la atención en torno a la supuesta ruptura radical de Molina respecto a Santo Tomás. En cambio, el Derecho como facultad está mencionado en el libro I, pero dice que corresponde a un sentido derivado del Derecho²¹, al indicar que las demás acepciones del Derecho, entre ellas la de *facultas* deriva de la primera acepción del Derecho como lo justo. Sosa Morato destaca que en ningún otro texto del libro I vuelve a aparecer el concepto de Derecho como facultad.

Pero Molina introduce de modo general la noción de *facultas*, y en eso innova y se aparta no solo de Santo Tomás sino de Soto y en parte de Vitoria, y siguiendo una tradición que se remonta a Gerson²² y Summenhart²³, puesto que Vitoria introduce la noción de *facultas* no en sede de definición nominal de Derecho, sino en la definición real, pero en otra sede, en materia de *restitutio* y Soto la trata de modo oblicuo en materia de *dominium*²⁴. Lo novedoso en Molina es que por primera vez introduce la noción de *facultas* al definir en

¹⁴ De Molina, Luis, *De iustitia et iure tomii sex*, Venetiis, 1607; traducción de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, Imprenta de José Luis Cosano, 1963, Libro I, disput. 1^o, núm. 1.

¹⁵ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 145.

¹⁶ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 145.

¹⁷ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro I, disput. 1^o, núm. 3.

¹⁸ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro I, disput. 1^o núm. 4.

¹⁹ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, pp. 146-147.

²⁰ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro I, disput. 2, núm. 1, 3 y 4.

²¹ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro I, disput. 2, núm. 4; Sosa Morato (1985), p. 228.

²² Gerson define al *ius* como “la facultad o potestad inmediata, que conviene a alguien según el dictamen de la recta razón”, en sede teológico-filosófica y no jurídica. Gersonm Iohannes, *Liber de vita spiritali animae*, lección 3, col. 26 A, en Gerson, Iohannes, *Opera omnia*, Antwerpiae 1706, reimpression Hildesheim, 1987.

²³ Para Summenhart, la *facultas* es una *potestas agendi licita*, y la *potestas* es *sive licita sive illicita*, por lo que escoge el género *facultas* como género próximo del *ius*. Summenhart, C., *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, Venetiis, 1580, tratado I, cuestión 1, col. 1.

²⁴ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 147.

general el *ius*. Si bien Carpintero²⁵, ha demostrado que la noción de derecho como facultad era muy anterior y se puede rastrear en fuentes medievales, en general, su sede era teológica, en materias ajenas al *ius*; en cambio Molina lo introduce en un lugar de máxima importancia sistemática, al comenzar el tratado²⁶, en eso Molina sí representa una novedad importante al definir al *ius* como *facultas potestasve*.

Aún más explícito es el esquema en el libro II, en que ya la *facultas* no es un concepto derivado del objetivo de *iustum* sino que es el Derecho como facultad el sentido principal, desplazando lo que dijo de él en el libro I²⁷. Molina para definir al Derecho en la disputación 1º del libro II, no cita ninguna fuente diferente de él mismo, solo menciona escritos anteriores suyos, aunque la noción de Derecho como facultad ya existía. Es en este punto que Molina al definir el Derecho, deja de lado los demás conceptos del libro I y se centra en el Derecho como facultad, que considera especialmente útil de cara a elaborar el sistema de la justicia conmutativa²⁸. Dice Molina así: “Dejando a un lado otras acepciones de la palabra derecho, que hemos explicado en el tratado precedente, disp.II, hay una en particular que ya en parte vimos allí y que nos será más útil para cualquiera de las cuestiones que tratemos sobre la justicia, por lo cual deberemos en este lugar definirla y explicarla un poco más extensamente. Y no conozco una manera más cómoda de definirlo que la siguiente (...)”²⁹. Molina define al Derecho al comenzar el libro II como “la facultad de hacer, obtener algo, o de insistir en ello o de tenerlo de algún otro modo, que, si se contraviene sin causa legítima, se causa una injuria al que la tiene. Por lo cual el derecho en esta acepción es como la medida de la injuria: en cuanto se contraviene y perjudica el derecho sin legítima causa, en tanto se comete injuria”³⁰.

A diferencia de la definición del libro I, aquí la importancia del derecho como facultad es aún mayor, ya no sólo es una más de las acepciones de la palabra *ius*, mucho menos un sentido derivado de lo *iustum*, sino que incluso se dejan de lado los demás sentidos de la palabra *ius* y se concentra única y exclusivamente en la *facultas*³¹, para edificar todo el sistema del resto del tratado *De Iustitia et Iure*.

Sosa Morato³² ha destacado que en esta definición, ya no se repite la idea según la cual, el Derecho en sí mismo es una cosa, doctrina aristotélica y romanista que el Aquinate sostenía en la *Suma Teológica* explícitamente en III, q.85 a.3, ad.1³³ y en la II-II, q.58, a.10,

²⁵ Carpintero, F., *Historia del Derecho natural*, Sevilla, Punto Rojo Libros, 2020, pp. 50 ss.

²⁶ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 147.

²⁷ Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 228.

²⁸ Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 229.

²⁹ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 1, núm. 1.

³⁰ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 1, núm. 1.

³¹ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 148.

³² Sosa Morato, *La noción de Derecho*, p. 230.

³³ “La justicia, como se afirma en V *Ethic.*, dice relación a otro. Ahora bien, aquel a quien se refiere la justicia no es materia de esta virtud, sino más bien las cosas que se distribuyen o se cambian. Por eso tampoco es Dios la materia de la penitencia, sino los actos humanos, mediante los cuales se ofende o se desagravia a Dios. Y Dios es aquel a quien la justicia se ordena. De lo cual se deduce que la penitencia no es una virtud teologal, porque no tiene a Dios por materia u objeto.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, III, q.85 a.3, ad.1, versión web de <https://hig.com.ar/sumat/>, fecha de consulta 1 de diciembre de 2023.

resp.³⁴; la materia de la justicia no es la persona a quien se dirige sino las cosas que se distribuyen o cambian, según Santo Tomás. Al contrario, la cosa pasa a segundo plano, es el objeto de la facultad y es esta la que define el sentido principal del Derecho. Pero Molina no explica por qué el *ius* es una *facultas*, asume sin contravención que es el género próximo de su definición, lo que por cierto han hecho los predecesores como Gerson e incluso Vitoria. Tan sólo analiza los diversos objetos de la facultad³⁵.

Posteriormente, Molina analiza el contenido de la definición de derecho facultad en las diversas facultades que menciona; la *facultas faciendi vel efficiendi*, *facultas obtinendi*, *facultas insistendi vel persistendi*, y la cláusula *aliquo alio modo se habendi*. Junto con incluir situaciones que son auténticamente jurídicas para la concepción romanista clásica, como las acciones mencionadas para el comodato, mutuo, compraventa, etc., se mencionan situaciones que serían consideradas ajenas al *ius*, tales como “caminar en su propia casa o en la vía pública”³⁶. Guzmán Brito ha destacado que “no se trata que los antiguos hayan desconocido la noción de poder: el derecho romano está lleno de poderes; sólo que los antiguos no hacen de los poderes un derecho, ni de la determinación de los poderes el objeto de la ciencia jurídica; como se dijo, el *ius*, en tanto partición justa de ventajas y de desventajas, es delimitadora del poder; el derecho subjetivo, en cambio, lo reafirma”.³⁷ Finalmente, Molina explica la relación del derecho facultad con la injuria, pero no señala el alcance que en sí mismo tiene causar injuria al contravenir una facultad sin causa legítima, sólo explica con diversos ejemplos, que si se contraviene alguna facultad, no necesariamente impide que sea un derecho, si no causa injuria, porque está asistida de justa causa³⁸, ya que contravenir con legítima causa una facultad de alguien, no implica injuria³⁹. El resto de consideraciones y problemáticas discutidas a continuación no son relevantes para el objetivo del presente trabajo.

2. Modernidad y tradición en la escuela jesuita del Derecho

Hasta aquí parece que Molina, es un innovador en la tradición aristotélico-tomista al incorporar en la definición del *ius* propiamente tal la noción de Derecho facultad, que, si bien ya existía con anterioridad a él, hasta entonces no había sido planteada de modo tan claro y

³⁴ “Como se ha dicho antes (...) las otras virtudes morales tratan principalmente sobre las pasiones, cuya rectificación no se considera a no ser en relación al hombre mismo, de quien son las pasiones, en cuanto se irrita o desea como debe según las diversas circunstancias. Y, por tanto, el medio de tales virtudes no se determina por la proporción de una cosa a otra, sino sólo en relación con el mismo sujeto virtuoso. Y además de esto, en estas virtudes el medio es únicamente según la razón con respecto a nosotros. Pero la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción. Y, en consecuencia, el medio de la justicia consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior. Ahora bien: lo igual es realmente el medio entre lo mayor y lo menor, como se dice en X *Metaph*. Luego en la justicia hay un medio real.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, q.58, a.10, resp., versión web de <https://hfg.com.ar/sumat/>, fecha de consulta 1 de diciembre de 2023.

³⁵ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 149.

³⁶ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 1, núm. 2.

³⁷ Guzmán Brito, A., “Presentación”, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p.18.

³⁸ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 152.

³⁹ De Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 1, núm. 2.

en sede sistemática, al ordenar e iniciar el tratado. No obstante, algunos autores como Juan Vallet de Goytisolo⁴⁰ han relativizado el alcance de la novedad molinista, toda vez que Molina aún admite la noción del *suum cuique tribuere* como objeto de la justicia particular según él y elaborar el esquema del libro II en base a la justicia conmutativa, especie de la justicia particular. Más aún, según el mismo autor, Molina no se aparta de la tradición del *ius commune* y los juristas castellanos en la forma de plantear los temas jurídicos, aunque reconoce Vallet que “a partir del concepto que del derecho subjetivo él da, afina el de otras figuras jurídicas, como las de *ius in re*, y el *ius ad rem*, o derecho del acreedor de una cosa, anticipándose al conceptualismo del siglo pasado y de comienzos de éste”⁴¹. Incluso, la facultad en Molina, según Vallet, no es un concepto comparable al de los nominalistas, porque ésta deriva del derecho y se tiene en razón del mismo, no es que el derecho derive de la facultad, por lo que la definición molinista no es un poder de la voluntad ni un atributo de la ley positiva, que caracterizan a la dualidad del concepto moderno de Derecho, entre la facultad individual y la ley positiva.

Por el contrario, Molina considera a la facultad como una consecuencia y en relación a la justicia conmutativa respecto de los bienes exteriores⁴². En Molina aún hay una concepción del derecho natural según la cual, éste designa las exigencias objetivas que dimanen de la naturaleza de las cosas (*natura rerum*), siendo este derecho “lo que es justo conforme la misma naturaleza de la cosa”, de modo que en este punto, es fiel a Santo Tomás. Su concepto de derecho subjetivo, depende de la noción de *natura rei*⁴³. A mayor abundamiento, podemos señalar que, si Vallet tiene razón, Molina simplemente habría hecho un desarrollo legítimo del concepto aristotélico-tomista de Derecho, utilizando la herramienta de la analogía para concebir al Derecho como facultad, sin perder de vista que lo principal es lo justo.

Por contraste, Villey⁴⁴ y Cores Helguera⁴⁵ han resaltado la ruptura que significó Molina en el concepto de Derecho, por la fuerte importancia e impronta que en su sistema tiene la libertad, tanto en el ámbito teológico de la salvación, en pugna con el protestantismo y la predestinación calvinista; como en el ámbito jurídico y especialmente, contractual. Villey ha resaltado que en Molina, la idea de *natura rei*, tiene un potencial de secularización en el Derecho, no menos que la famosa propuesta de Grocio de un derecho natural incluso si Dios no existiera (*etiamsi daremus non esse Deum*). En efecto, según Villey, esta idea molinista, a diferencia de Santo Tomás, hace abstracción de Dios para la ciencia del Derecho, para aquel, Dios era el fundamento del derecho natural, si bien el conocimiento del Derecho se extrae de

⁴⁰ Vallet de Goytisolo, J., *Metodología de la determinación del Derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 1994, p. 406.

⁴¹ Vallet de Goytisolo, *Metodología*, p. 407.

⁴² Vallet de Goytisolo, J., *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos de mismo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, pp. 45-46.

⁴³ Vallet de Goytisolo, *Metodología*, pp. 404-406.

⁴⁴ Villey, M., *A formação do pensamento jurídico moderno*, Sao Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., trad. Claudia Berliner, segunda edición, 2009, pp. 368 y 370.

⁴⁵ Cores Helguera, C., *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra De contractibus de Pedro de Oñate S.J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Comillas, 2014, disponible en educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=EKoRMG20w20%3D, p.179.

la observación de la naturaleza, en ésta hay un orden natural que procede de Dios y las luces de la fe cristiana permiten perfeccionar la ciencia del Derecho natural. Mientras que en Molina y en general los jesuitas de la neoescolástica española, por exceso anti-protestante, tenderían a cierto racionalismo que seculariza el derecho natural y anticipa la Escuela moderna del Derecho natural⁴⁶. Lo anterior puede ser controvertido sosteniendo que el fin principal de la inserción del Derecho y los intercambios del tráfico jurídico en el ámbito teológico, en especial el Derecho de contratos, es traer las acciones humanas al supremo juicio de la teología, la *scientia rectrix*, y con ello, aplicando el Derecho natural, como materia propia del juicio divino⁴⁷. Es decir, lejos de una intención secularista, el Derecho de la neoescolástica busca reforzar la presencia del juicio divino mediante el Derecho natural.

Pero, comentando el contexto teológico de tradición y reforma en torno al Derecho de contratos en la escuela jesuita, Cores Helguera, ha enfatizado el fuerte impulso a la libertad del hombre en la doctrina jesuita, cuya máxima representación y fundamento es teológico, la *Concordia Liberi Arbitrii cum gratiae donis* del mismo Luis de Molina. Este libro versa sobre el complejo problema teológico llamado “polémica de *auxilis*”, la relación entre la gracia divina y la libertad humana, y pretende ser una respuesta a la Reforma protestante. Pero a nosotros nos interesa destacar no la enrevesada discusión teológica sino la influencia de una idea de libertad que parece más moderna que medieval ya, en el Derecho de contratos. En aquella obra, en lo pertinente, Dios crea el mundo y al hombre conforme al dogma de fe cristiano, pero todo el ámbito de actuación humana temporal, opera mediante causas segundas que se desarrollan sin intervención directa de Dios, dando a todos la gracia suficiente para salvarse, pero dotando de cierta autonomía de lo temporal al orden de cosas humano, incluyendo al Derecho⁴⁸. En materia contractual, tanto en Molina⁴⁹, Lessius⁵⁰, Oñate⁵¹ y otros autores contemporáneos, se hace descansar de modo radical sobre el libre consentimiento, no menos que en cualquier otro autor del racionalismo protestante o laico⁵². En especial, preparan las bases de la moderna teoría general del contrato, al ser sobre todo Molina y Lessius, seguidos directamente por Grocio y por tanto fuente directa de la escuela del Derecho natural racionalista. Tanto así que Grocio es considerado el sucesor inmediato de Molina en la formación histórica de la teoría general del contrato⁵³, y es sabido, como Grocio juega un rol preponderante en la formación de dicha teoría y como tal, antecedente directo de la codificación a través de su posterior influencia en Domat y Pothier. Más aún,

⁴⁶Villey, *A formação*, p. 372.

⁴⁷ Decock, W., *Theologians and Contract Law. The moral transformation of the Ius Commune (ca.1500-1650)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 27-28, 55-56; Decock, W., “From Law to Paradise. Confessional Catholicism and Legal Scholarship”, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck Instituts für europäische Rechtsgeschichte* 18 (2011), pp. 12 ss.

⁴⁸ Cores Helguera, *El origen histórico*, p. 179.

⁴⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 11.

⁵⁰ Lessius, Leonardus, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus*, Antverpiae, 1621, Libro II, Cap.17, dub. 4, núm. 19.

⁵¹ De Oñate, Pedro, *De contractibus tomi tres*, Roma, 1646, Tomo I, Tratado I, disp.1., sección 5, n°62

⁵² Cores Helguera, *El origen histórico*, pp. 181-182.

⁵³ Guzmán Brito, A., “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, *Revista de Estudios Histórico-Dogmáticos* 23 (2001), p. 334; Guzmán Brito, A., “Los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, (A. Guzmán Brito, ed.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, p. 89.

también es antecedente, en cuanto Grocio difundió y popularizó las doctrinas jesuitas del Derecho de contratos en el siglo XVII⁵⁴.

En Molina y la escuela jesuita, ya está afirmada plenamente la libertad del hombre, que en el caso de las corrientes aun religiosas como el Derecho natural jesuita, se sustenta en el orden divino, pero en el iusnaturalismo laico, se seculariza radicalmente esa vinculación. Allí está la diferencia radical entre los conceptos de la escolástica jesuita y el Derecho natural racionalista, la secularización de conceptos teológico-jurídicos tan típicos de la neoescolástica⁵⁵. Wim Decock señala que el origen de la libertad de contrato en estos autores, procede de la reflexión jesuita sobre la relación entre Dios y el hombre, creado a imagen de Dios con poder para dominar el mundo y enfatizando una noción cuasi propietarista del Derecho, anticipándose a Locke⁵⁶. Cores llega a llamar a esta teoría jesuita de la libertad contractual, como una “asombrosamente liberal” al desarrollar la idea de promesa centrada en la libertad, el consensualismo y el puesto del individuo como legislador privado. Pero todo partiendo desde fuentes teológicas de la acción humana libre, del hombre como dueño de sus bienes y sus acciones, y la doctrina del fuero externo versus el fuero interno de la conciencia⁵⁷, en ese sistema de teología moral. Ya muchos elementos del Derecho liberal e individualista del Código Civil de Napoleón, están presentes en los tratados jesuitas del contrato, anticipando la llamada teoría clásica del contrato, culminada ya hacia la época de la codificación. En ese sentido, la neoescolástica jesuita es la consumación de la escolástica, su culminación y quizás incluso, su destrucción⁵⁸. Pero hay una diferencia importante, Gordley ha destacado que, pese a que la estructura del Derecho de contratos mantiene muchos vínculos con la escolástica jesuita, en estos autores todavía hay un fuerte énfasis en el equilibrio contractual y la justicia conmutativa, muy lejos del voluntarismo decimonónico y la idea corriente de autonomía de la voluntad⁵⁹. De modo aún más general, las obras de los neoescolásticos, en particular Molina, tienen una filosofía aristotélico-tomista y por primera vez en la historia forman la síntesis completa entre la filosofía clásica y el Derecho Romano, de modo mucho más acabado y sistemático que los dispersos esfuerzos de la jurisprudencia medieval. El Derecho moderno, ya abandonando poco a poco la escuela del Derecho natural racionalista, rechazará los fundamentos filosóficos aristotélicos y en su lugar mantendrá una idea voluntarista del Derecho o ningún fundamento expreso⁶⁰, aunque en general, dentro de la filosofía jurídico-política del liberalismo.

3. Planteamiento del problema: derecho subjetivo y teoría general del contrato en Luis Molina

⁵⁴ Gordley, J., *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1991, p. 80.

⁵⁵ Sobre la secularización del Derecho, vid., Dilcher, G., Vallauri, L. (eds.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Per la storia del pensiero giuridico moderno N°12, Baden-Baden/Milano, 1981.

⁵⁶ Decock, W., “Jesuit freedom of contract”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 77 (2009), p. 436; Decock, *Theologians and Contract Law*, pp. 77-82.

⁵⁷ Cores Helguera, *El origen histórico*, p. 184.

⁵⁸ Cores Helguera, *El origen histórico*, p. 185.

⁵⁹ Gordley, *The philosophical origins*, pp. 93-94; Decock, *Theologians and Contract Law*, pp. 507 ss.

⁶⁰ Gordley, *The philosophical origins*, pp. 69-71.

Es en este punto, es que nos encontramos con una interrogante preliminar, la cual nos guiará a la pregunta central del presente artículo. Si Molina fue un innovador, que introduce la noción de Derecho como facultad en el ámbito estrictamente jurídico y no ya en el ámbito más bien teológico, y define al Derecho mismo con énfasis en la *facultas*, ¿se ve reflejado el concepto de Derecho facultad, en el ámbito estrictamente técnico-jurídico? A esa pregunta preliminar, podríamos responder de modo afirmativo, en primera instancia, con Guzmán Brito, quien sostuvo la centralidad del concepto de Derecho facultad al analizar la estructura del tratado *De Iustitia et Iure*, que pretendía ser una exposición completa del Derecho en su época, aunque conectado con una perspectiva teológica y moral como era esperable de un jesuita neoescolástico⁶¹. La estructura de la obra se sustenta en una suerte de prefacio contenido en las primeras disputaciones, en que se declara que su tema central es la justicia, y se define al Derecho de la manera que vimos. El tratado se divide en seis libros, que versan sobre la justicia en general y sus clases, luego la justicia conmutativa sobre los bienes externos (*bona externa*), la justicia conmutativa sobre los bienes del propio cuerpo (*bona corporis*), y de las personas que viven en sociedad, la justicia conmutativa sobre la fama y el honor y los bienes espirituales, el juicio y la ejecución de la justicia por las autoridades públicas y finalmente la justicia distributiva⁶².

Lo que nos interesa, es el libro II, sobre la justicia conmutativa relativa a los bienes exteriores, que sería el Derecho Civil patrimonial de hoy y cuyo punto de partida es el *ius* definido como *facultas* en la disputación 1º y dividido en *ius in re* y *ius ad rem* en la disputación 2º. El *dominium* pasa a formar parte del concepto de *ius in re* y se vuelve el hilo conductor del libro II⁶³. El Derecho Privado, aparece distribuido, ordenado y sistematizado, por primera vez como un sistema a cuya cabeza y como principio rector está la noción de derecho facultad de modo general, rechazando explícitamente las demás nociones de Derecho. Molina le asigna al Derecho facultad la noción central, ordenadora y sistematizadora de todo el Derecho Privado, lo que constituye en esto sí, una completa novedad⁶⁴. Si bien Vitoria trazó de modo elemental y breve, un modelo de Derecho Privado fundamentado en el dominio considerado como derecho facultad, en el libro II del *De Iustitia et Iure*, por primera vez hay un completo y omnicompreensivo sistema de Derecho Privado que supera a Vitoria, sustentado en el Derecho facultad⁶⁵. Hasta entonces existían fijaciones jurisprudenciales del Derecho, como la *Magna Glossa* de Accursio⁶⁶, y el sistema de las *Institutiones* gayano-justinianeas, sin perjuicio del entero *Corpus Iuris* de Justiniano, pero en estos modelos no es posible hallar una noción de Derecho facultad al menos como sistema estructural y unificador del modelo⁶⁷, incluso, se sostiene que no existiría en absoluto como

⁶¹ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 159.

⁶² Guzmán Brito, "Causa del contrato", p. 331.

⁶³ Guzmán Brito, "Causa del contrato", p. 331.

⁶⁴ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, pp. 159-160.

⁶⁵ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 159.

⁶⁶ Guzmán Brito, A., *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto, sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, p. 45.

⁶⁷ No obstante, Francisco Carpintero ha demostrado que pese a no ser un concepto jurídico operativo, en el *ius commune* medieval había fuertes indicios de lo que sería la modernidad jurídica, sin que hayan sido desarrollados aún, pero estaban en potencia. Vid, Carpintero, F., *Historia del Derecho natural. Un ensayo*, México DF, UNAM, 1999, *passim*.

noción jurídica el concepto de Derecho facultad, a lo más existirían trazas de la natural subjetividad humana, que no alcanza a constituir un concepto de Derecho facultad⁶⁸. Molina va más allá de la noción del Derecho imperante en el Derecho Romano clásico y el *ius commune*, esto es, un concepto de Derecho como la cosa justa objetiva, heredado de la tradición aristotélica y los juristas clásicos⁶⁹ y pretende edificar todo un sistema de Derecho Privado con base en la *facultas* como categoría ordenadora y central.

Pero es justamente en este punto donde se plantea el objetivo general del presente artículo y la pregunta investigativa. Si bien la noción de Derecho facultad fue introducida por Luis de Molina al comenzar el libro II del tratado *De Iustitia et Iure*, como la definición principal del Derecho incluso, nos preguntamos, si acaso es posible o no, sostener que en la parte dedicada a lo que hoy se entiende como “teoría general del contrato” contenida en las disputaciones 252 a la 259 de la parte conocida como *De Contractibus* del libro II del tratado *De Iustitia et Iure* del jesuita Luis de Molina, la noción de Derecho facultad que él incorpora, resulta operativa y efectiva para configurar el Derecho de contratos. Nuestra hipótesis es que el Derecho como facultad en la “teoría general del contrato” de Molina, no es una noción operativa y que configure un sistema de derechos subjetivos o *facultates*. Sí en cambio, le da ordenación sistemática a la teoría general del contrato en el esquema completo de la justicia conmutativa que estudia el libro II. Por lo que no se podría decir que en Luis de Molina ya exista el Derecho facultad como noción estructurante que configura el Derecho de contratos en su dinámica interna, área en la que pese a existir importantes innovaciones, como veremos, permanece bastante medieval o “conservador” si se quiere.

La metodología planteada consiste en un estudio de las disputaciones 252 a 259 del Libro II del Tratado *De Iustitia et Iure* de Luis de Molina en lo pertinente, que aborden aspectos centrales de lo que hoy se conoce como teoría general de contrato, para buscar discernir la existencia o inexistencia de una noción operativa y unificadora del Derecho como facultad, para entender el Derecho de contratos. No se estudiarán otras cuestiones relativas a la formación del contrato y la teoría de las *promisiones*, para acotar el análisis al problema del concepto de contrato, los contratos nominados e innominados, el pacto nudo y el pacto vestido, que dicen relación con el núcleo de la teoría general del contrato, al menos en la época de Molina. El problema de la formación del contrato que se estudia en las disputaciones 262 y siguientes, parece más ajeno al concepto de contrato mismo. La respuesta que pretendemos obtener solo nos dirá algo sobre la teoría general del contrato, no sobre cómo podría operar el Derecho facultad en otros conceptos de la obra moliniana, incluyendo aspectos particulares del Derecho de contratos. Previo a lo cual, diremos algo sobre la noción romanística y aristotélica del *ius*, con el objeto de plantear el marco conceptual sobre el cual la jurisprudencia romanista medieval se movía y tenerlo presente como elemento de análisis para entender en qué medida está o no está el Derecho como facultad en el tratado *De Contractibus* de Luis de Molina.

4. La concepción aristotélico-romana del *ius/dikaion*

⁶⁸ Guzmán Brito, “Presentación”, pp. 16-18.

⁶⁹ Villey, *A formação*, pp. 70-74.

Que el concepto de *ius* en Roma no tenga nada que ver con la *lex*, incluso hasta que son contrapuestos, es algo en general pacífico, al menos hoy, el concepto de Derecho en Roma es algo muy ajeno al normativismo que entiende al Derecho como un conjunto de leyes. Schultz decía en ese sentido, que el pueblo del Derecho (los romanos) “no es el pueblo de la ley”⁷⁰. Pero la cuestión es más compleja en torno a la cuestión de la existencia o inexistencia del concepto de Derecho facultad en el Derecho Romano. Una conocida pugna entre Villey y Pugliese marcó la discusión académica sobre la presencia del Derecho subjetivo en los textos romanos⁷¹.

El problema es grande, pues en la mentalidad jurídica moderna, el Derecho subjetivo se configura como un *prius*, y la categoría primaria del ordenamiento, un elemento indiscutible. Hay ríos de tinta sobre esta polémica y solo podemos indicar algunas referencias bibliográficas para ahondar en la cuestión⁷², aquí nos limitaremos a indicar algunas ideas generales sobre este problema para concluir con la noción clásica y objetiva del *ius*. De modo que estamos condicionados a entender el Derecho desde categorías modernas, y como es sabido, son actitudes filosóficas muy diferentes las que guían el pensamiento jurídico antiguo y el moderno. Carpintero ha destacado como la modernidad pretende reducir lo múltiple y diverso de la realidad en categorías abstractas que acojan la mayor cantidad de situaciones, a riesgo de que pierdan su identidad y se empobrezca la realidad⁷³. Por el contrario, los juristas romanos y medievales buscaban “estudiar cada cosa (*rerum notitia*) y más exactamente lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*) para descubrir lo que cada una es en un mundo armoniosamente ordenado; su estatuto, su propia situación, *ius suum*, su lugar en el todo”⁷⁴. Y es sabida, la repulsa romana a realizar definiciones generales, teorías generales, sistemas, etc. El Derecho Romano es muy concreto, no se funda sobre nociones abstractas sino

⁷⁰ Schulz, F., *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, trad. Manuel Abellán Velasco, 1990, p. 28; Vallet de Goytisolo, *Metodología*, pp. 31-32.

⁷¹ Villey, M., “Los orígenes de la noción de Derecho subjetivo”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 25-57; Villey, M., “*Suum ius cuique tribuens*”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 61-70; Villey, M., “Las Instituciones de Gayo y la idea de Derecho subjetivo”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 71-99; Villey, M., “Acerca del sentido de la expresión *ius in re* en el Derecho romano clásico”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 101-123; Villey, M., “El *ius in re* del Derecho romano clásico al Derecho moderno”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 125-148; Pugliese, G. 1952, “*Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*”, *Studi in onore di V.Arangio-Ruiz*, Vol. III, Napoli, Jovene, 1952, p. 223-260; Megías, J.J., “El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romano”, *El derecho subjetivo en su historia*, (Carpintero, F., Megías, J.J., Rodríguez Puerto, M. y De Mora, E.(eds.), Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, p. 17.

⁷² Villey, M., *El Derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Marcial Pons, trad. Oscar Corres, 2019, pp. 75-105; Tierney, B., “Natural Law and Canon Law in Ockham’s Dialogus”, *Aspects of Late Medieval Government and Society. Essays presented to J.R.Lander*, (Rowe, J.G.(ed.), Toronto, University of Toronto Press; Tierney, B., “Villey, Ockham and the origins of individual rights”, *The Weightier matters of the Law. Essays on Law and Religion* (White, J. y Alexander F.S. (eds.), Atlanta, 1988; Tierney, B., *The idea of natural Rights. Studies on natural Rights, natural Law and Church Law 1150-1625*, Grands Rapids, William Eerdmann Compan, 1997.

⁷³ Carpintero, F., *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Colex, 2000, pp.243-244; Carpintero, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 251 ss.

⁷⁴ Vallet de Goytisolo, *Metodología*, p. 48.

relaciones sociales que son reconocidas por los juristas, con base en la *naturaleza*, desde la que se extrae el Derecho.

Debemos estudiar el Derecho Romano, en todo lo posible, conforme a las categorías que los juristas romanos usaban y no amoldar los conceptos romanos a las categorías modernas, a lo más con fines didácticos y expositivos, pero para la *scientia* es preferible adoptar una actitud que pretenda conocer el Derecho Romano, tal como aparece a los ojos de los juristas romanos, en sí y no al modo arquetípico de un “Sistema del Derecho Romano actual”.

Partiendo de esa premisa, podemos sostener que en la filosofía del Derecho Romano clásico y del *ius commune*, en opinión de Michel Villey⁷⁵, sustentadas en la filosofía y la metafísica de Aristóteles, más allá de los elementos estoicos que estarían sintetizados o matizados por el aristotelismo⁷⁶; se puede encontrar una riquísima concepción jurídica que pone el énfasis en la *ipsa res iusta*, y no en las facultades del individuo; es el Derecho Natural, que no se confunde con el moderno moralismo iusnaturalista (de hecho, en esta filosofía se diferencia el Derecho de lo estrictamente moral). En Aristóteles, se parte de la base de la unidad del ser, a diferencia del dualismo cartesiano moderno y las filosofías que siguieron, dualismo que divide *res cogitans* y *res extensa*, trayendo la separación de cultura (“espiritual”) y naturaleza (“física”), del ser y el deber ser. Mientras que, en Aristóteles, la naturaleza es una noción unitaria, se percibe toda la sustancia integrada de materia y forma, dinámica y no inerte, en estado de pasar desde la potencia al acto, aproximándose a una forma perfecta, que es su *telos*, aunque de ordinario, sea imperfectamente “actualizado”. En el ser, en las cosas, se hallan incluidos el bien y los valores, *bonum est in re*, en la *physis* aristotélica está el Derecho que se descubre en cada relación concreta⁷⁷. La consecuencia jurídica de esta metafísica es que el Derecho no es un sistema de normas ni de derechos subjetivos del individuo, sino “una cosa de la naturaleza, una realidad, una *res*”. El Derecho se da en una relación, es una proporción observada en un grupo social, de los bienes repartidos entre las personas.

A mayor abundamiento, el concepto romano clásico del *ius*, resulta evidente que no debe confundirse con lo que hoy se entiende por Derecho objetivo, el conjunto de leyes. En sentido estricto, significaba “lo justo”, sea en el sentido preciso de la *ipsa res iusta*, la misma cosa justa, o en un sentido un poco más amplio del orden y *auctoritas* de los jurisprudentes, que formulaban las *responsa* en cuanto sabían de lo justo⁷⁸. Las clasificaciones del Derecho que fueron recogidas por Justiniano, *ius naturale*, *ius gentium* *ius civile*, *ius praetorium*, *ius honorarium*, etc., todas tienen una connotación objetiva. El Derecho expresa una medida de lo justo en nuestras relaciones con los demás, y es independiente de los intereses particulares, es algo objetivo que se nos debe o que debemos a alguien, es una realidad que es debida a

⁷⁵ Para todo lo que sigue, véase la bella exposición del concepto aristotélico-romano del *Ius* en Villey, *El Derecho*, pp. 47-84.

⁷⁶ Villey, M., “Deux conceptions du droit naturel dans l’Antiquité”, *Revue historique de droit français et étranger* 31 (1953), pp. 475 ss.

⁷⁷ Villey, M., *Compendio de filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona, EUNSA, trad. De Luis Horno Liria, 1981, pp. 135-147.

⁷⁸ Megías, “El subjetivismo jurídico”, p. 18.

otro según una relación de igualdad⁷⁹. Schouppe en el mismo sentido ha dicho que el Derecho es una cosa que se debe en justicia, y esa calidad de ser debida es lo que convierte a la cosa misma en derecho⁸⁰.

Analizando las definiciones romanas del Derecho, Villey sostiene que los compiladores del Digesto reunieron en el título I, llamado *De Iustitia et iure*, todo lo sustancial de las introducciones a los manuales de la época clásica⁸¹. Así, la referencia de Ulpiano en D.1.1.1, tras lo cual viene la célebre definición de Celso: “Conviene que el que haya de estudiar el Derecho, conozca primero de donde proviene la palabra *ius*. Llámese así de justicia(*iustitia*), porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo (*ars boni et aequi*)”. Del mismo modo, la explicación de Paulo acerca de los diferentes sentidos de la palabra *ius*, modelo que seguirá la explicación escolástica y del *ius commune*, incluyendo como vimos, a Molina. Paulo, para definir al Derecho, señala en D.1.1.12: “la palabra Derecho(*ius*) se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que es siempre justo y bueno (*id quod semper aequum ac bonum*), como es el Derecho natural, otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el Derecho civil; y no con menos razón se llama Derecho, en nuestra ciudad, al Derecho honorario. Se dice también que el pretor aplica el Derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, claro está, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que el pretor debería hacer. Se llama Derecho, en otro sentido, al lugar en que se aplica el Derecho, dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace”.

Villey concluye que ni los juristas romanos, al definir el Derecho, ni los glosadores que comentaron estos textos en la Edad Media, concibieron al Derecho como facultad, al menos al definirlo y conceptualizar el Derecho en cambio presentan mucha de la influencia del concepto griego y aristotélico de *dikaion*⁸². Parece bastante convincente Villey al explicar cómo en la parte introductoria de la exposición del Derecho, la omisión del sentido subjetivo de facultad evidencia que no se haya tenido en cuenta dicha noción como eje estructural. Se pregunta Villey, ¿habrá sido una omisión de los compiladores? Pero es una opción poco plausible, aunque no descarta, en el mismo sentido que estudiosos como Megías y D’Ors⁸³ que, en la época tardía y postclásica, la noción subjetiva de Derecho haya tenido algún alcance. Tampoco los juristas medievales comprendían al Derecho en el sentido de facultad, y que se haya omitido esta noción en las grandes exposiciones del Derecho medieval, no es débil argumento, a lo más, el Derecho como facultad pudo tener lugar como una noción muy secundaria y poco clara y menos aún conceptualizada y que estructura al completo sistema del Derecho⁸⁴. Las definiciones pretendían ser exhaustivas, al menos para la enseñanza y exposición del Derecho, y es notable que en la *Glossa Ordinaria* de Accursio a D.1.1.11⁸⁵,

⁷⁹ Megías, “El subjetivismo jurídico”, p. 19.

⁸⁰ Schouppe, “La concepción realista”, p. 623.

⁸¹ Villey, “Los orígenes”, p. 32.

⁸² Villey, “Los orígenes”, p. 33.

⁸³ Megías, “El subjetivismo jurídico”, pp.32-34; D’Ors, Á., “Aspectos objetivos y subjetivos del ‘ius’”, *Nuevos papeles del oficio universitario* (Á D’Ors, ed.), Madrid, Rialp, 1980, pp. 280 ss.

⁸⁴ Villey, “Los orígenes”, pp. 34-35.

⁸⁵ Accursius, *Glossa Ordinaria in Digestum Vetus*, Venetiis, 1606, glosa a D.1.1.11 (“*Ius pluribus modis dicitur...*”).

no se agregue nada al pasaje de Paulo, ni por asomo aparezca el sentido de Derecho como facultad.

No obstante, Azo al comentar las *Institutiones* enumera quince significados diferentes, entre los que destacan la *aequitas constituta*, *ars boni et aequi*, *locus in quo fit*, *constitutio pertinens ad aequitatem*, *iuris ratio*, etc.⁸⁶, aunque de modo muy circunstancial en la última definición, en el último lugar, habla de la potestad o poder, sin que tenga influjo en la estructura del sistema en su conjunto⁸⁷. Lo anterior, no niega la posibilidad de que fuera del Derecho Romano, en el Derecho Canónico, haya surgido una noción de Derecho facultad, más conectada con el principio de la libertad cristiana que manejaba la teología, como sostiene Brian Tierney⁸⁸, especialmente a partir del nominalismo y la escuela de París del siglo XV, cuyos precedentes serían anteriores a Occam, a contrario sensu de lo sostenido por Michel Villey. Es un tema complejo, ¿Acaso el jurista Azo habrá recibido influencia del Derecho Canónico, si este es el lugar de origen de la noción de Derecho facultad y hasta qué punto? No pretendemos responder esa pregunta, solo plantearla por ahora. Lo que parece indudable, es que se fue consolidando poco a poco, por fuera del Derecho Romano medieval, especialmente en la Teología, una noción subjetivista de Derecho *sea o no* anterior a Occam, del mismo modo, que el impacto de la polémica de la pobreza franciscana sí marcó un antes y un después en la historia del pensamiento jurídico-filosófico, más allá del alcance de la tesis de Villey, que ha sido materia de mucha controversia⁸⁹.

Con todo, a la misma conclusión, de la ausencia en el Derecho Romano clásico, de una noción subjetivista del Derecho, llegan Schouppe⁹⁰ y Megías⁹¹. Pero el último deja abierta la discusión en torno a Gayo, que es un tema aún más complejo⁹², quizás en Gayo puedan existir ciertos precedentes aún no sistematizados y que tendrán que esperar varios siglos para formar una filosofía completa del Derecho facultad. Es una cuestión abierta, nuevamente, en la que este artículo no pretende entrar.

⁸⁶ Azo de Bolonia, *Summa Institutionum*, edición de André Gouron, Frankfurt, 2008, *in principio*.

⁸⁷ Azo de Bolonia, *Summa Institutionum*, “a veces se usa como potestad, cuando se dice que alguien es sui iuris” (*quandoque ponitur pro potestate, ut com dicitur sui iuris est*); Villey, “Los orígenes”, p. 46.

⁸⁸ Tierney, *The idea of Natural Rights*, *passim*.

⁸⁹ Defendiendo la idea que ciertos aspectos de la tesis de Villey han sido superados o son discutibles, reconoce que Villey tiene un punto completamente acertado al marcar la diferencia de concepción jurídica y filosófica entre el mundo antiguo-medieval y la modernidad, entre el Derecho entendido como *ius/dikaion* o como *facultas*, y además, frente a las matizaciones que hace Tierney de la importancia de Ockham, resaltando su importancia, vid. Widow, F., “Los orígenes de la noción moderna de Derecho subjetivo. ¿Ha sido superada la tesis de Michel Villey?”, *Forum. Supplement to Acta Philosophica* 5/2 (2009), pp. 1007-1022. En un sentido similar, cuestionando los excesos a que habría llegado Brian Tierney, y reafirmando la importancia de Ockham, no tanto como creador del concepto de Derecho subjetivo, sino como el creador de una concepción *nominalista* del Derecho subjetivo y por tanto, contraria a la filosofía clásica, vid. Casanova, Carlos, “Guillermo de Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos”, *Cauriensia* 11 (2016), pp. 113-140.

⁹⁰ Schouppe, “La concepción realista”, p. 564.

⁹¹ Megías, “El subjetivismo jurídico”, pp. 28-30.

⁹² Robleda, O., “El Derecho subjetivo en Gayo”, *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, Giuffrè, 1972, p.7-17; Guzmán Brito, A., “La influencia de la Filosofía en el Derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica(examen crítico)”, *Anuario de Filosofía jurídica y social* 13 (1995), pp. 140-144; Guzmán Brito, A., *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el Derecho positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, *passim*; Villey, M. “Las Instituciones de Gayo”, pp. 71-99.

Por su parte, en el mismo sentido de la jurisprudencia romanista medieval, Santo Tomás, al comentar el significado del *ius*, en la q.57 de la II-II, artículo 1⁹³, lo define como la *ipsa res iusta*, como sentido propio y en sentido derivado, el arte con que se discierne lo que es justo e incluso el lugar donde se administra el Derecho, así como la sentencia dada por el juez, en lo que no hace sino remitirse a la doctrina de Paulo. La ley, es solo cierta medida y razón del Derecho, no es el Derecho, para Santo Tomás⁹⁴. Schouppe y Hervada, han destacado como en la doctrina de Santo Tomás, que recogía la filosofía y práctica del *ius commune*, no hay asomo de la noción de Derecho facultad⁹⁵.

No compartimos la postura de quienes tratan de buscar en las fuentes romanas una noción subjetiva de facultad e incluso, adscriben el Derecho Romano clásico al sistema completo del Derecho subjetivo y lo interpretan y estudian desde esas nociones. Sin negar que es evidente una faz subjetiva⁹⁶ incluso en una noción tan objetiva del *ius*, nos parece que trasladar un concepto histórico que surge como idea-fuerza, en un contexto histórico y filosófico como el sucedido en Europa tras la crisis nominalista, el nacimiento de la modernidad y del sujeto moderno, a una etapa histórico-jurídica muy anterior; es impropio y camino seguro para distorsionar los conceptos jurídicos romanos. De todos modos, es la postura compartida por no pocos entre los grandes romanistas como Kaser⁹⁷.

5. De Contractibus y el dominium

Una vez planteado el concepto de Derecho que maneja Molina, anunciado el problema y expuesto el concepto de Derecho manejado por la jurisprudencia romanista medieval, corresponde entrar de lleno en la cuestión central del artículo. Molina es un autor capital para la formación de la teoría general del contrato, y dado que hemos visto que hay cierta ruptura en él, al definir el Derecho como facultad, siendo este el sentido principal del Derecho cabe preguntarse hasta qué punto habría sido en verdad una ruptura, al estudiar los

⁹³ “Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de *medicina* se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de *derecho*, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, q.57, a.1, ad.1., versión web de <https://hig.com.ar/sumat/>, fecha de consulta 1 de diciembre de 2023.

⁹⁴ “Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina *ley*; pues la ley es, según Isidoro, *una constitución escrita*. Por lo cual, la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, q.57, a.1, ad.2., versión web de <https://hig.com.ar/sumat/>, fecha de consulta 1 de diciembre de 2023.

⁹⁵ Hervada, Javier, *Compendio de Derecho Natural*, Vol. I, Pamplona, EUNSA, 1980, p. 209; Schouppe, “La concepción realista”, p. 560.

⁹⁶ D’Ors “Aspectos objetivos y subjetivos”, pp. 280 ss.

⁹⁷ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Madrid, BOE, trad. de Patricio Lazo y Francisco Andrés Santos, 2022, pp. 110-115.

fundamentos del Derecho de contratos. Se ha destacado a Molina no tan solo como un precursor más de la moderna teoría general del contrato, sino que la continuación directa de la doctrina y esquema gayano-justiniano de la estipulación, que, según Guzmán Brito, es el primer intento más o menos sistemático para exponer a las estipulaciones como un esbozo de teoría general, aún muy indiciaria y lejos de abarcar la generalidad de figuras contractuales, al contrario, reducida a un solo negocio particular, la estipulación. Aun así, fue muy influyente y en la posteridad será traspasado al contrato, ya está prefigurado en parte el esquema de la codificación⁹⁸. Molina viene a ser el siguiente gran paso en la formación de la teoría general del contrato, saltándose mil años desde Justiniano⁹⁹, dado que la jurisprudencia romanista del *ius commune* si bien formuló ciertos principios e instituciones al glosar y comentar el Derecho justiniano, está lejos de formar aún una teoría general del contrato (al menos en la jurisprudencia romanista, el aporte del Derecho Canónico, fundamental, no es estrictamente romanista pero influenció en buena medida a dicha jurisprudencia *laica*), no obstante, instituciones importante formuladas por ellos, como la distinción *pacta vestita/pacta nuda* y la *causa*, serán usadas para formar dicha teoría¹⁰⁰.

Molina viene a ser una figura capital para la formación del Derecho moderno, si bien partió con un método escolástico de disputaciones y problemas, aparece integrado en un sistema general del derecho, la que desarrolla el esquema justiniano de las estipulaciones. No obstante, Molina hablaba de *promisiones* más que de estipulaciones, pero con ese nombre se refería a éstas, y entiende que la *promissio* es una especie particular de contrato, una donación, lo que es muy diferente de lo sucedido en Derecho Romano, en que la donación era una causa para un negocio y no un negocio mismo, menos un contrato. Pero es de aquí que Grocio tomará fuente importante para las doctrinas que formulará¹⁰¹. Antes que Grocio, Pufendorf, Domat y Pothier, serán los neoescolásticos, sobre todo Molina y Suárez ampliamente estudiados e influyentes en las universidades europeas de fines del siglo XVI y comienzos del XVII. Tan importante fue Molina para la teoría general del contrato, que se ha llegado a comparar, por su amplitud, claridad y método con el tratado de *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de Jean Domat escrito a fines del siglo XVII e incluso al Tratado *Des obligations* de 1761 de Pothier, escritos más de 100 años después del *De Iustitia et Iure* de Molina (1593-1609)¹⁰².

Pero es más discutible la originalidad, en general, Molina expone las doctrinas del Derecho de contratos que en base a las fuentes romanas elaboraron los juristas medievales¹⁰³, aunque, a diferencia de ellos, que la exponían de manera fragmentaria, casuística y dispersa, Molina la sistematiza y estructura en base al Derecho como facultad, según se ha visto ya.

⁹⁸ Guzmán Brito, “Los orígenes históricos”, pp. 82-86.

⁹⁹ Guzmán Brito, “Los orígenes históricos”, p. 86.

¹⁰⁰ Zimmermann, R., *The law of the obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996, pp. 537-553. Véase, además, para enfatizar la importancia del Derecho Canónico en la formación de la teoría general del contrato, Berman, H., *Derecho y revolución. La formación de la tradición jurídica de Occidente*, (México DF, Fondo de cultura económica, 1996, pp. 258-260; Decock, *Theologians and Contract Law*, pp. 121-130.

¹⁰¹ Guzmán Brito, “Los orígenes históricos”, pp. 86-87.

¹⁰² Guzmán Brito, A., “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, (A. Guzmán Brito, ed.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 407-408.

¹⁰³ Guzmán Brito, “La doctrina de Luis de Molina”, p. 408.

Pareciera que de los presupuestos ontológicos e iusfilosóficos del concepto de Derecho como *ius* no era posible hacer una sistematización completa del Derecho, pese a las fijaciones jurisprudenciales como la *Magna Glossa* y la autoridad de Bartolo, no se llegó a nada semejante a la obra que realizó Molina y tras él, Grocio, Domat, Pufendorf y Pothier, entre otros. La compleja estructura del *mos italicus*, de un Derecho casuístico y lleno de contradicciones, que tanta polémica generará en los albores de la modernidad y su polémica contra el *ius commune*¹⁰⁴, fue superada por la fuerza ordenadora, incluso racionalista, del Derecho facultad como eje estructural del Derecho de contratos. Pero, adelantamos, no es evidente que esa categoría esté de modo nítido y preciso en el apartado *De Contractibus* especialmente las disputaciones 252 a la 259 del Libro II del *De Iustitia et Iure* de Luis de Molina¹⁰⁵. No expondremos el esquema completo del libro II, solo mencionaremos que Molina parte tratando el libro II desde el *dominium*, el cual entiende como uno más dentro de la categoría del *ius in re*, a partir de la disputa N°2, en que divide el derecho en la cosa (*ius in re*) y el derecho a la cosa (*ius ad rem*), incorporando el dominio como una categoría más dentro del derecho en la cosa¹⁰⁶, en la que se incluyen las clases de dominio (dominio de jurisdicción y dominio de propiedad, el primero a su vez, eclesiástico y seglar y el segundo, público y privado), pero también otros derechos como el usufructo, uso, habitación, servidumbre, feudo, enfiteusis, etc.

Luego trata de los modos de adquirir y perder el dominio sin intervención de la voluntad del adquirente, tales como ocupación, prescripción, guerra; y luego los modos de adquirir por voluntad del anterior dueño, como el testamento, sucesión intestada, tutela y curaduría, patria potestad y finalmente los modos de adquirir por voluntades recíproca del dueño y adquirente. Aquí es donde entra el contrato en el sistema de Derecho Privado de Molina¹⁰⁷.

El contrato, por tanto, en la sistemática de Molina, es parte de las formas o modos en que se transfiere el dominio por voluntad recíproca del dueño y adquirente, independiente que no todos los contratos tengan efecto dominical y algunos sean de mera tenencia, como el arrendamiento. Hay una noción propietarista del contrato que nos indica desde ya que al considerar el dominio como un *ius in re*, y no con la cosa misma como sucedía en el Derecho clásico, podemos estar en presencia de la noción de Derecho facultad operante en el ámbito contractual.

Molina, al comenzar a discutir sobre los contratos, desde la disputa 252 hasta la 575, parte diciendo “En la disposición 124 de este tratado II de la Justicia, comenzamos a tratar de la transmisión del dominio por la voluntad del dueño anterior; habiendo tratado hasta aquí de las últimas voluntades. Ahora vamos a tratar de los contratos, para explicar hasta qué punto la voluntad de los contratantes transfiere o no transfiere el dominio y los derechos que surgen de cada contrato y cuasicontrato”¹⁰⁸. Este párrafo inicial es de particular importancia porque aquí Molina por única vez entre las disputaciones 252 y 259 hablaría de “derechos”,

¹⁰⁴ Coing, H., “Sobre la prehistoria de la codificación”, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile del 31 de marzo de 1980, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (1983), pp. 250-253.

¹⁰⁵ Para una exposición detallada de la estructura del libro II, véase Guzmán Brito (2009), pp. 165-175.

¹⁰⁶ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 160.

¹⁰⁷ Guzmán Brito, “La doctrina de Luis de Molina”, p. 409.

¹⁰⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 1.

en clara referencia subjetivista. Pero la traducción de Fraga parece aquí no ser tan acertada porque el texto original dice “*Nunc vero de contractibus est disserendum, ut intelligatur quousque contrahentium voluntate transferatur aut non transferatur dominium et quantum iuris ex unoquoque aut quasi contractu comparetur*”. El término preciso es *quantum iuris* y parece más apropiado traducirlo como *cuanto derecho* o *cuanto de Derecho* se adquiera en virtud de cada contrato y cuasicontrato. Parece un sentido muy diferente, es la *ipsa res iusta* aristotélica-romanista, aún. En dicha concepción, no es correcto ni preciso decir *cuantos derechos se adquieran*, sino *cuanto derecho/cuanto de Derecho, se adquiera*. El matiz parece pequeño pero es fundamental. Sería más problemático si dijera el pasaje el plural *iura* que usualmente es traducido por *derechos* en clave subjetiva, lo que ha criticado Villey.

Parece que, hasta aquí, la consideración de Molina como subjetivista jurídico decae. Pero nuevamente, otra objeción a la posición pretendidamente clásica de Molina. Nuestro autor enmarca al Derecho como facultad desde las primeras disputaciones del libro II y en especial habla del *dominium* como una especie dentro del *ius in re*, clasificación que Molina describe en los siguientes términos: “Se distingue un doble derecho, vale decir, *in re* y *ad rem*, y el conocimiento de uno y otro es muy necesario para entender muchas cosas en todo el tratado de la justicia (...). Considero, según mi juicio, que el *ius in re* no puede ser definido de otra manera más ventajosa que si decimos “es el derecho sobre alguna cosa, al cual la cosa misma está sometida”. El *ius ad rem*, en cambio, “es el derecho sobre alguna cosa, a la cual la cosa misma aún no está sometida”¹⁰⁹.

El dominio aquí es uno más de los *derechos reales*, y si bien Molina deja claro que el dominio es más restrictivo que el concepto Derecho, evitando la asimilación entre ambos, el dominio es un derecho, una especie del género *ius in re*. Lo anterior en vista de que Molina sigue la definición de Bartolo del dominio como *ius perfecte disponendi de re corporali, nisi lege prohibeatur*¹¹⁰, tras lo cual Molina señala que el *ius* es un género, que abarca otros derechos(*iura*) diferentes del dominio, como usufructo, uso, habitación, servidumbres y por tanto, el dominio mismo es un derecho (*caeterum in ea pro genere ponitur ius, quod dominium et pleraque alia iura completitur*)¹¹¹. Parece que hasta aquí es claro que Molina se aparta sustancialmente de la jurisprudencia romanista y medieval que considera al *dominium* en oposición a *iura*, el primero se confunde con la cosa misma y no es un derecho abstracto separado de la cosa. Pero luego Molina mismo se cuestiona si el dominio es un derecho y del cual sea una categoría más amplia que aquel, o caso contrario, el dominio es antecedente de la facultad(derecho)¹¹². Es posible que las dudas de Molina, en los albores de la modernidad jurídica, le impidieron responder la duda de modo rotundo, pero según señala Guzmán Brito, habría estado más inclinado a rechazar la consideración del derecho como el género del dominio, una especie de un género mayor. De todos modos, el dominio no sería un derecho, pero si lo sería la facultad de disponer de la cosa¹¹³, con lo que Molina confirmaría que hay un derecho facultad, pero no en el dominio mismo sino en la facultad de disposición,

¹⁰⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 2, núm. 1.

¹¹⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 3, núm. 1; Bartolo de Sassoferrato, *Commentaria*, tomo V, *In primam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1602, ad D. 41.2 (De acquir. poss.), 17.1.

¹¹¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 3, núm. 2.

¹¹² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 3, núm. 5.

¹¹³ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 185.

separando las facultades del dominio¹¹⁴, anticipándose a las concepciones del dominio propias de la modernidad que lo separan en un haz de derechos facultades. Así, “de que el *dominium* no sea una *facultas*, Molina deduce que aquel no es un *ius*, atendido que el *ius* ya estaba definido como una *facultas*”¹¹⁵. No se sabe con precisión que será entonces el dominio, solo serían facultades los atributos de disposición del dominio, no el dominio mismo. Quizás la formación romanista de Molina le impidió romper del todo con esa tradición y de modo incoherente y confuso, siguió considerando al *dominium* como una *res* aunque al darle cabida a la *facultas* en la definición de dominio, la estructura jurídica romanista se desarma y tenemos estas contradicciones.

No obstante todo lo dicho anteriormente sobre el *dominium*, lo cierto es que Molina edifica todo el esqueleto del Derecho de contratos en base a esta categoría, el contrato es tal porque permite transferir el dominio, por voluntad de los contratantes. Parece un eco lejano de la sistemática gayano-justiniana que ubica a todo el Derecho de obligaciones, incluso la herencia, bajo la categoría de *res*. Si tomamos esta lectura posible, la probable influencia del sistema gayano-justiniano de las *Institutiones* en Molina, es posible sostener que Molina si bien definía al *ius* como *facultas*, lo entendía contrapuesto a *res*, entre las que estaba el *dominium* y el *contractus* al interior de éste.

6. Análisis particular de las *disputationes*

La cuestión de que es el *dominium* en la obra de Molina nos dará una pista interpretativa muy relevante para determinar el sentido y alcance, existencia o inexistencia del concepto de Derecho facultad en el *De Contractibus*. Pero ahora corresponde analizar en lo pertinente las disputaciones 252 a la 259, sin entrar en detalles, pues no es objetivo del presente artículo un estudio pormenorizado de cada disputa sino solo en lo que permita dilucidar la presencia del Derecho facultad en la teoría general del contrato.

En la disputa 252, Molina delimita el concepto de contrato, partiendo de la definición del pacto como un concepto más extenso que el contrato y citando a Ulpiano, entiende que el pacto es “el acuerdo y consentimiento de dos o más en una misma cosa”, y la promesa o policitación no aceptada, no es pacto, pero una vez aceptada, tiene naturaleza de pacto¹¹⁶. Aquí llega a la primera definición en sentido estricta de contrato, citando la clásica definición de Labeón como “mutua obligación de dos personas”, un pacto del cual surgen obligaciones recíprocas¹¹⁷. Lo que queda reforzado por los ejemplos que añade, como compraventa, que sería un verdadero contrato, y la donación que no lo sería en sentido estricto (promesa aceptada), porque no surge obligación “en justicia” del beneficiado, y solo se refiere esta definición a la “obligación civil, es decir, aquella a la que el Derecho civil concede acción en el fuero externo”¹¹⁸. El razonamiento de Molina es rigurosamente romanista y clásico, no habla en ningún momento de derechos o facultades que surgen, sino

¹¹⁴ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 3, núm. 5.

¹¹⁵ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 188.

¹¹⁶ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 3.

¹¹⁷ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 4.

¹¹⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 4.

que habla de “obligaciones” y al final refiere a que el Derecho civil concede *acción* en el fuero externo. La obligación “en justicia”, concepto que denota una idea muy objetiva y aristotélica de la *res iusta*, según Molina puede ser simplemente natural, “esto es, la que surge por la misma naturaleza de las cosas sin que el Derecho positivo la anule, pero sin que tampoco la favorezca, por cuanto no le concede acción”, que obliga por la misma naturaleza de las cosas, en el fuero de la conciencia a la restitución, pero no por Derecho positivo civil “para evitar la multiplicación de los pleitos no se le concede acción en Derecho civil ni en Derecho canónico”¹¹⁹. Y además están las obligaciones que aparte de ser naturales, son también civiles, que surgen por la misma naturaleza de las cosas y por el Derecho positivo civil que concede acción contra el obligado¹²⁰. Nuevamente, no se habla en ningún momento de un derecho de crédito, de poder del sujeto, etc. Solo de *obligatio* y de *actio*.

Más adelante, entiende al contrato en sentido más amplio, “pero menos propio”, como “todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes”, categoría en la cual incluye a la donación promisoria pero no a la donación real¹²¹. El contrato aquí es considerado al menos como unilateral, pero no como una categoría que genera derechos y obligaciones recíprocos, sino basta una obligación “en justicia” por al menos una de las partes respecto a otro. El énfasis está en la *obligatio* y no en los derechos facultades que generaría un contrato.

Finalmente, en sentido menos propio aún, Molina entiende por contrato “cualquier pacto, produzca o no obligación”, categoría en la cual incluye ya no solo la donación promisoria sino la donación real también, de mismo modo, la aceptación¹²². Salvo en la introducción a la disputación 252, según vimos, no hay una sola mención a la palabra *facultas* ni términos análogos en disputación.

En la disputación 253, partiendo del concepto de contrato más amplio, lo que denota ya una innovación en el sentido del consensualismo moderno al cual Molina tiende y apunta; divide a los contratos en *nominati e innominati*, división que tenía precedentes en el texto de Ulpiano de D.2,14,7 y D.19,5,5. Los contratos nominados, no se limitan al nombre general de convención o contrato sino que transitan a un nombre propio de contrato¹²³, en cambio, los contratos innominados carecen de nombre propio y específico. Ambas categorías pueden ser bilaterales, y para definirlo Molina no dice que generan *derechos* y obligaciones recíprocas, que es la forma usual de definirlos hoy, sino que entiende que son aquellos en que “una de las partes se obliga para que la otra se obligue recíprocamente, dando lugar por lo tanto a *obligaciones recíprocas*”, correspondiendo a la definición labeoniana de contrato. En tanto los unilaterales no producen obligaciones para ambas partes, cayendo dentro de la segunda y tercera acepción del concepto de contrato expuesto¹²⁴. Resulta llamativo como de modo bastante claro, Molina no recurre al concepto de *facultas* que expone de modo contundente al comenzar el libro II, para definir las posiciones de los sujetos contratantes y solo habla de los contratos en términos estrictamente obligacionales, lo que es al final, la

¹¹⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 5.

¹²⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 5.

¹²¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 6.

¹²² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 252, núm. 7 y 8.

¹²³ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 253, núm. 1.

¹²⁴ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 253, núm. 2.

vieja idea griega del *synallagma* recogido en la definición de Labeón. El contrato no es tanto fuente de derechos como de obligaciones recíprocas, las cuales son accionables y exigibles *en justicia*, es decir, en otros términos, *accionar es ius (ius esto)*, accionar es lo justo en un caso concreto. El Derecho no es la potestad o facultad de demandar en juicio, sino la acción ajustada es el Derecho. A su vez, los contratos bilaterales innominados se reducen a *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*¹²⁵. En los ejemplos indicados, no se menciona la palabra derecho como facultad, una vez más, omitiendo la noción supuestamente principal del Derecho para definir la posición jurídica de los contratantes. Posteriormente Molina discute varios problemas de interpretación y casuística que no son relevantes para nuestro estudio.

En la disputación 254, Molina prosigue con la clasificación de los contratos y habla de los contratos según la sistemática gayana-justiniana, esto es, contratos cuyo origen es *consensu, re, verbis, litteris*. En primer lugar, los contratos consensuales, se perfeccionan por el simple consentimiento mutuo y recíproco, como la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato¹²⁶. Posteriormente, habla de los contratos *verbis*, en los que incluye a la *stipulatio*, que en el Derecho clásico, no era estrictamente un contrato, y señala que, contrario al antiguo formalismo romano “hoy es suficiente que se haga con cualesquiera palabras que signifiquen en cualquier idioma de un modo suficiente que una parte hace su petición y que la otra presta su consentimiento”, remitiéndose a las *Siete Partidas* V, II, 2¹²⁷. Luego habla de diversos supuestos casuísticos y reglas generales que poco importan a nuestro análisis. En ningún momento se remite a la categoría de *facultas* para expresar las relaciones obligacionales y en particular, las estipulatorias.

En una referencia notable para el desarrollo del consensualismo en el Derecho de contratos, Molina cita el Derecho de Castilla, el Ordenamiento de Alcalá, incluido en el Libro III, Título VIII, ley 3 del Ordenamiento de Montalvo y el Libro V, Título XVI, ley 2 de la Nueva Recopilación, según la cual, toda promesa y contrato es válido por el solo consenso, desde que conste y se entienda que una persona se ha querido obligar en favor de otra, con o sin estipulación, con o sin forma, bastando el mero consentimiento, lo que producirá “obligación civil y acción contra el que se obligó”¹²⁸. Una vez más, no hay una *facultas*, sino una *obligatio* y *actio* contra quien se obligó. Molina aquí es innovador y sigue la tendencia impulsada por el Derecho Canónico de otorgar fuerza vinculante al pacto desnudo, que el Derecho Castellano recogió, para evitar ocasión de pleitos y disconformidad entre el fuero de la conciencia y el fuero externo, dice Molina¹²⁹. De los contratos *litteris* y *re*, Molina se limita a repetir las doctrinas clásicas del Derecho Romano, sin hablar en ningún momento de *facultas*, para explicar sus efectos y modo de perfeccionarse. El lenguaje usual es que “surge una obligación civil”, “surgirá una acción”¹³⁰.

En la disputación 255, Molina trata una materia muy importante para el desarrollo del consensualismo y la teoría general del contrato, la doctrina medieval de los *pacta nuda/pacta*

¹²⁵ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 253, núm. 3.

¹²⁶ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 254, núm. 1.

¹²⁷ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 254, núm. 2 y 3.

¹²⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 254, núm. 7.

¹²⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 254, núm. 8.

¹³⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 254, núm. 12, 13 y 14.

vestita, en cuyos alcances no podemos extendernos aquí. Baste señalar, que Molina realiza una notable labor de síntesis de la doctrina medieval, dispersa en muchas fuentes distintas y permite su exposición clara y sencilla. En eso es bastante fiel a la doctrina del *ius commune*, pero hay ciertas novedades. En primer lugar, Molina señala que “los pactos o convenciones a veces producen obligación civil y consiguientemente acción y otras veces no”¹³¹. Una vez que el pacto o convención transita a un contrato nominado, genera obligación y acción, cuando no transitan, no generan ni una ni otra, lo que Molina entiende por contratos innominados¹³². Por excepción, los pactos o contratos innominados, quizás queriendo decir, pactos nudos, generan obligación y acción en tres supuestos. El primero, en el caso de aquellos que reciben *causa*, Molina habla de *factum seu causa*, es decir, son los contratos innominados, una vez que han sido vestidos con la causa o el hecho¹³³. El segundo supuesto, es la *cohaerentia contractus*¹³⁴ de Azo, en otras palabras, si se adjunta al contrato un *pacta in continenti*, nunca un *pacta ex intervallo*, dicho pacto toma el nombre del contrato mismo al que adhiere¹³⁵. El tercer caso, es el *vestmentum legis auxilio* según el cual la propia ley civil otorga valor obligacional directo a ciertos pactos¹³⁶.

Molina aquí pese a no usar nunca la expresión *facultas*, si da cierto indicio subjetivo al hablar de que los pactos o convenciones producen obligación civil y, por ende, acción civil, dando la impresión que la acción y la obligación civil son dos caras de la misma moneda. En este artículo no podemos entrar en la compleja discusión sobre el sentido procesal y civil de la acción, pero de modo sumarisimo, se puede decir que para quienes entienden que en el Derecho Romano clásico hay Derecho subjetivo, la acción viene a tener un significado de Derecho subjetivo, mientras que para quienes lo niegan, la acción romana era simplemente una posición justa reconocida y amparada por el *ius*, en el procedimiento no se reclamaban *derechos* sino cosas, *res*. La acción no sería por tanto “el derecho en pie de guerra”, como la concepción civil de la acción procesal, menos habría un derecho abstracto a pedir la intervención del tribunal, un “derecho a la acción” de tipo procesalista, sino que la acción misma *es lo Derecho (ius esto)*¹³⁷.

Por lo que dejamos entre paréntesis el debate sobre la naturaleza jurídica de la acción romana y su relación con la obligación, sin perjuicio de que quizás es en esa materia donde está la llave a la respuesta sobre el problema de la existencia o inexistencia del Derecho subjetivo en Roma. De todos modos, en Luis de Molina, la obligación no es tratada como cuestión de derechos subjetivos, quien puede reclamar porque tiene facultades para hacerlo, solo se habla de obligación “en justicia” y de una relación muy objetiva, de cosas debidas. Lo mismo en este caso, en la disputación 255. Luego, Molina avanza para definir el concepto

¹³¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 1.

¹³² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 1.

¹³³ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 1.

¹³⁴ Guzmán Brito, *El derecho como facultad*, p. 417.

¹³⁵ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 1.

¹³⁶ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 1; Az de Bolonia, *Summa Codicis, de pactis* (C.2.3).

¹³⁷ Pugliese, Giovanni, *Actio e diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1939, passim; Robleda, O. “La idea del Derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico”, *Bulletino dell’ Istituto di Diritto Romano* 80 (1977), pp. 23-41. En general, sobre esta cuestión de la *actio* y el Derecho subjetivo, véase Megías, J.J., “El Derecho subjetivo en el Derecho Romano. Un estado de la cuestión”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 45-49.

de *pollicitatio* o simple promesa aceptada, que no alcanza a ser un pacto al ser una oferta no perfeccionada por aceptación¹³⁸. Y a continuación define el *pactum nudum*, que es aquel “que ni transita a contrato nominado, ni interviene en él un hecho o causa de parte de uno de los pactantes, y de donde más allá del pacto, el otro resulte obligado, ni adhiere de inmediato a un pacto de este género o a un contrato nominado”¹³⁹. El pacto nudo entonces no pasa a contrato nominado ni está recubierto con una causa, lo que sería un contrato innominado, ni ofrece la *vestimenta* del *pacta in continenti*, respecto de un contrato nominado o innominado. Nuevamente, Molina no habla de derechos ni de facultad, solo habla de obligación y acción para referirse al efecto de los pactos desnudos, que es justamente, no generar ni obligación ni acción civil.

Otras formas de vestir un pacto nudo, son la intervención de estipulación, sería un pacto vestido y produce obligación civil, del mismo modo, si interviene tradición de una parte, el pacto resulta vestido “en razón de la cual, más allá del pacto, aquel que por su parte todavía no cumplió el contrato, permanecería obligado civilmente a aquel que ya cumplió”¹⁴⁰, refiriéndose a la *actio praescriptis verbis* “según la cual, si no cumple la otra parte su obligación en el tiempo debido, puede ser obligada a la indemnización de daños y perjuicios o al cumplimiento; y también una condición o acción para que restituya lo que haya recibido, en cuanto dado por una causa que no ha tenido lugar, pudiendo la parte que cumplió emplear la vía que prefiera”¹⁴¹. ¿Es un derecho subjetivo la elección de la acción correspondiente? La respuesta dependerá de cómo se entienda la naturaleza jurídica de la *actio* en el Derecho Romano clásico. Aun así, no se puede evidenciar siquiera de modo lejano, un uso de lenguaje jurídico subjetivista en esta materia, en su exposición. Luego Molina habla de los pactos que van unidos a otros contratos nominados, cuyos ejemplos no consideramos relevantes para la cuestión¹⁴².

Molina concluye con cinco formas de vestimenta de los pactos; algunos se visten por el solo hecho de celebrarse como los contratos consensuales, otros pactos se visten mediante formas verbales como la estipulación y pasan a ser contratos nominados. Otros pactos se visten por la tradición, pasando a ser contratos nominados, como el mutuo, comodato y depósito. Otros se visten por un hecho o causa, que independiente del pacto, produce obligación, pero son contratos innominados. Y finalmente, otros que se visten por la adición de un pacto al momento de celebrar un contrato vestido, tras lo cual se remite a la Glosa y a Bartolo. No hay rastro de facultad al analizar esta materia¹⁴³. La diferencia entre un pacto nudo y pacto vestido es que el segundo produce obligación civil “y por tanto acción, lo cual no ocurre con los nudos pactos”¹⁴⁴. En los números 8 al 12 habla del privilegio legal para vestir un pacto nudo, pero sin referencia alguna a facultad o potestad para exigir en virtud del privilegio legal¹⁴⁵.

¹³⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 2.

¹³⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 3.

¹⁴⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 3 y 4.

¹⁴¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 4.

¹⁴² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 6.

¹⁴³ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 6.

¹⁴⁴ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 7.

¹⁴⁵ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 255, núm. 8-12.

En la disputación 256, Molina trata el problema de juramento como forma de vestimenta de los pactos, para lo cual se remite a la doctrina de Bartolo, quien consideraba que solo en un caso específico producía obligación y acción civil, cuando el liberto promete a su patrono, bajo juramento, la prestación de servicios y en todos los demás casos el pacto nudo confirmado por juramento no produce ni obligación ni acción civil¹⁴⁶. Mientras que, en Derecho Canónico, Inocencio sostiene que el pacto nudo confirmado por juramento no engendra acción pero el juez eclesiástico, por razón de su oficio y del pecado del deudor reacio a cumplir, puede ser compelido al cumplimiento de pacto, pero por sí mismo no genera obligación en Derecho Canónico tampoco¹⁴⁷. Pero Molina sostiene la opinión del *ius commune*, que el pacto nudo confirmado por juramento engendra acción en Derecho Canónico¹⁴⁸. Y se basa para ello en que, si el pacto nudo produce acción en Derecho Canónico, con mayor razón el pacto nudo confirmado por juramento debería producirla. Otros argumentos esgrimidos no son relevantes para esta cuestión, pero podemos evidenciar como una vez más, el núcleo de la argumentación escapa en todo a la consideración de la facultad como concepto de Derecho, no existe en esta materia, ni siquiera es considerada, es algo totalmente ajeno a la forma de tratar estas cuestiones la innovación del comienzo del libro II.

En la disputación 257, Molina trata el problema de la obligación natural que generaría el pacto nudo, remitiéndose a la opinión común que sostiene que el pacto nudo produce obligación natural, en el fuero de la conciencia, incluso bajo pecado grave en materias graves, porque según el Derecho Natural y de gentes, antes de la introducción del Derecho Civil no había diferencia alguna entre contratos nominados e innominados ni pacto nudo y vestido, por lo que en el fuero de la conciencia “y según la misma naturaleza de las cosas todos los pactos producían obligación, que por esta razón recibe el nombre de obligación natural”¹⁴⁹. Aun cuando el Derecho Civil no les concede acción, les reconoce varios efectos civiles, por ejemplo, que se pueda retener lo pagado, en el fuero externo, sin que pueda pedirse la devolución y la posibilidad de oponer excepción contra el que exija una deuda si la ha remitido por nudo pacto, no estando obligado a pagar¹⁵⁰. Mientras que, en Derecho Canónico, dado que el nudo pacto produce obligación natural y obliga a cumplir en el fuero de la conciencia, las razones teológicas del bien de las almas exigen que el Derecho Canónico le conceda acción a los pactos nudos¹⁵¹. Pero la acción concedida en Derecho Canónico al pacto nudo solo tiene lugar cuando el juzgado eclesiástico es competente y en el procedimiento de la *denuntiatio evangélica*. Y así puede forzarse en la jurisdicción eclesiástica, a cumplir un pacto nudo¹⁵², para prevenir un pecado.

Es aquí donde entra la *causa* canónica, para que el Derecho Canónico conceda acción al pacto nudo, se necesita expresar la causa, de modo que, si el demandante no prueba la existencia de dicha causa, el demandado no será obligado a cumplir. Al demandante le compete demostrar la existencia de la causa y al demandado, la falsedad de la causa o su

¹⁴⁶ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 256, núm. 1.

¹⁴⁷ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 256, núm. 2.

¹⁴⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 256, núm. 3.

¹⁴⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 1.

¹⁵⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 1.

¹⁵¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 2.

¹⁵² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 3.

inexistencia¹⁵³. La consecuencia, es que, si no se expresa la causa o se logra demostrar su existencia, incluso en sede canónica no se concede acción al pacto nudo¹⁵⁴. Posteriormente vienen algunas consideraciones que no interesan para nuestro tema, sobre la *exceptio de non numerata pecunia* entre otros temas. Finalmente, Molina expresa la diferencia fundamental de la causa en materia civil y canónica, en la primera, la causa está ejecutada por tradición, que viste el pacto y lo saca del número de pactos nudos, mientras que la causa canónica va expresada en el pacto o probada, independiente que se haya ejecutado o no¹⁵⁵. Y de modo más bien rupturista, propone seguir el modelo del Derecho de Castilla, según la cual, adaptando las leyes civiles al Derecho Canónico, se concede acción a los pactos nudos tanto en el fuero eclesiástico como secular, según el Ordenamiento de Alcalá y el libro V, título XVI, ley 2 de la Nueva Recopilación, por lo que, en Castilla, los pactos nudos tienen acción “exactamente igual que en Derecho Canónico”¹⁵⁶.

En este punto, es que podemos estar ya seguros que la noción de Derecho facultad no juega un rol operativo para construir un sistema de derechos subjetivos en la teoría general del contrato de Luis de Molina y es más bien una forma de estructurar la materia que sigue un tratamiento en general bastante medieval en sus conclusiones, sin perjuicio de algunas innovaciones que destacaremos en la conclusión y, no obstante, además, del complejo problema del concepto de *dominium* en Luis de Molina y lo que ha de entenderse por *actio* en Derecho Romano. Es decir, si la *actio* romana es asimilable o no al Derecho subjetivo moderno.

Para ir concluyendo la exposición, pasaremos revista rápido a las disputaciones 258 y 259. En la disputa 258, Molina se plantea si es posible o no el *desistimiento*(resolución) del contrato y en qué casos. La primera tesis, sostiene que, si en un contrato innominado ambas partes cumplieron su obligación, nadie puede desistirse, incluso por Derecho Civil y responden recíprocamente¹⁵⁷. Luego, aunque el pacto esté confirmado por estipulación, si uno de los contratantes se rehúsa a cumplirlo, el otro “podrá libremente desistir de él y rescindirlo, lo mismo en el fuero externo que en el de la conciencia, pudiendo además repetir lo que él hubiera entregado”, y parece remitirse a la idea canónica de la condición resolutoria tácita, “porque en los contratos bilaterales existe la tácita condición de cumplirlos si el otro cumple también: de modo que si uno falta a la buena fe y no cumple el pacto, la otra parte no estará obligada a su cumplimiento y podrá repetir lo pagado”¹⁵⁸. Y la tercera tesis, sostiene que, en los contratos innominados, no habiendo cumplido ninguna de las partes, ambos pueden desistir. Si solo uno ha cumplido, éste puede desistir y repetir lo dado, aunque el otro no incurra en mora ni culpa y esté incluso dispuesto a cumplir. De parte del que aún no ha cumplido no hay lugar a desistimiento en relación con quién cumplió, pues él tendrá acción contra aquél para obligarle a cumplir y si no fuera posible, indemnizar los daños o restituir lo recibido, según prefiera el que cumplió. Si el que aún no cumple, ha hecho gastos o sería dañado de cualquier forma si el otro desistiera, la parte cumplidora estará obligada o a no desistir y cumplir el contrato o indemnizar los perjuicios, lo mismo si ninguno ha cumplido

¹⁵³ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 4.

¹⁵⁴ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 6.

¹⁵⁵ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 10.

¹⁵⁶ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 257, núm. 11.

¹⁵⁷ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 258, núm. 1.

¹⁵⁸ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 258, núm. 2.

cuando al desistirse uno de ellos causare daños en el otro¹⁵⁹. Las demás consideraciones no nos interesan acá.

Pareciera esbozarse un *sistema de remedios contractuales* del siglo XVI ante el incumplimiento. Pero es más ilusión que otra cosa, de partida, no define que es el incumplimiento, estamos muy lejos de una *noción unitaria, objetiva y neutra del incumplimiento* como la sostenida por el así llamado *moderno derecho de contratos*, de modo que en lugar de una teoría general del incumplimiento contractual habrá que estar a cada caso en cada contrato para entender si hay o no hay incumplimiento. Del mismo modo, nuevamente, es tratado en términos de acción y obligación civil, no como una facultad individual para exigir algo, un derecho subjetivo. Se pone el énfasis en el obligado que debe cumplir y no en el acreedor que puede exigir. Ese matiz nos permite negar la existencia siquiera embrionaria de un sistema de derechos subjetivos para el incumplimiento, menos de una noción unitaria de incumplimiento o una teoría general del efecto de las obligaciones inclusive, como la planteada por el libro IV del Código Civil de Andrés Bello. Solo tenemos pautas de limitada generalidad para reconocer acciones (*ius esto*) a que un obligado está sujeto y no *derechos del acreedor*. Pese a que hay cierta posibilidad de escoger acciones, eso pertenece a la natural subjetividad humana, y no a un concepto de Derecho subjetivo, es la inevitable posición subjetiva de todo hombre ante el Derecho, incluso en un Derecho de acciones.

De modo audaz y rupturista, Molina plantea al final de esta disputación, que “podría y debería el Sumo Pontífice abrogar las leyes civiles que admiten en los contratos innominados el desistimiento y la repetición de lo ya rectamente pagado. Pues como se deduce de lo expuesto, favorecen los pecados y multiplican los pleitos en vez de disminuirlos. Por lo que debería abolirse toda esa regulación de los pactos nudos y vestidos y de los contratos innominados y nominados, inventado más sutil que útilmente por el Derecho civil de los paganos, como se hizo en el Reino de Castilla por la ley citada, absolutamente o en gran parte conforme con el Derecho canónico, poniendo de acuerdo el fuero externo con el de la conciencia”¹⁶⁰. El pasaje se comenta por sí solo, es un fuertísimo apoyo al consensualismo que hará de Molina alguien muy influyente en el desarrollo histórico del Derecho de contratos. Básicamente, Molina propone suprimir la forma romanista-medieval del Derecho de contratos y adaptarlo al Derecho canónico y de Castilla, que estaba más adelantado que el Derecho civil para reconocer la fuerza vinculante del pacto nudo.

En la disputación 259, se clasifican los contratos como aquellos de buena fe y de derecho estricto, insistiendo en la equidad y libertad del juez en aquellos de buena fe y las mayores limitaciones que tiene en aquellos de derecho estricto¹⁶¹; pero creemos que no se aportan nuevos elementos para considerar y analizar en detalle sobre el concepto de Derecho facultad en este apartado de la obra de Molina, por lo que solo mencionaremos que allí se esboza la moderna teoría de los vicios del consentimiento para anular un contrato por dolo¹⁶².

¹⁵⁹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 258, núm. 3.

¹⁶⁰ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 258, núm. 9.

¹⁶¹ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 259, núm. 4-5.

¹⁶² Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 259, núm. 6-7.

Finalmente, distingue entre contratos lucrativos y onerosos¹⁶³. Hasta aquí la exposición de la teoría general del contrato de Luis de Molina.

7. Conclusiones

A la luz de todo lo expuesto, habiendo analizado el concepto de Derecho y especialmente la *facultas* en Luis de Molina, habiendo analizado el concepto de Derecho en la tradición aristotélica-romanista, y especialmente, habiendo analizado en lo pertinente, el tratado *De Contractibus*, podemos concluir que la hipótesis inicial planteada, requeriría importantes precisiones. En efecto, no es posible sostener que en Luis de Molina exista como noción operativa y concepto general, el Derecho facultad para comprender la naturaleza del Derecho de contratos y su teoría general, por el contrario, su exposición es rigurosamente medieval, aún fiel en líneas generales al tomismo y el *ius commune*, pero no nos pronunciamos respecto de otras materias no estudiadas acá y que pueden desdibujar las conclusiones nítidas a que hemos llegado. El Derecho subjetivo, anunciado y puesto en un lugar de honor por primera vez en la historia del pensamiento jurídico por Luis de Molina, según vimos al comienzo de nuestro estudio, no tiene una función importante, quizás ni siquiera existe como concepto en el tratado *De Contractibus*, entre las disputaciones 252 a 259. Todo está planteado en términos de *res iusta*, incluso quizás la sistemática misma de entender al contrato como parte del *dominium* y las dudas de Molina en torno considerar el *dominium* como un derecho subjetivo mismo nos pueden ilustrar que Molina pensaba en Gayo y Justiniano para entender al *dominium* como una *res*, y dentro de esta, a las obligaciones y contratos. Pero la cuestión es compleja y no ha sido objeto de este estudio un examen acabado de la cuestión del *dominium* en Luis de Molina. La discusión sobre si el dominio es una *facultas*, o una *res* es un tema que hemos dejado abierto a futuras investigaciones.

Pero eso no quita que el dominio tenga una noción de máxima importancia en la estructura del libro II, porque de partida, divide al Derecho en *ius ad rem/ius in re*, y claramente incorpora al dominio en la última categoría, pero después se contradice o duda. Eso indica un cariz propietario nada menor en la obra de Luis de Molina, el contrato es un medio para transferir el dominio, entendido como derecho y aquí sí es un derecho facultad, al menos de las primeras disputaciones se entiende eso. La cuestión es diferente en la teoría general del contrato, en la que el Derecho facultad no juega ningún papel salvo el diseño y exposición inicial del tratamiento de la cuestión, como se expuso al comenzar este artículo. No es una noción que permita entender siquiera de modo embrionario un sistema de derechos subjetivos. Esa tarea le corresponderá a la escuela del Derecho natural y sus desarrollos posteriores en la época de la codificación, Molina aún en mucho es medieval, y no obstante, influirá sustancialmente en dicha escuela. Nada habría sido lo mismo en el derecho natural racionalista y la codificación misma, de no ser por Molina, quien sistematiza materiales jurídicos medievales y los expone de una forma *racionalizada*, aunque en su contenido, es aún un cultor del *ius commune*.

¹⁶³ Molina, *De iustitia et iure*, Libro II, disput. 259, núm. 10.

Pero en otros asuntos Molina es un personaje de transición de un mundo medieval que se apaga y que todavía no alcanza a nacer del todo la modernidad, pero ya tiene las semillas de desarrollos completamente modernos, especialmente en su noción de libertad, preámbulo de la idea de libertad contractual que la misma escuela jesuita neoescolástica seguirá desarrollando hasta ser difícilmente distinguible su concepto de la noción liberal de libertad contractual. Aún quedan en Molina una *forma mentis* medieval, aristotélica-tomista, que se rehúsa a entender al individuo como centro del mundo, el presupuesto antropológico del Derecho facultad, pero que, no obstante, le da una posición muy importante, no el centro, pero sí alguien que, en desarrollos posteriores, llegará a ser el sujeto moderno de Derecho. Creemos que Molina sí tiene una tendencia contractualista derivado de su consensualismo y en esto, puede no ser exagerado llamarlo un antecesor del liberalismo moderno¹⁶⁴, si bien un contrato entendido de modo aún más clásico-medieval, ya se evidencia su predilección por la concesión de acción y fuerza vinculante al mero consentimiento, que es la nota característica del Derecho moderno, habiendo llamado incluso a suprimir la causa como vestimenta de los pactos.

Queda abierta la cuestión del concepto de *actio* y su posible vinculación al Derecho subjetivo, materia en la que decidimos no entrar, y dejar la pregunta planteada más bien, porque si la acción civil es un Derecho subjetivo, ya en Roma, entonces en Luis de Molina con mayor razón pese a no hablar nunca de *derechos* en el *De Contractibus*, sería un sinónimo para dicho concepto. Pero hay buenas razones para entender que *actio* no sería un concepto subjetivista, primero, porque la estructura procedimental formularia clásica es ajena a la idea de reclamar derechos en sentido subjetivo, se reclaman estrictamente cosas debidas en justicia. Y a mayor abundamiento, los presupuestos filosóficos y antropológicos de dicha idea de Derecho subjetivo, solo maduraron históricamente en la Baja Edad Media y a comienzos de la Edad moderna, y no antes, donde solo hay semillas. No había nacido el sujeto moderno aún en el mundo antiguo y medieval, al menos en la forma que se entiende el sujeto como centro y creador del mundo, incluyendo el mundo jurídico.

En síntesis, Molina no habla nunca de *derechos* al tratar de la teoría general del contrato, pero no obstante, la incardina en un esquema donde el *dominium* es la pieza fundamental, y aun así, es discutible que el dominio sea en Molina un Derecho subjetivo, contradiciéndose él mismo como vimos. Quizás, Molina es el último estertor del antiguo concepto del Derecho como la *ipsa res iusta* y tal como una estrella que se expande para apagarse, el inicio de la clausura y fin de la escolástica.

Apéndice bibliográfico

Accursius, *Glossa Ordinaria in Digestum Vetus*, Venetiis, 1606.

Azo de Bolonia, *Summa Codicis et Institutionum et Digestorum*, edición de André Gouron, Frankfurt, 2008.

Bartolo de Sassoferrato, *Commentaria*, tomo V, *In primam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1602.

¹⁶⁴ Destacando el rol del contractualismo en Molina, como precursor del liberalismo jurídico y político, véase Carpintero, F., “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político y jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 348-351.

Berman, H., *Derecho y revolución. La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México DF, Fondo de cultura económica, 1996.

Birocchi, I., *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell' Età Moderna, I: Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997.

Carpintero, F.:

- *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989.

- *Historia del Derecho natural. Un ensayo*, México DF, UNAM, 1999.

- *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid, Colex, 2000.

- “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político y jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 341-373.

- “El desarrollo de la facultad individual en la escolástica”, *El derecho subjetivo en su historia*, Carpintero, F., Megías, J.J., Puerto, M. y De Mora, E.(eds.), Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2003.

- *Historia del Derecho natural*, Sevilla, Punto Rojo Libros, 2020.

Casanova, Carlos, “Guillermo de Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos”, *Cauriensia*, 11 (2016), pp. 113-140.

Coing, H., “Sobre la prehistoria de la codificación”, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile del 31 de marzo de 1980, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (1983), pp. 249-261.

Cores Helguera, C., *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra De contractibus de Pedro de Oñate S.J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Comillas, 2014, disponible en educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=EKoRMG20w20%3D.

Cuevillas, A., “Luis de Molina: el creador de la idea de derecho como facultad”, *Revista de Estudios Políticos* 75 (1954), 103-116.

D’Ors, Á., “Aspectos objetivos y subjetivos del 'ius'”, *Nuevos papeles del oficio universitario*, (Á D’Ors, ed.), Madrid, Rialp, 1980.

Decock, W.:

- “Jesuit freedom of contract”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 77 (2009), 423-458.

- “From Law to Paradise. Confessional Catholicism and Legal Scholarship”, *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck Instituts für europäische Rechtsgeschichte* 18 (2011), pp. 12-34.

- *Theologians and Contract Law. The moral transformation of the Ius Commune (ca.1500-1650)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Dilcher, G., Vallauri, L. (eds.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Per la storia del pensiero giuridico moderno N°12, Baden-Baden/Milano, 1981.

De Molina, Luis, *De iustitia et iure tomi sex*, Venetiis, 1607; traducción de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, Imprenta de José Luis Cosano, 1963.

De Oñate, Pedro, *De contractibus tomi tres*, Roma, 1646.

De Soto, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, edición facsimilar de la edición original de 1556, Madrid, 1967; traducción del P. Marcelino González Ordóñez O.P., Instituto de Estudios Políticos.

De Vitoria, Francisco, *De iustitia*, Madrid, 1934, edición y traducción del R.P. Vicente Beltrán de Heredia O.P., Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria.

Duve, T., “Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik”, *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, (M.Schmoeckel, F.Roumy, O.Condorelli, eds.), Köln-Weimar-Wien, pp. 389-408.

Feenstra, R., “L’influence de La Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé, Quelques experiences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973, pp. 377-402.

Folgado, A., “Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI”, *Anuario jurídico y económico escorialense* 1 (1960), pp. 17-329.

Gersonm Iohannes, *Liber de vita spirituali animae*, en Gerson, Iohannes, *Opera omnia*, Antwerpiae 1706, reimpresión Hildesheim, 1987.

Gordley, J., *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1991.

Grossi, P., “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973 p. 117-222.

Guzmán Brito, A.:

- “Presentación”, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

- *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto, sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.

- “La influencia de la Filosofía en el Derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (examen crítico)” *Anuario de Filosofía jurídica y social* 13 (1995), pp. 139-167.

- *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el Derecho positivo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

- “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, *Revista de Estudios Histórico-Dogmáticos* 23 (2001), pp. 209-367.

- “Historia de la denominación del Derecho-facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 407-443.

- “Los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, (A. Guzmán Brito, ed.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005.

- “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual,” *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*, (A. Guzmán Brito, ed.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2005.

- *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009.

Hallebeek, J., “The concept of unjust enrichment in late scholasticism”, *Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut* 35 (1996), pp. 109-123.

Hervada, Javier, *Compendio de Derecho Natural*, Vol. I, Pamplona, EUNSA, 1980.

Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Madrid, BOE, trad. de Patricio Lazo y Francisco Andrés Santos, 2022.

Lessius, Leonardus, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus*, Antverpiae, 1621.

Masferrer, A., *Dignidad y derechos humanos. Un análisis retrospectivo de su formación en la tradición occidental*, Valencia, Tirant lo blanch, 2022.

Megías, J.J.:

- “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la segunda escolástica tardía”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992), 325-349.

- “El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romano”, *El derecho subjetivo en su historia*, (Carpintero, F., Megías, J.J., Rodríguez Puerto, M. y De Mora, E.(eds.), Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 2003.

- “El Derecho subjetivo en el Derecho Romano. Un estado de la cuestión”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 35-54.

Peña González, A., *La escuela de Salamanca. De la monarquía hispánica al orbe católico*, Madrid, BAC, 2008.

Pugliese, Giovanni, *Actio e diritto soggettivo*, Milano, Giuffré, 1939.

- Pugliese, G. 1952, “*Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*”, *Studi in onore di V.Arangio-Ruiz*, Vol. III, Napoli, Jovene, 1952.
- Ramis Barceló, Rafael, *La segunda escolástica. Una propuesta de síntesis histórica*, Madrid, Dykinson, 2024.
- Robleda, O.:
 - “El Derecho subjetivo en Gayo”, *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, Giuffrè, 1972.
 - “La idea del Derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano* 80 (1977), pp. 23-41.
- Rodríguez Puerto, M., “Escolásticos españoles y subjetivismo moderno (un comentario sobre el concepto de Derecho en Luis de Molina y Francisco Suárez)”, *Ingenium. Revista de historia del pensamiento moderno* 5 (2011), pp. 167-187.
- Schouppé, J.P., “La concepción realista del Derecho”, *Persona y Derecho* 11 (1984), pp. 555-663.
- Schulz, F., *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, trad. Manuel Abellán Velasco, 1990.
- Sosa Morato, B., *La noción de Derecho en “Los seis libros de la Justicia y el Derecho” de Luis de Molina*, Pamplona, EUNSA, 1985.
- Specht, R., “Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit”, *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, (F.Grunert -K. Seelmann, eds.), Tübingen, 2001, pp. 3-18.
- Summenhart, C., *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, Venetiis, 1580.
- Tierney, B.,
 - “Natural Law and Canon Law in Ockham’s Dialogus”, *Aspects of Late Medieval Government and Society. Essays presented to J.R.Lander*, (Rowe, J.G.(ed.), Toronto, University of Toronto Press.
 - “Villey, Ockham and the origins of individual rights”, *The Weightier matters of the Law. Essays on Law and Religion*, (White, J. y Alexander F.S (eds.), Atlanta, 1988.
 - *The idea of natural Rights. Studies on natural Rights, natural Law and Church Law 1150-1625*, Grand Rapids, William Eerdmans Company, 1997.
- Todescan, F., *Lex, natura, beatitudo. Il problema della Legge nella scolastica Spagnola del sec.XVI*, Padova, 1973.
- Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, versión web de <https://hig.com.ar/sumat/>.
- Tuck, R., *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Vallet de Goytisolo, J., “Ius y lex según las definiciones de los magni Hispani”, *Persona y Derecho* 37 (1997), pp. 25-97.
- Vallet de Goytisolo, J.:
 - *Metodología de la determinación del Derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 1994.
 - *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos de mismo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.
- Villey, M.,
 - “Deux conceptions du droit naturel dans l’Antiquité”, *Revue historique de droit français et étranger* 31 (1953), pp. 475-497.
 - “La génesis del Derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
 - “Los orígenes de la noción de Derecho subjetivo”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
 - “*Suum ius cuique tribuens*”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

- “Las Instituciones de Gayo y la idea de Derecho subjetivo”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- “Acerca del sentido de la expresión *ius in re* en el Derecho romano clásico”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- “El *ius in re* del Derecho romano clásico al Derecho moderno”, *Estudios en torno a la noción de Derecho subjetivo*, (A. Guzmán Brito, ed.), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- *Compendio de filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona, EUNSA, trad. De Luis Horno Liria, 1981.
- *A formação do pensamento jurídico moderno*, Sao Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., trad. Claudia Berliner, segunda edición, 2009.
- *El Derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Marcial Pons, trad. Oscar Corres, 2019.
- Wieacker, F.,
- *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967.
- “Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (P. Grossi, ed.), Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1, Milano, 1973, pp. 223-239.
- Widow, F., “Los orígenes de la noción moderna de Derecho subjetivo. ¿Ha sido superada la tesis de Michel Villey?”, *Forum. Supplement to Acta Philosophica* 5/2 (2009), pp. 1007-1022.
- Zimmermann, R., *The law of the obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996.