

LA FORMACIÓN DE LAS IDEAS
ACERCA DE LOS DERECHOS
HUMANOS DESDE EL SIGLO XIV AL
SIGLO XVIII
DERECHOS NATURALES, LEY NATURAL
PERMISIVA Y AUTOCONSERVACIÓN
Juan Fernando Segovia

1. Propósitos

El período de cinco siglos que corre entre la Carta Magna y las primeras declaraciones revolucionarias de derechos de finales del siglo XVIII es el de la formación de la ideología de los derechos del hombre. Los aspectos a considerar son muchos y muy valiosos tanto desde la filosofía político-jurídica como para la historia del derecho. Siendo imposible considerarlos todos, me concentraré en los que considero más relevantes: el supuesto origen medieval de los derechos naturales, la idea de una ley natural permisiva y, por último, la doctrina de los derechos naturales fundada en la idea de la autoconservación.

2. *Via modernorum*: de los canonistas a la escolástica decadente y Grotius

¿Cuándo aparece la noción de derecho en subjetivo, es decir, como potestad o facultad del hombre? Voy a considerar especialmente la respuesta de Brian Tierney quien se esfuerza por ligar el origen de los derechos humanos al siglo XII y trazar su desarrollo hasta el siglo XVII. La obra de Tierney se entiende, en principio, como una contestación a la conocida enseñanza de Michel Villey acerca de la inexistencia de una idea del derecho subjetivo en Roma y los juris-

tas de la Edad Media; idea que, a su juicio, aparece con la escolástica tardía, especialmente con Guillermo de Ockham (1), cuya «revolución semántica» hizo del nominalismo y del voluntarismo la clave metafísica para el nacimiento de los derechos subjetivos.

Tierney rechaza doblemente a la tesis de Villey intentando demostrar, primero, que la doctrina de los derechos subjetivos es anterior a Ockham, y segundo, que la doctrina ockhamista no deriva de su nominalismo voluntarista, sino más bien de una ética racionalista (2). Tierney sostiene la idea de que las doctrinas medievales no son contrapuestas a las modernas doctrinas de los derechos; antes bien, en el medioevo están los precedentes que explican el mundo moderno.

Los canonistas

Tierney centra su interés en el momento de la historia en que el término *ius* incorporó, al significado de ley, el de derecho subjetivo, natural, es decir, cuando pasó a entenderse no ya como un «estado primigenio de cosas», sino como una «característica permanente intrínseca de cualquier ser humano». Esto acontece en el siglo XII, cuando la expresión *ius naturale* ganó uno nuevo significado relativo a la naturaleza del hombre, «el sentido de un derecho subjetivo natural» (3). De modo tal que las doctrinas posteriores hasta el siglo XVII deben ser leídas como desarrollo de las teorías jurídicas medievales (4).

(1) Michel VILLEY, «La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam», en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, págs. 149-190.

(2) Brian TIERNEY, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law, and Church law 1150-1625*, Grand Rapids, Emory University, 1997, págs. 13-42.

(3) *Ibid.*, págs. 46-47. Anteriormente, en «Origins of natural rights language: texts and contexts, 1150-1250», *History of Political Thought* (Exeter), vol. 10, núm. 4 (1989), págs. 615-646, había escrito que los decretalistas concibieron «una definición subjetiva de un derecho natural en términos de facultad, capacidad o poder de una persona individual, asociado a la razón y al discernimiento moral» (pág. 623).

(4) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., págs. 1-9. También Brian

El lenguaje del derecho subjetivo fue, según nuestro autor, común entre los juristas, especialmente los canonistas medievales, más de un siglo antes de Ockham. Es así como empieza a usarse la expresión *ius* en un nuevo sentido (5), de los que Tierney da varios ejemplos, pero el de Graciano es capital: «Graciano mismo –afirma Tierney– escribió sobre los *iura libertatis*, los derechos de la libertad», que no se pierden incluso bajo esclavitud (6).

No obstante este uso, advierte Tierney que todavía no se ha llegado a una teoría específica de los derechos naturales (7), porque el término *ius naturale*, como lo usaron los canonistas del siglo XII, tenía aún varios significados. La tarea que se impone Tierney es la de desentrañar cuándo *ius* tiene el significado objetivo de ley y cuándo el subjetivo de derecho, al igual que verificar cuándo *naturale* se refiere a un estado original del hombre y cuándo pasa a mentar un atributo de la naturaleza humana, pues entonces tendremos la noción de derecho subjetivo natural (8).

El término derecho natural –tanto en la tradición de los juristas romanos como en el Decreto Graciano– tenía variados significados; al tener que dilucidarlos y exponer sus diversos sentidos –pues no pocas veces eran contradictorios–, los canonistas introdujeron la noción de derechos subjetivos en la exposición del *ius naturale*. Los comentaristas de los textos canónicos vivieron en un mundo en el cual, en el discurso cotidiano, la palabra *ius* comúnmente significó un derecho subjetivo. Por lo tanto, no es extraño que en sus glosas cambien de un significado a otro, confiando en que el sentido que daban en cada caso sería obvio a sus contemporáneos (9).

Con todo, para Tierney, el empleo de *ius* como derecho subjetivo cobró mayor importancia y se impuso como la

TIERNEY, «Dominion of self and natural rights before Locke and after», en Virpi Mäkinen y Petter Korkman (ed.), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Dordrecht, Springer, 2006, págs. 173-174.

(5) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., págs. 55-56.

(6) *Ibid.*, pág. 57.

(7) *Ibid.*, pág. 58.

(8) *Ibid.*, pág. 48.

(9) *Ibid.*, pág. 61.

interpretación adecuada, esto es, *ius naturale* designó con más frecuencia una fuerza subjetiva o poder natural «inherente a los individuos» (10). Tierney constata que, tras la gran difusión del *Decretum* de Graciano, los canonistas comienzan a expresarse cada vez más con la locución *ius naturale* en lugar de la clásica *lex naturale*, dando así lugar a la formación de una teoría de los derechos naturales que –al entrar el siglo XIV– devino en la defensa de unos derechos específicos basados en la ley natural (11).

Ni los variados significados de *ius* en el uso forense canónico, ni el sentido coloquial que la palabra gana en la lectura de los juristas impiden a Tierney sostener el cuerpo de su tesis: los canonistas leyeron los antiguos textos partiendo de su propia mentalidad, más personalista que la de los teólogos, propia de una cultura basada en los derechos más que en los deberes, por lo que acabaron añadiendo una nueva significación a *ius*, como expresión de la potencia, la fuerza, la habilidad o la facultad inherente a las personas humanas, enraizada en la razón y en el libre albedrío, que les permite discernir lo que es bueno y actuar correctamente. *Ius* es, en este caso, sinónimo de *potestas licita* (potestad o facultad legal o lícita) (12), aunque en lugar de *potestas* podía también usarse *facultas* o *qualitas moralis* y en lugar del adjetivo *licita* se recurriese al adverbio *potestas licite* para designar la atribución de hacer esto o aquello lícita, legalmente (13).

Paradigmático es el caso del decretalista Rufinus (c. 1160), autor de una *Summa* que reunía varios comentarios al Decreto de Graciano. En ella establece que el *ius naturale* es «una cierta fuerza infundida por naturaleza en cada criatura humana para hacer el bien y evitar lo contrario. El derecho natural consiste en tres cosas: mandatos, prohibiciones y demostraciones» (14). Este tercer contenido del derecho natural (las demostraciones) se refiere, según Rufinus, a descripciones o indicaciones de comportamientos lícitos

(10) *Ibid.*, pág. 64. Es la definición del jurista Sicardus.

(11) *Ibid.*, págs. 69-70.

(12) *Ibid.*, págs. 50 y 53.

(13) *Ibid.*, págs. 107-108, en referencia a Hervaeus Natalis.

(14) *Ibid.*, págs. 61-63.

pero no obligatorios; de lo que deduce Tierney que se trata de un área de conducta libre en tanto que no está prohibida ni prescripta, una esfera de autonomía personal en el concepto de *ius naturale*.

Huguccio (c. 1190), el más grande canonista del siglo XII, siguiendo a Rufinus, reconoció que el *ius naturale* se refería a una norma de conducta y, además –secundaria y derivadamente–, a un juicio racional; aunque el significado primario –afirma Tierney– es el referido a la persona individual, al *ius* como «una fuerza espiritual [del alma], vinculada a la racionalidad» (15), de donde se seguiría la idea de que el *ius naturale* es una fuerza natural «de la personalidad humana», una cualidad innata que permite a la persona actuar con rectitud (16).

La ley natural permisiva

Ahora bien, ¿puede entonces afirmarse que los derechos naturales derivan de la ley natural? Responde Tierney, contra Villey, que los canonistas tomaron del derecho romano la doctrina según la cual la ley podía ser preceptiva o permisiva, que podía imponer obligaciones o establecer prohibiciones, pero también definir un área de permisión en la que los individuos pudieran actuar libremente según su elección. En consecuencia, fueron horadando un espacio para la esfera de la libertad individual en la que los derechos podían ejercerse dentro del cuadro del viejo *ius naturale*; elaboraron una concepción del *ius* que hace hincapié «en los derechos de elección, así como en el cumplimiento de deberes» (17).

Tierney cree que ese espacio de libre elección denota la idea de una ley natural permisiva, idea que se ha convertido

(15) *Ibid.*, pág. 65.

(16) *Ibid.*, pág. 64.

(17) TIERNEY, «Dominion of self and natural rights before Locke and after», *loc. cit.*, págs. 175-176; y «Natural law and natural rights: old problems and recent approaches», *The Review of Politics* (Notre Dame), vol. 64, núm. 3 (2002), págs. 392 y 396.

en la piedra de toque de la cuestión (18). Dice: «Hay toda una historia aún por escribirse sobre la idea de la ley natural permisiva como campo de los derechos naturales. La idea persistió durante varios siglos desde el XII en adelante, en los escritos de figuras tales como Grotius, Suárez y Vitoria. Locke, por su parte, se refirió a “los permisos de la ley de la naturaleza”. Los juristas del siglo XVIII continuaron la discusión. Christian Wolff escribió: “La ley de la naturaleza se llama preceptiva cuando ordena actuar; se llama prohibitiva cuando prohíbe actuar; se llama permisiva cuando nos da derecho a actuar”. Huguccio podría haberlo entendido muy bien. Incluso Immanuel Kant apeló a la ley natural permisiva para explicar el origen de la propiedad individual» (19).

En consecuencia, ya no pueden contraponerse derechos naturales y ley natural porque el concepto de ley natural permisiva cobija aquéllos en ella misma, como una esfera de autonomía individual naturalmente lícita.

La polémica franciscana en torno a la pobreza

A fines del siglo XIII los juristas empezaron a sostener la defensa en juicio como un derecho de autodefensa fundado en la ley natural, semejante al derecho de autodefensa contra un ataque físico. Pero, más importante aún, ese siglo vio despuntar uno de los debates más decisivos, a juicio de

(18) Cfr. Brian TIERNEY, «Kant on property: the problem of permissive law», *Journal of the History of Ideas* (Pensilvania), vol. 62, núm. 2 (2001), págs. 301-312; «Permissive natural law and property: Gratian to Kant», *Journal of the History of Ideas* (Pensilvania), vol. 62, núm. 3 (2001), págs. 381-399; «Natural law and natural rights: old problems and recent approaches», *loc. cit.*, págs. 399 y sigs.; «Historical roots of modern rights: before Locke and after», en Bruce P. Frohnen y Kenneth L. Grasso (ed.), *Rethinking rights. Historical, political, and philosophical perspectives*, Columbia y Londres, University of Missouri Press, 2009, págs. 47 y sigs.

(19) Brian TIERNEY, «The idea of natural rights. Origins and persistence», *Northwestern Journal of International Human Rights* (Chicago), vol. 2, núm. 1 (2004), pág. 8. La referencia es a Christian WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium* [1750], pág. 24.

Tierney, en torno a los derechos naturales, el de los franciscanos y Roma en torno a la pobreza y la propiedad. Recuérdese que su fundador, en la *Regla* (1221), dio a los frailes menores la forma de orden mendicante, que debía vivir de la limosna, ordenando la pobreza absoluta.

Los franciscanos sostenían que habían hecho abandono de toda propiedad «individualmente y en común», y también de todo derecho a utilizar la propiedad, conservando solamente un «nudo uso de hecho» (simple uso) (20); pero el Papa Juan XXII condenó la doctrina: en 1323 decretó que en adelante consideraría herética la enseñanza de que Cristo y los apóstoles nada tenían o que no tenían ningún derecho a las cosas. Y en otro decreto, dirigido contra los franciscanos, sostuvo que no podía haber uso justo de una cosa sin el derecho a usar de ella (21).

Guillermo de Ockham entró en la disputa, junto a otros franciscanos, escribiendo contra la doctrina pontificia. Ya Villey había señalado la importancia de estos escritos y su significación metafísica, pero Tierney niega que la teoría de los derechos tenga sustento teológico y metafísico en el nominalismo y el voluntarismo. Ockham, a su juicio, sólo sigue la tradición del lenguaje jurídico implantado por los canonistas e incorpora novedades en su desarrollo.

Según Tierney, Ockham habría sostenido que no hay justo uso de las cosas sin que exista derecho al uso de ellas –repite pues la doctrina de Juan XXII–; argumentó que la propiedad privada surgió tras «un proceso histórico que implicó una larga serie de acuerdos voluntarios entre los seres humanos –pactos, costumbres, las leyes hechas por los pueblos mismos y finalmente las leyes de los reyes y otros gobernantes» (22). Es cierto que los frailes habían renunciado a todo derecho mundano, entre ellos a la propiedad; pero subsistía un derecho a utilizar las cosas externas comunes a todos los hombres, derecho derivado de la naturaleza, no de ley humana, al que nadie puede renunciar porque es

(20) Son los términos del decreto *Exiit*, del Papa Nicolás III, de 1279.

(21) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., págs. 95-96.

(22) *Ibid.*, pág. 166.

necesario conservar la vida. En virtud de este derecho, Ockham concluyó que los frailes podían con justicia hacer uso de las cosas: «los frailes tienen derecho», escribió, «para ser precisos, un derecho natural».

Contra Villey, la tesis de Tierney sobre Ockham afirma que éste recurrió a un fundamento racional de la justicia basado en el concepto de orden, no dependiente de una voluntad ciega; que Ockham recreó la doctrina de la ley natural del siglo XIII, extrayendo de ella la teoría de los derechos naturales basados en la razón y en la naturaleza (23), sin que adujera «ninguna idea sobre una deidad inescrutable que puede querer arbitrariamente cualquier cosa» (24). Por lo tanto, afirmar que Ockham fundó la doctrina de los derechos naturales en el nominalismo y el voluntarismo, es un error (25). De donde se concluye que «la teoría de los derechos de Ockham era compatible con su filosofía nominalista, pero también lo era con cualquier filosofía que reconociera –como todas las filosofías cristianas lo hacen– la existencia y el valor de las personas humanas individuales» (26).

Conciliarismo y derechos naturales

El desarrollo posterior, que va de 1400 a 1635, es bastante más conocido; sin embargo, el tratamiento de Tierney es singular. Así, por ejemplo con las doctrinas del teólogo y místico francés Jean Gerson (27) que apoyó la reforma de la Iglesia tras el Gran Cisma de 1378, considerado un reputado conciliarista. Gerson ganó fama entre los juristas por su influyente definición del derecho como «una facultad o poder inmediato que conviene a alguno según la recta razón» (sindéresis), derivando de ella el derecho natural de

(23) *Ibid.*, págs. 126-130.

(24) *Ibid.*, pág. 175.

(25) *Ibid.*, pág. 196.

(26) *Ibid.*, pág. 197. Véase pág. 32.

(27) Brian TIERNEY, «Natural rights in the thirteenth century: a *Quaestio* of Henry of Ghent», *Speculum* (Cambridge), vol. 67, núm. 1 (1992), págs. 58-68.

autodefensa contra un Papa tiránico y la libertad (derecho natural) de todo cristiano a buscar su propia salvación, incluso en una Iglesia corrupta.

Gerson, no obstante, conservaba –como han visto sus estudiosos– el ideal de la Iglesia como una comunidad orgánicamente dispuesta, el «Cuerpo Místico» de los teólogos. ¿Cómo dedujo de esta concepción organicista la idea de unos derechos individuales que podían contraponerse a los valores de la comunidad? Según Tierney no hay incoherencia en Gerson, pues ambas posiciones son sostenibles (28). El argumento de Gerson es que en la Iglesia los preladados inferiores o subordinados, gozan de derechos, y la infracción de estos derechos equivaldría a la violación del orden constitucional básico (del derecho constitutivo de la Iglesia) (29).

Tan singular modo de enfrentar el problema, lleva a Tierney a ver en la obra de Gerson una doctrina más amplia de los derechos naturales, tomada de la libertad evangélica, «el primer derecho natural es un derecho del alma para luchar por hacer lo mejor por su propia perfección actuando conforme a la ley de Dios que, en sus preceptos morales centrales, fue conocida por la razón humana como la ley de la naturaleza» (30). Es decir, Gerson subraya, en su teoría de los derechos naturales, el fin, que es la perfección moral del cristiano.

Como John Wycliff había sostenido que quienes no se encontraran en estado de gracia (en referencia a los sacerdotes) podían perder su derecho a gobernar (31); Gerson contra argumenta que ni siquiera los pecadores pueden perder sus derechos naturales, que incluso los infieles poseen tales derechos; pues así como un rey injusto, un tirano, puede ejercer su derecho al gobierno hasta que sea justamente condenado, así también los individuos tienen el derecho a resistir los actos ilegales (32). «Ninguna ley humana

(28) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., págs. 221-225.

(29) *Ibid.*, págs. 224-225.

(30) *Ibid.*, págs. 228-229.

(31) *Ibid.*, págs. 229-230.

(32) *Ibid.*, págs. 231-232.

puede remover este derecho natural [a la autodefensa], escribió Gerson» (33).

Del descubrimiento de América a Grotius

Un nuevo peldaño en el desarrollo de los derechos naturales se alcanzó a propósito de la conquista española de América. Tierney dedica dos capítulos del libro a estudiar el derecho natural de los indígenas en Vitoria, Las Casas y Suárez (34). Su interpretación no difiere de la divulgada en los últimos tiempos en el sentido que fueron los teólogos y juristas españoles quienes acabaron de redondear la doctrina de los derechos naturales que ganará fuerza en el siglo XVII con la obra de Grotius y sus seguidores.

Por ejemplo, cuando trata de Vitoria, reproduce el repetido discurso sobre los derechos de los indígenas americanos –especialmente de dominio–, pero Tierney le da un giro espiritual para conectarlo con Gerson. Así, llega a la conclusión que del argumento de Vitoria resulta que «todos los seres humanos –pecadores, infieles, niños, incluso esclavos por naturaleza [...]– podrían ser portadores de derechos y poseerían ciertos derechos naturales [...]. Para Vitoria, los derechos naturales estaban arraigados en la naturaleza humana» (35). Y algo similar se puede decir de Las Casas, pues todo el argumento de su libro *De thesauris in Peru* gira, según Tierney en torno al «derecho natural de libertad», enriquecido con razonamientos jurídicos (36). Suárez fortalecerá la idea de derecho natural subjetivo abonándola con una doctrina política consensualista (37).

Grotius –dice Tierney– tomó prestadas sus definiciones del *ius* de los teólogos españoles del siglo XVI, pero a causa

(33) *Ibid.*, pág. 232.

(34) *Ibid.*, cap. XI, págs. 255 y sigs.; y cap. XII, págs. 288 y sigs.

(35) *Ibid.*, pág. 271.

(36) *Ibid.*, pág. 280. Dos frases lascasianas son definitivas en la historia de los derechos del hombre: la aplicación de la máxima *quod omnes tangit*, y la afirmación de que la libertad es un derecho infundido en el hombre desde su nacimiento (*ibid.*, págs. 280-287).

(37) *Ibid.*, págs. 288 y sigs.

de su protestantismo (y el de sus lectores), escondió sus fuentes en una espesura de citas clásicas; en otros términos, empleó el vocabulario que se originó con Ockham y los canonistas del siglo XII (38), camuflándolo. Por ejemplo, Grotius, copió su concepción de los derechos naturales de los canonistas: es una facultad, una capacidad (*aptitude*), o un poder que permite a la persona reclamar lo que es suyo (*suum*) (39). Por ende, la nueva visión del mundo y de la Iglesia que pregona Grotius proviene de la tradición medieval de pensamiento acerca de la ley natural y los derechos naturales (40); y, por medio de él, esa añeja tradición se recogerá en la vendimia inglesa de Hobbes, Selden y Locke; en la alemana de Pufendorf, Leibniz y Thomasius; incluso en la francesa de Domat y Pothier (41).

En suma, concluido el periplo, se puede afirmar que «las teorías occidentales de los derechos no fueron, en su origen, simplemente una expresión de los impulsos más egoístas del temprano capitalismo moderno» (42).

Autoconservación y propiedad sobre uno mismo

El filósofo y teólogo Enrique de Gante (c. 1217-1293) es, a juicio de Tierney, el primero en afirmar que la autoconservación constituye a la vez un deber y un derecho de todo hombre (43). Su argumento se basaba en un ejemplo muy sencillo: en la q. 26 de *Quodlibet IX* plantea el dilema del prisionero, esto es, si un condenado a muerte puede lícitamente escapar. Supongamos un pobre que en riesgo de morir de hambre se ve obligado por la necesidad a robar comida, y va

(38) *Ibid.*, págs. 333-342.

(39) *Ibid.*, pág. 325. Si Grotius no mencionó ninguna de las fuentes medievales al dar cuenta de los diferentes significados de *ius*, sin embargo, «de hecho su aparato conceptual de la ley y los derechos, las ideas que apuntalarían todo el trabajo posterior, eran de origen medieval». *Id.*, pág. 326.

(40) *Ibid.*, pág. 339.

(41) *Ibid.*, pág. 340.

(42) *Ibid.*, pág. 347.

(43) *Ibid.*, pág. 83.

a ser condenado por criminal. Según Gante, en tal extremo, es más importante llenar las necesidades elementales de la vida que cumplir la ley, porque todos los hombres tienen el deber de subsistir o sobrevivir; si se dejara morir de hambre comería suicidio; y si un juez quisiera condenarlo, tendría derecho a huir porque su derecho/deber de subsistencia está por sobre toda ley humana (44).

Del conflicto entre la potestad judicial y el derecho de autoconservación del inculpatado, Tierney encuentra en Gante la doctrina de la propiedad sobre uno mismo, distinguiendo el *ius utendi* del *dominium* en el sentido estricto de propiedad: el juez sólo tiene un derecho de uso sobre el reo, pero éste tiene un derecho de propiedad sobre sí mismo. La preservación de la vida tiene prioridad porque incluso el juez podría estar compelido por la necesidad. Gante dio así un giro importante en la teoría medieval de los derechos del hombre, concluyendo que «una continua cadena de textos conecta la idea del dominio de sí mismo con la doctrina del siglo XVII» (45).

La pregunta que se impone en este caso es si Gante no está en realidad diciendo que el presunto derecho a la autoconservación importa el deber de cumplimiento de las leyes divina y natural. Pues si así fuera, como creo, no hay tal dominio sobre sí mismo sino un deber religioso y moral, evitar el pecado y alcanzar la virtud (46). Tierney extrema la tesis y del derecho a la autoconservación extrae el derecho (la licencia, el permiso) a robar en caso de necesidad y de huir en caso de ser juzgado.

No hay modo que esta doctrina de Gante (que está también en Almain y Santo Tomás, entre otros) sea semejante a la moderna: los escritores medievales ponen primero el

(44) *Ibid.*, pág. 85.

(45) *Ibid.*, pág. 89.

(46) Escribe Janet COLEMAN, «Are there any individual rights or only duties? On the limits of obedience in the avoidance of sin according to late medieval and early modern scholars», en Mäkinen y Korkman, *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, cit., pág. 15: «Para Enrique, nunca hay poderes ejercitados indiferentemente y *ad libitum* incluso en los más acotados dominios de la libre acción».

deber moral, mientras que los modernos (como Hobbes y Locke) priorizan el derecho a la autoconservación (47).

3. Observaciones y rectificaciones

Los derechos como esfera de autonomía personal

En una favorable reseña, tal vez exagerando el tono, se dice que Tierney ha probado que «no hay derecho natural en los Evangelios y es Graciano quien aplica la regla de oro, creando una conexión que encontraremos en las declaraciones de los derechos naturales de 1789 y 1793» (48). Pero un salto de tal magnitud, de seis siglos, no puede admitirse sin concebir al hombre y al derecho en términos modernos. Eso es lo que el comentarista descubre en el texto de Tierney: «La idea de la ley natural, recuperada de la Edad Media por la época moderna, viene de la consideración de una naturaleza humana moralmente responsable, racional, y que debe ser protegida» (49).

¿Es esto lo que pretende Tierney? En sus palabras, en el medioevo se encuentra el origen de los derechos del hombre como «una esfera neutral de elección personal» (50), esto es: un ámbito en el cual los sujetos libres pueden elegir ejercer o no ejercer sus capacidades naturales racionales. O como dice rectificando al jurista medieval Conrad Summenhart: «Sólo en los seres humanos el derecho [*ius*] designa una libertad [*liberty*], una autonomía de acción [*freedom of action*]» (51); o, en otra ocasión valiéndose, de una

(47) Ernest L. FORTIN, «On the presumed medieval origin of individual rights», *Communio* (Washington), núm. 26 (1999), págs. 68-72.

(48) Florence GAUTHIER, «Brian Tierney, *The idea of natural rights. Studies on natural rights, natural law and Church law, 1150-1625*, Michigan/Cambridge, Eerdmans, 1997, 380 págs.», *Médiévales* (Marsella), núm. 57 (2009), pág. 162.

(49) *Ibid.*

(50) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., pág. 49. Concepto que toma de Habermas y que resume todo el moderno recorrido de la autonomía y la libertad negativa.

(51) *Ibid.*, pág. 248.

frase de Savigny, respecto del individuo, el *ius* equivale al «territorio en el cual su voluntad prevalece» (52). Luego, no cabe sino entender que Tierney tiene un concepto moderno del derecho natural subjetivo.

Los canonistas y el derecho subjetivo

Descubierta la concepción moderna que de los derechos tiene Tierney –lo que faculta sostener que su lectura es anacrónica, preñada de presentismo (53)–, cabe preguntarse si era habitual el empleo de *ius* en sentido subjetivo entre los canonistas, como él sugiere.

Tierney y sus seguidores sostienen que sí, pues parten de una petición de principio: los canonistas de los siglos XII y XIII iniciaron la doctrina de los derechos subjetivos. Otros especialistas señalan, empero, que el término *ius* significa equidad o justicia antes que facultad, esto es, «una exigencia que podemos demandar en las relaciones exteriores entre los individuos porque se funda en el deber de los demás para con nosotros o en el nuestro para con ellos. La *potestas* que tengamos siempre debe ser ejercida de tal manera que nuestros actos queden circunscritos por lo que ya es conocido por nosotros como fuente de obligaciones, de modo que actuemos obedientemente» (54). Y esa fuente es la ley natural, sea que la extraigamos directamente de la Revelación (como los neo-agustinianos), sea que la conozcamos por nuestras inclinaciones naturales confirmadas por la ley divina (como en Santo Tomás).

El problema de Tierney es que acaba por volver indescifrable la diferencia entre *ius* y *lex* que hay en Santo Tomás y otros escritores medievales; no desconozco las dificultades

(52) Brian TIERNEY, «Review article — Medieval rights and powers: on a recent interpretation», *History of Political Thought* (Exeter), vol. 21, núm. 2 (2000), pág. 328.

(53) Así, Cary J. NEDERMAN, «Review essay: The politics of mind and word, image and text: retrieval and renewal in medieval political theory», *Political Theory* (Princeton), vol. 25, núm. 5 (1997), pág. 729.

(54) COLEMAN, «Are there any individual rights or only duties?», cit., pág. 24.

interpretativas, pero no puede aceptarse la conversión de *lex* en *ius* ni la asimilación de *ius* a *potestas* que expone Tierney. Pero no sólo Santo Tomás; los canonistas también usan similar lenguaje, pues en el siglo XIII, cuando disputan sobre el significado de *ius*, éste siempre está ligado a *iustitia* (55).

La hermenéutica de Tierney tampoco es correcta porque, probado que el uso de *ius* como facultad no era el que entonces predominaba, sino de modo ocasional, en tal hipótesis, lo que era secundario en los canonistas acaba volviéndose lo principal en la interpretación de Tierney –el uso de *ius* como facultad. Limitar el significado de un término a su uso, es dar primacía a la dimensión pragmática del lenguaje, tal como postula Ockham. Y desechar un uso alternativo sin mencionarlo, es arbitrariedad.

A resultas de ello, Tierney no advierte que ha reducido la moral a los derechos, lo que está bastante lejos de la intención medieval y/o escolástica. Tierney «aísla» el objeto de su atención del contexto en el que se presenta, parece hacer caso omiso –la mayoría de las veces– del argumento en el que se expone la palabra: sólo le interesa ver cuándo se habla de *ius* en sentido subjetivo, mediatizando el contexto de razonamiento teológico, religioso, moral y político en el que se inscribe (56).

Ockham y la pobreza franciscana

Varios autores parecen acompañar a Tierney en su idea de que los escritos de los franciscanos, en su lucha por la pobreza contra el papado, deben ser leídos como precursores de los derechos humanos, especialmente del derecho de propiedad. Pero si así fuera, no puede entenderse sin el giro filosófico de Ockham que impone la exégesis de *ius* como

(55) *Ibid.*, pág. 22.

(56) Es su método: «Afirmar un adecuado ordenamiento de las relaciones humanas implica una estructura de derechos y deberes. Al presentar un sistema de jurisprudencia, uno puede enfatizar ya el patrón objetivo de las relaciones ya los derechos y deberes implícitos de unas personas a otras –y entonces, nuevamente, uno puede centrarse en los derechos o en las obligaciones». TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., pág. 33.

potestas. Ockham era franciscano y, dijimos, tomó parte por sus hermanos en la polémica, apropiándose de la interpretación pontificia. Y si se fija la atención en Ockham, en esta sede no puede obviarse que el nominalismo y el voluntarismo allanaron el camino al establecimiento de los Estados seculares y sus sistemas jurídicos de derechos subjetivos. ¿Qué une a Ockham y a Hobbes, a Locke y los contractualistas si no es el legado teológico franciscano de una concepción voluntarista del Creador y de la creación? (57).

Tierney no piensa así y desliga la teoría jurídico-política de Ockham de su metafísica, pues su contribución a las teorías de los derechos naturales, antes que por su posición teológico-filosófica, se explica por la situación política, por la teología moral ockhamista y su conocimiento del lenguaje y el pensamiento jurídicos precedentes. De aquí resulta que Ockham defendió los derechos de los frailes franciscanos en el idioma que él había heredado y que sus argumentos contra el Papa no fueron metafísicos sino «consideraciones tácticas» (58). No hay, como expuso Villey, una conexión necesaria entre el sistema filosófico nominalista de Ockham y su voluntarismo, que quita a la razón su naturaleza de regla moral. Así, Tierney puede escribir que el *Breviloquium de principatu tyrannico* del franciscano Ockham es «el primer tratado de teoría política fundado esencialmente en los derechos» (59).

Sin embargo, las probanzas que aduce Tierney no desme-

(57) El poder absoluto de Dios se refleja en el poder absoluto del soberano, incluida la protección de los derechos naturales, considerados individuales e inalienables; derechos subjetivos, unilaterales, desligados de cualquier idea de una orden cósmico y cultural superior, al que ya no están religados en su uso y finalidad. Si Santo Tomás de Aquino –en opinión de Oakley– acentúa el carácter objetivo de los derechos personales y sus deberes en relación recíproca, la concepción franciscana de los derechos insistirá que se sostienen en el poder absoluto del Estado o gobernante. Cfr. Francis OAKLEY, «The absolute and ordained power of God in sixteenth- and seventeenth-century theology», *Journal of the History of Ideas* (Pensilvania), vol. 59, núm. 3 (1998), págs. 437-461; del mismo, «The absolute and ordained power of God and king in sixteenth and seventeenth centuries: philosophy, science, politics and law», *Journal of the History of Ideas* (Pensilvania), vol. 59, núm. 4 (1998), págs. 669-690; etc.

(58) TIERNEY, *The idea of natural rights*, cit., pág. 171.

(59) *Ibid.*, pág. 185.

recen las que oportunamente aportara Villey. Si el primero afirma que la doctrina ockhamista de los derechos personales puede sostenerse sin recurrir a su metafísica, el segundo muestra diáfananamente la conexión entre ambos extremos. A Tierney no le interesa lo que Villey demuestra. Pero, desde una perspectiva histórico-filosófica, es innegable que el nominalismo de Ockham está en el origen de su teoría de los derechos naturales (60).

La ley natural permisiva

Afirma nuestro autor que fue el concepto de la ley natural el que permitió que, dentro de ella, comenzara a pensarse en los derechos derivados de su carácter permisivo («las autorizaciones [permisos] de la ley de la naturaleza estaban circunscritas por los mandamientos y prohibiciones de la misma ley»), tanto en el sentido del derecho respecto de los demás como en el de la afirmación de un sujeto titular de derechos que no pueden ser violados por los otros. La idea –insiste– está ya en el siglo XIII y es elaborada por el Papa Inocencio IV en sus comentarios a las *Decretales*, pues fue él quien «explicó que el derecho natural de propiedad de un primer ocupante estaba protegido por la ley natural al obligarnos a no hacer a los demás lo que no queremos hagan a nosotros mismos» (61).

Éste es un problema que aqueja a los juristas, pero no a los filósofos, moralistas o teólogos; aquéllos ven en la ley natural una suma de preceptos y prescripciones que entienden como prohibiciones o mandatos; pero desnaturalizan el sentido de la ley natural en la medida que desdeñan su fin: tender a la perfección humana imperando las conductas buenas. La ley natural no es un código penal (o un regla-

(60) Cfr. Michel BASTIT, *El nacimiento de la ley moderna*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, 2ª parte, págs. 195-348; etc.

(61) TIERNEY, «Natural law and natural rights: old problems and recent approaches», cit., pág. 401; «Permissive natural law; Gratian to Kant», cit., pag. 386.

mento) que parte del principio de que lo que no está prohibido está permitido; es, antes que nada, la ley de la recta ordenación al bien humano. Su primer principio es hacer el bien y evitar el mal.

Valerse de la idea de una ley natural permisiva y aplicarla tanto a Graciano como a Hobbes, a Marsilio como a Grotius, a Vitoria como a Kant y Nozick, es –otra vez– hacer un uso selectivo de las palabras y los argumentos con un propósito predeterminado: mostrar que de la ley natural se derivan derechos naturales o que tanto la una como los otros están anclados en la naturaleza humana (62).

El esfuerzo de Tierney olvida el contexto clásico de la ley natural, que es moral, esto es, el bien humano, traspasándolo al plano personal de las opciones autónomas, libres e individuales (63); así también omite toda referencia a Dios legislador como presupuesto fundamental del derecho medieval. Omisiones que se repiten en el pensamiento moderno. Tierney –que lo sabe– opta por apoyar una concepción de la ley natural moderna, liberal, lockeana; y por eso dice: «La ley natural permisiva no confiere con precisión derechos a las personas; antes bien, define un área dentro de la cual el poder inherente a la libre elección puede ejercerse lícitamente. La ley natural preceptiva establece límites que impiden a la libertad degenerar en una licencia que pudiera ser destructiva de la sociedad. En palabras de Locke, la finalidad de la ley [natural] “no es abolir y restringir sino preservar y ampliar la libertad”, pues ella “solamente nos protege de los pantanos y de los precipicios”» (64).

(62) TIERNEY, «Natural law and natural rights: old problems and recent approaches», cit., pág. 405.

(63) Tierney se ha dado cuenta de esta objeción y responde: «Si uno estuviera escribiendo una historia de la filosofía moral esto parecería un cambio muy significativo; pero, si uno está interesado principalmente en el origen y desarrollo de la idea de derechos naturales, es igualmente importante que los viejos derechos persistieron con un nuevo atuendo secular». Como la última es la ocupación de Tierney, puede concluir que «la vieja idea de derechos naturales pareció demasiado valiosa como para descartarla». TIERNEY, «Dominion of self and natural rights before Locke and after», cit., pág. 196.

(64) TIERNEY, «Natural law and natural rights: old problems and recent

Ahora bien, ¿podemos hablar de derechos subjetivos, naturales, como permisos indiferentes o no especificados por la ley natural? ¿Podemos admitir que la ley moral está llena de zonas grises que se refieren a conductas ni buenas ni malas, zonas de libertad en las que los individuos pueden decidir a su antojo? Si así fuera, dejaría de ser ley moral (65); y dejaría de ser ley, pues ésta es formalmente imperio, mandato, *imperium*, no opinión (66). La ley natural permisiva se convierte en la ley de la libertad humana: la «ley natural –aduce Tierney– deja grandes áreas de la conducta humana indeterminadas por sus mandatos y prohibiciones; reconoce un ámbito de autonomía humana donde las personas tienen un derecho natural a actuar como ellas eligieron. Eso es lo que Locke también quiso decir cuando afirmó una doctrina de la ley y los derechos naturales “dentro de la autorización de la ley de la naturaleza”» (67).

Tierney cree que los permisos o derechos que nos permiten elegir «diferentes formas de vida», no son indiferentes en términos morales, que deben ser «todos lícitos y justos», esto es, «basados en juicios de la razón aplicados a diferentes circunstancias humanas y no intrínsecamente injustos» (68). Sin embargo, esta condición (la justicia) devuelve el problema del *ius* a su sentido originario: lo que es justo, de modo que el alcance objetivo predomina sobre el subjetivo. Como dijera San Agustín, *ius de fonte iustitiae manat* (69).

approaches», cit., págs. 405-406. La referencia es a JOHN LOCKE, *Two treatises of government* [1690], Londres, 1768, II, V, § 57.

(65) Como bien dice COLEMAN, «Are there any individual rights or only duties?», cit., pág. 24, esa zona indiferente de permisión puede concebirse en la ley humana o civil, mas no en la ley ética universal.

(66) Santo TOMÁS DE AQUINO, *S. th.*, I, q. 17, a. 1; I-II, q. 18, a. 1; q. 90, a. 1. Por eso es la razón directiva de los actos a su fin: *ibid.*, I-II, q. 93, a. 3.

(67) TIERNEY, «Historical roots of modern rights: before Locke and after», cit., pág. 50. Cfr. LOCKE, *Two treatises of government*, cit., II, IX, § 128.

(68) TIERNEY, «Permissive natural law and property: Gratian to Kant», cit., pág. 386.

(69) *De Civ. Dei*, XIX, 21.

4. Conclusión

Para terminar, digamos que el esfuerzo de Tierney permite demostrar, en el mejor de los casos, que si los canonistas del siglo XII descubrieron que *ius* podía ser interpretado como facultad personal, lo fue como uno de sus tantos significados; pero no se debió a ellos que se generalizara tal uso, sino que fue obra de los escritores del siglo XIV, a partir de la polémica con los franciscanos (70) y por la doctrina de Ockham. O mejor aún: Tierney ha demostrado que en los canonistas existió la atribución de derechos a los sujetos pero no un uso subjetivo del concepto (71), porque el fundamento de tales atribuciones no estaba en el sujeto (no hay una subjetivación del concepto como en la modernidad) sino en la misma cosa justa, *id quod justum est*.

Esto es, los derechos de lo que habla Tierney están sometidos a una ley anterior que los circunscribe y los relativiza; a una ley que los funda y de la cual emanan. Por el contrario, los derechos modernos se fundan en el sujeto, en su naturaleza; y si hay una ley natural que los delimita y los condiciona, no es más que la ley racional, la ley de la razón que el propio hombre descubre o pone (72). En la doctrina medieval, aun en el uso de los canonistas y juristas, el derecho subjetivo dice siempre de una «relación» establecida por la ley (civil o canónica, natural o divina), ley en la que se funda la facultad de la persona, inseparable de lo justo, de la justicia. En la doctrina moderna –que comienza en Ockham y cristaliza en Grotius y Locke o Kant–, el derecho subjetivo dice de una «cualidad» del sujeto, de una condición o facultad personal que se funda inmediatamente en el

(70) Oliver O'DONOVAN, «The language of rights and conceptual history», *Journal of Religious Ethics* (Tallahassee), vol. 37, núm. 2 (2009), pág. 200.

(71) FORTIN, «On the presumed medieval origin of individual rights», cit., págs. 55-77.

(72) Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

sujeto mismo, en su ser (llámesele dignidad, autonomía, libertad, personalidad, etc.) y mediatamente en la ley de la naturaleza, ahora inseparable de las pretensiones y deseos individuales, del individuo como propietario (73).

La subjetivación de los derechos, por tanto, no se produce en el lenguaje medieval ni en la doctrina de los canonistas hasta Ockham; en ese entonces todavía no se había inventado el individuo moderno, que el siglo XIV verá aparecer en la raída escolástica de los voluntaristas y nominalistas; que el siglo XV exaltará en las apologías renacentistas del ser humano; que el siglo XVI concretará en la reforma protestante y esa aterradora y engreída soledad del hombre ante Dios; y que el siglo XVII llevará al derecho y la política de la mano del humanismo protestante radicalizado de los juristas y filósofos (74).

En consecuencia, una perspectiva histórica del origen y la evolución de los derechos humanos no puede ser meramente cronológica y tampoco lexicológica. Ha de estar atenta a las premisas filosóficas (incluso teológicas) que dan forma a los términos jurídico-políticos. Es esta una lección que aprendemos en la obra de Tierney, pues si el término *ius* tiene variados significados en el uso medieval (como lo tiene la palabra derecho en el uso moderno y contemporáneo), no podemos simplemente trazar una línea de continuidad [con quiebres y rupturas, cierto, como el mismo Tierney advierte (75)] olvidando esas premisas en las que se funda el sentido de las expresiones, para concluir que los derechos modernos son los viejos derechos medievales, si bien reformados.

La tesis de Tierney –que los derechos modernos surgen

(73) Cfr. *ibid.*, págs. 98-103 y 123-129.

(74) Por tanto, la nueva doctrina, la moderna, acerca de los derechos naturales significa la «muerte filosófica» de la ley natural clásica, como afirma Knud HAAKONSEN, *Natural law and moral philosophy: from Grotius to the Scottish enlightenment*, Nueva York, Cambridge University Press, 1995, págs. 311-314.

(75) Especialmente en TIERNEY, «Response to S. Adam Seagrave's "How old are modern rights? On the Lockean roots of contemporary human rights discourse"», *Journal of the History of Ideas* (Pensilvania), vol. 72, núm. 3 (2011), págs. 461-468.

del manantial de los canonistas del siglo XII– parece cuestionable, a mi juicio y en síntesis, por las siguientes razones: porque el término *ius* en la usanza medieval, aun cuando tuviera un uso subjetivo (como quiere el autor anglo-americano) no era independiente de lo *iustum*, de la *iustitia*, que los llenaba de significación; porque el *self-ownership* moderno (al estilo de Locke) no es equivalente a la idea cristiano medieval del ser dueño de los actos y de uno mismo, que se dice del hombre libre y virtuoso que actúa conforme al orden moral; y, finalmente, porque la supuesta ley moral permisiva es un invento kantiano que malamente puede retrotraerse a la doctrina medieval de la *lex naturale*, y se corresponde más bien a la concepción moderna de una ley natural que no busca la perfección humana sino la libertad individual.

Por todo esto, habrá que seguir sosteniendo que la revolución nominalista y voluntarista del siglo XIV es la piedra de toque para la conversión de *ius* en una facultad subjetiva, un atributo del sujeto; que la reforma protestante –tal vez no en sus iniciadores, Lutero y Calvino, pero sí en sus epígonos, especialmente del siglo XVII– colaboró a la subjetivación de los derechos al fracturar el orden natural y desgajarlo del sobrenatural, abonando la secularización y el individualismo hodiernos; y, finalmente, que sobre tales bases, los derechos humanos, subjetivos, naturales, individuales, amanecen en el siglo XVII en las obras de Grotius, Pufendorf y Locke, y, en menor medida, Hobbes.