

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son ininteligibles sin el concepto *derecho subjetivo*, que se gestó en la modernidad (siglo XVII), si bien tiene ciertos precedentes importantes en la Edad Media. Sólo fue posible hablar de derechos humanos una vez que se consideró que el hombre, por el simple hecho de serlo, tiene una serie de *prerrogativas naturales o derechos subjetivos* que deben ser reconocidos, respetados y protegidos por el poder soberano. De ahí la importancia del estudio de este concepto para conocer el origen de lo que en la modernidad se ha llamado *derechos humanos o fundamentales*.

El derecho subjetivo, que tiene su momento de madurez en el siglo XVII con el nacimiento de la Escuela Racionalista de Derecho Natural,² cuyo fundador, para muchos historiadores, es el humanista holandés Hugo Grocio, comenzó a ser toral para los grandes sistemas de pensamiento jurídico y político. Sin embargo, a los modernos no se les puede atribuir por completo la autoría de este concepto, pues su origen está en las obras, códigos y discusiones de la Baja Edad Media.

1. El derecho subjetivo en la Edad Media

En sentido estricto, no hubo en la Edad Media un concepto de derecho subjetivo. Hubo, eso sí, figuras jurídicas y conceptos teóricos que dejan entrever los primeros visos de una versión de libertad que dará paso al moderno concepto de *derecho subjetivo*. Para los medievales, el derecho era esencialmente una relación con una cosa, y consideraban que el medio propio de la justicia era un medio

² Para el surgimiento de la Escuela Racionalista de Derecho Natural, véase Francisco Carpintero Benítez, *Historia del derecho natural. Un ensayo*.

real (*medium rei*),³ es decir, que lo importante no eran tanto las pretensiones subjetivas de cada uno de los que entraban en un trato jurídico cuanto las cosas y las relaciones con ellas que eran objeto del mencionado negocio. La justicia era un acto virtuoso que buscaba dar a cada quien lo suyo, generando “una cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior”.⁴ Lo importante, pues, era la determinación y el otorgamiento de los objetos que son de cada quien. La justicia, a diferencia de otras virtudes, tenía como finalidad insertar en lo real, modificarlo, generar un estado de cosas nuevas: realizar el *ius* o derecho. *Ius* es precisamente eso: lo que es de cada quien. No es lo que yo pretendo que sea mío, sino lo que de hecho es mío por algún título jurídico que lo ampara, sea éste el trabajo, una donación o un contrato, entre otras formas de adquisición de la propiedad.

Dos son las grandes fuentes donde podemos encontrar los primeros esbozos de un derecho subjetivo: el derecho canónico y las controversias franciscanas sobre la pobreza evangélica. Analizaremos a continuación en qué sentido podemos decir que en estos dos lugares se comienza a dar una nueva concepción de la libertad y, por tanto, de Derecho, que dista del criterio tradicional del *medium rei*.

1.1. *Fas* (lo lícito) y *ius* (lo legal)

No es aquí lugar para dirimir la difícil cuestión de si existió la noción de derecho subjetivo en el Derecho Romano. Digamos, sin meternos en camisa de once varas, que dado el caso de que haya existido, dista enormemente de su versión moderna.⁵ Cabe destacar, por otro lado, la fuerte influencia que ejerció el Derecho Romano para la con-

³ Tomás de Aquino dedica una cuestión de su *Suma Teológica* a explicar qué significa un medio real y por qué es propio de la justicia. Véase. II, II, c. 58, art. 10.

⁴ *Idem*.

⁵ Véase Francisco Carpintero Benítez *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, pp. 20-25 y 38.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

figuración del concepto *derecho natural*. Tres son los pilares heredados por los pensadores de la Baja Edad Media de los juristas de la península itálica: la común posesión de todas las cosas, la igual libertad de todos y la posibilidad de actuar libremente sin daño para otros.⁶ Estas tres máximas serán, asimismo, tierra fértil para el nacimiento de un nuevo concepto de libertad, el cual, a la larga, es decir, hacia el final de la Edad Media, será el sostén ideológico del derecho subjetivo.

El primer precedente claro que podemos hallar en la historia del pensamiento de una noción de derecho subjetivo es la distinción entre *fas* y *ius* que hizo San Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*,⁷ obra en la que el obispo español pretendió compilar toda la sabiduría del Alto Medievo. *Fas* es lo lícito, lo autorizado por Dios al hombre, mientras que *ius* es lo legal, esto es, aquello que está en las leyes. Isidoro lo ejemplifica de la siguiente manera: un hombre cualquiera que, por necesidad, cruce por un terreno privado, lo hace de manera lícita pero ilegal, es decir, por ser hombre y libre puede, siempre y cuando esté justificado, invadir un terreno que no es suyo, si bien con ello está violando una ley y cometiendo una ilegalidad.

Fas es una *facultad* anterior al derecho que posee todo ser humano y que tiene que ver con *la dignidad que implica ser libre y racional*; dicho en una palabra, *lo lícito es una prerrogativa exclusiva de las personas*.⁸ *Ius*, por el contrario, se refiere a los preceptos que los hombres han pactado; si se quebrantan, imponen una carga, un castigo justificado por la vida en sociedad.

Las *Etimologías* de San Isidoro tuvieron un gran prestigio durante toda la Edad Media, al punto de convertirse

⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁷ Publicadas en Biblioteca de Autores Cristianos, p. 501.

⁸ Para una historia de la evolución del concepto de persona y su importancia en la ética, la moral y el derecho, véase Robert Spaeman, *Personas: Acerca de la distinción entre algo y alguien*.

en referencia obligada de los estudiosos. Tomás de Aquino, por poner un ejemplo, las cita profusamente. Debido a esto, la distinción entre *ius* y *fas* tuvo una fuerte impronta entre los teólogos y juristas de la Baja Edad Media y es sumamente común encontrarlos con el ejemplo del viandante que cruza por terreno ajeno en los libros escritos en esta época.

La existencia de una facultad que estaba por encima del Derecho, de las leyes y sus preceptos, debido a que el hombre la poseía naturalmente, esto es, la poseía por el simple hecho de ser libre y racional, es un claro antecedente del derecho subjetivo.

1.2. *La plena potestad canónica*

Otro antecedente del derecho subjetivo lo encontramos en el Código de Derecho Canónico. Este ordenamiento jurídico —cuyo origen formal o normativo data del siglo XII—, por ser propio de la Iglesia católica tenía un valor general en toda Europa. A diferencia del derecho común —es decir, el constituido por los usos y costumbres que los pueblos habían elevado a la categoría de normas jurídicas— y de los ordenamientos locales, el derecho canónico no dependía de pactos entre las partes, pues su autoridad no residía en la voluntad humana sino en la voluntad divina.⁹

¿Quiénes conocían esa voluntad divina para traducirla a normas jurídicas universales? El Papa y el concilio de obispos, fue la respuesta dada al unísono por los canonistas. A esta particular capacidad que sólo era propia de la más alta jerarquía eclesiástica se le llamó potestad o *potestas*. ¿Qué era potestad para el derecho canónico? Una cierta *facultad* adecuada para ejercer alguna operación en determinado supuesto, según la definición del ju-

⁹ Véase F. Carpintero Benítez, *et al.*, *El derecho subjetivo...*, *op. cit.*, p. 39.

rista medieval Jacobo Almain.¹⁰ Y el término *facultad* designaba claramente un poder que podía ser ejercido *ad libitum*, o sea, libremente.

Tradicionalmente se había considerado que el Papa tenía dominio sobre toda la Iglesia, el cual ejercía a través de su potestad, y las autoridades inferiores y los fieles en general tenían también a su disposición una serie de facultades y derechos. El dominio que supuestamente poseía el Papa sobre el orbe fue conocido con el nombre de *plena potestad*; los obispos igualmente tenían potestad sobre sus diócesis. Lo particular de estas potestades es que eran *primarias* y *originales*, es decir, no se derivaban de ninguna otra fuente que no fuese la concesión divina y, por tanto, *no se fundaban en derecho alguno sino que fundaban el Derecho*.

Así, el Papa tenía la potestad de ordenar tal o cual cosa, y los cristianos tenían el deber moral de acatarla. Otro tanto sucedía con los fieles de una diócesis (espacio geográfico donde un obispo ejerce su autoridad pastoral) respecto de su obispo: tenían que acatar en conciencia las normas y órdenes de éste.

En esta particular potestad atribuida a ciertos individuos por su condición clerical, Bryan Tierney¹¹ ve el precedente más claro y cercano de la moderna noción de *derecho subjetivo*.

1.3. Las discusiones sobre la pobreza franciscana

San Francisco de Asís fundó la Orden de los Frailes Menores en 1209. De la multitud de movimientos religiosos que ponderaban la pobreza, fue el de Francisco el más influyente y exitoso de toda la Edad Media. La pobreza como ideal salvífico tiene su fundamento en el Nuevo Tes-

¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹¹ “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXIV, núm. 2202, pp. 192-194; *apud*. F. Carpintero, *El derecho subjetivo...*, *op. cit.*, p. 41.

tamento, pero su resignificación como una práctica voluntaria y radical tuvo su desarrollo más importante en la época bajomedieval.¹² Estos movimientos no veían la pobreza simplemente como la ausencia de riquezas o la vida sobria —así se había visto a la pobreza tradicionalmente—, sino como una condición asumida hasta sus últimas consecuencias: la mendicación, es decir, vivir de la caridad de los demás. El pobre voluntario se oponía al dominio (*dominium*) o potestad (*potestas*); él era un siervo que había renunciado a todo poder (*potens*) económico, político, cultural, social. Esto significa que optaba por la impotencia y su puesto en la sociedad era insignificante, pues al no poseer nada, no tenía ninguna relación con el Derecho. Esto último vale pena recalcarlo: el pobre, al renunciar a todo dominio, perdía cualquier estatuto jurídico. El *dominium* o dominio, que definía en gran medida el derecho objetivo, significaba la relación de poder con un objeto o con otra persona, relación que el Derecho protegía, conservaba, a través de las leyes. Dicho de forma resumida: el dominio era un poder legal.

La Regla de San Francisco, en sus dos formulaciones, estipula que la pobreza significa la ausencia de dominio en el sentido más amplio. Los hermanos no deben tener nada como propio, como se afirma en el capítulo VII de la *Regula bullata*:

Los hermanos nada se apropien, ni casa, ni lugar, ni cosa alguna. Y como peregrinos y forasteros (cf. 1 Pe 2,11) en este siglo, sirviendo al Señor en pobreza y humildad, vayan por limosna confiadamente, y no deben avergonzarse, porque el Señor se hizo pobre por nosotros en este mundo (cf. 2 Cor. 8,9). Ésta es aquella eminencia de la altísima pobreza, que a vosotros, carísimos hermanos míos, os ha constituido he-

¹² Para el tema de la pobreza franciscana, consultar Annabel Brett, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought (Ideas in Context)*.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

rederos y reyes del reino de los cielos, os ha hecho pobres de cosas, os ha sublimado en virtudes (cf. Sant 2,5).

Como se echa de ver, Francisco no propone la visión tradicional de la pobreza, para la cual lo verdaderamente importante era la “pobreza de espíritu”, sino que ordena a sus monjes, sin metáfora alguna, el abandono pleno de cualquier propiedad; “que vayan, que vendan todo lo que tienen y se lo den a los pobres”, recomienda el santo a los candidatos a ingresar en la Orden, haciéndose eco de la frase evangélica.

Al proponer la ausencia de dominio de cualquier bien material se abría un problema jurídico muy serio: ¿cómo se podía afirmar que los hermanos menores no tenían dominio sobre nada si usaban ropa y consumían comida?; ¿acaso el dominio que tenían sobre sus bienes básicos era ilegal?

El argumento general que esgrimieron los franciscanos —Buenaventura el más importante— fue que el uso y el dominio eran cosas distintas. Un cierto uso de las cosas es indispensable para la supervivencia, pero usar no significa dominar, poseer en propiedad. El pobre voluntario no tiene la intención del propietario ni ve ni utiliza la cosa como éste lo hace.

El “uso” es desvinculado de forma radical por los teóricos franciscanos del Derecho: usar de una cosa no es tener propiedad sobre ella. En consecuencia, el uso propio de los franciscanos no implica ningún derecho sobre la cosa. Esta afirmación generó fuertes polémicas no sólo entre los juristas sino entre los pensadores de otras órdenes mendicantes como la de los dominicos, quienes, si bien vivían la pobreza voluntaria de forma radical, no sostenían la ausencia absoluta de propiedad, pues consideraban que los conventos en los que vivían eran propiedad común de la Orden y que la comida que consumían

sí se la apropiaban. Éstos eran dos temas en los que los franciscanos eran tajantes: los hermanos menores no tenían ninguna propiedad, ni en lo particular ni en lo común, y tampoco se apropiaban de la comida que consumían; únicamente la usaban para su sustento. La polémica afectó a la Orden misma, que durante algún tiempo se dividió en dos bandos: los monjes conventuales, que estaban apegados a la tradición, y los monjes espirituales, quienes extremaron la visión de la pobreza franciscana.

El Derecho, así como una de sus más importantes especies, el dominio, pueden hacerse valer o reclamarse frente a un juez; sin embargo, toda pretensión o conflicto jurídico de esta índole se opone a la paz y a la humildad que Francisco exige de sus monjes en la Regla. Éste era uno de los problemas de fondo.

Según los “Hijos de Francisco”, este particular *uso*, que no tiene que ver con el Derecho, es el que Jesús y sus discípulos habían utilizado, y es también el que define la forma en como ellos se relacionan con las cosas. Esta manera de caracterizar el *uso* tiene fuertes vínculos con la noción de *potestad*, la cual, a su vez, se relaciona con el *fas* de San Isidoro. Las tres tienen en común el hecho de ser poderes que no se derivan del Derecho porque son anteriores a él.

Para el Derecho Romano no existía propiedad sin un título jurídico que la amparara; no obstante, esta máxima no daba cuenta de la pobreza que habían vivido Jesús y sus apóstoles, pues ellos, al igual que San Francisco de Asís, no habían poseído nada en estricto sentido y, por tanto, no habían utilizado el derecho. Para poder mantener esta afirmación, fue necesario considerar el dominio en términos distintos a los romanos.¹³ Uno de los intelectuales franciscanos que asumió esta pesada empresa con mayores y denodados esfuerzos fue Guillermo de Ockham.

¹³ Véase F. Carpintero Benítez *et al.*, *El derecho subjetivo...*, *op. cit.*

1.4. Guillermo de Ockham

Ockham es considerado por algunos autores como el primer teórico del derecho subjetivo, debido a su definición del Derecho como una potestad sobre lo individual.¹⁴ No obstante, los estudios sobre el uso del término *facultad* o *potestad*, tanto en el derecho canónico como en los tratados franciscanos anteriores al pensador inglés, han hecho que se matice esta afirmación. En efecto, Ockham no fue el primero en hablar de facultades subjetivas, pero es uno de los autores que más profundizaron en el asunto y, además, hizo un uso del concepto *ius* original que después sería muy influyente.

En el año de 1322 Juan XXII reabrió la polémica sobre la pobreza franciscana con la bula *Quia nonnunquam*, la primera de varias que criticaban la posición de los frailes menores respecto de la pobreza. La que cierra la serie, *Quia vir reprobus*, escrita en 1328, denuncia la apelación del general de la Orden, Miguel de Cesena —escrita bajo la protección de la corte imperial de Luis de Baviera—, en donde éste se opone resueltamente a las afirmaciones que las bulas del Papa hacen sobre la pobreza que habían de vivir los hermanos. Fue esta última bula la que motivó que Guillermo de Ockham escribiera su *Opus nonaginta dierum*, llamada así por los días que tardó el monje en escribirla (95). En ella refuta punto por punto las críticas que el Papa había esgrimido contra la Orden y su General.

La importancia de esta obra reside en la distinción entre la propiedad civil, que tiene su fundamento en el Derecho, y el *dominio primero o primera potestad*, la cual fue dada originalmente a Adán y Eva por Dios para dominar el mundo, según el relato del Génesis.¹⁵ Cristo usó del dominio de este tipo. Por tanto, al lado del dominio jurídico existe una forma radical y primaria de pro-

¹⁴ A. Brett, *Liberty...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ Véase F. Carpintero Benítez *et al.*, *El derecho subjetivo...*, *op. cit.*, p. 75.

piedad que permite usar de todas las cosas mundanas de forma voluntaria y sin ninguna relación mediada, sino directa. Para decirlo con otras palabras, una libertad original, connatural a todo hombre.

Esta afirmación es bastante novedosa. Las objeciones que habían esgrimido tanto el Papa como los juristas contra la versión de la pobreza franciscana eran esencialmente dos: cuando se actúa, se hace con derecho o sin derecho; en este último caso, se procede ilegalmente. La segunda consiste en afirmar que el consumo material de algo, por ejemplo, la comida, implica necesariamente la propiedad. Ockham contesta diciendo que junto al dominio civil existe un dominio primario, que es legítimo, aun cuando está fuera del Derecho, y que permite tener una propiedad particular de las cosas, si bien tal dominio nada tiene que ver con las leyes humanas o naturales. Lo particular de este dominio es que pertenece al derecho divino o *ius poli*, y su legitimidad no viene dada por el pacto de voluntades ni por una concesión terrena, ya sea política o jurídica. Con Ockham se abre paso la tesis de que los hombres tienen una serie de facultades para actuar lícitamente, porque

[...]todo aquello que a mí me aprovecha y a ti no te hace daño, es adecuado a la equidad de forma inmutable, aunque falte un derecho positivo que lo permita expresamente: y las leyes humanas no pueden estatuir lo contrario, porque entonces se trataría de una ley inicua que procede contra la caridad.¹⁶

Si el ser humano tiene una libertad radical que lo faculta para actuar lícitamente sin el amparo o autoridad del Derecho, entonces ninguna autoridad humana tiene poder de obligar a persona alguna que no preste su voluntad para ello. Como se echa de ver, en la noción de *dominio primero* forjada por el monje inglés encontramos *in*

¹⁶ *Opus nonaginta dierum*, Lyon, 1494, cap. 66.

nuce la visión moderna de libertad y, consecuentemente, la limitación del poder y la justificación del derecho de resistencia. No es de extrañar que el motivo inmediato por el que Ockham insiste en la existencia de facultades naturales es oponerse a la doctrina de la *plenitudo potestatis* (plena potestad) del Papa, según la cual —ya lo hemos dicho— éste tiene una autoridad incuestionable en toda la Iglesia, que se extiende por igual al ámbito temporal.

Parece que en el pensamiento de Ockham terminan por identificarse dominio y libertad. Esto significa que se contempla al hombre como un individuo pleno en sí mismo y dotado de una totalidad de soberanía. La libertad, entonces, es un dominio propio que *dota de autonomía e independencia a cada individuo*.

El *fas* (lo lícito), el *usus* (el uso) y la *prima potestas parentum* (la primera potestad de nuestros padres —se refiere a Adán y Eva—) dejan entrever una visión de la libertad individualista que servirá de andén para las futuras construcciones teóricas de los pensadores de la llamada Escuela Racionalista de Derecho Natural.

2. El derecho natural en la Segunda Escolástica Española¹⁷

Este nuevo concepto de libertad tuvo gran influencia en toda Europa y generó, a la larga, una nueva visión del derecho natural, distinta de la clásica —representada principalmente por Tomás de Aquino. Este derecho natural de corte moderno sufrirá una serie de transformaciones hasta evolucionar y convertirse en nuestro actual concepto de derechos humanos o fundamentales.

¹⁷ Para un estudio sobre las premisas filosóficas de los pensadores de la Segunda Escolástica, véase Eustaquio Galán y Gutiérrez, *Ius naturae: lecciones de cátedra. Una introducción la historia de la filosofía del derecho natural a tenor de las fuentes, con especial atención al pensamiento iusnaturalista español del siglo XVI, desde el punto de vista de la actual filosofía de la historia y de la actual sociología del conocimiento y según la concepción cristiana del mundo y de la vida*, y también Marcial Solana, *Los grandes escolásticos españoles del siglo XVI: sus doctrinas filosóficas y su significación en la historia de la filosofía*.

La Segunda Escolástica Española fue un movimiento intelectual fundado por el dominico español Francisco de Vitoria en las postrimerías del siglo XVI,¹⁸ que tuvo principalmente dos sedes intelectuales: las universidades de Coímbra y de Salamanca. Al frente de la primera estaba la Compañía de Jesús, mientras que la segunda fue dirigida por la Orden de los Predicadores. Se le califica de “española” porque la mayoría de los pensadores que la integraron era de esta nacionalidad; sin embargo, otros muchos intelectuales que suscribieron las premisas intelectuales básicas de este movimiento no eran originarios de la Península Ibérica.

Oponiéndose a la vía intelectual moderna, es decir, la representada por los nominalistas, quienes afirmaban —en resumidas cuentas— que los conceptos universales no existían porque no hay esencias, esto es, géneros o especies que sean anteriores a las cosas y que sean conocidos por abstracción, y que, en consecuencia, sólo podemos designar a las cosas con nombres particulares, los escolásticos españoles hicieron resurgir la vía antigua, representada por el pensamiento aristotélico-tomista.¹⁹ No obstante, el nominalismo había penetrado de tal forma en la mentalidad de la mayoría de los intelectuales europeos que hasta los que decidieron renunciar explícitamente a él, siguieron inmersos en sus aguas sin saberlo.

Una de las ideas que mayormente influyó en esta escuela fue que la libertad era una facultad originaria anterior al derecho humano. Sabemos ya que tal visión del libre arbitrio es factura de Guillermo de Ockham, como expusimos recién. Asimismo, otra tendencia que se dejó sentir con fuerza en los escolásticos tardíos fue la de considerar que el valor de toda ley residía en su carácter de ordenada por una voluntad superior. En la tradición filo-

¹⁸ Para ahondar en el panorama histórico de los siglos XVI y XVII, véase Johan Huizinga, *El otoño de la Edad Media*.

¹⁹ Véase Quentin Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, p. 91.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

sófica anterior, la ley tenía un valor por sí misma, ya que era un ordenamiento de la razón respecto de la realidad;²⁰ dicho en otros términos: la ley era una relación entre el mundo exterior y la racionalidad humana. Sin embargo, una vez que Ockham sostuvo que toda realidad es atómica y que de ella, por tanto, no se puede predicar ningún universal, la visión clásica de la ley como un *ordenamiento* cedió el paso a una visión voluntarista para la cual la esencia de toda norma es que sea impuesta por una autoridad.²¹

En el terreno antropológico, triunfó la visión del franciscano Dun Scoto, quien afirmó, oponiéndose en este punto como en otros a Tomás de Aquino, que el hombre es un ser incomunicable cuya naturaleza está acabada, por lo que no necesita de nada externo a sí mismo para su perfeccionamiento. Su razón, entonces, no ha de ordenarse según la realidad sino que, por el contrario, él ha de ordenar con su razón todo el mundo exterior, que no es otra cosa más que caos.

Así las cosas, podemos decir que fueron principalmente tres las ideas de filiación franciscana que tuvieron fuerte impronta en los pensadores de la Segunda Escolástica Española: 1) Una concepción de la libertad como una facultad irrestricta y primera, anterior a todo derecho, 2) una visión voluntarista de la ley, y 3) una antropología individualista que entiende al hombre como un ser cuya naturaleza está acabada.

Hubo, además, dos grandes ejes de pensamiento que sí fueron originales de la Escolástica Española: 1) el pactismo o contractualismo, con su consecuente idea de que la soberanía reside en el pueblo, y 2) que las esencias o naturalezas metafísicas son inmutables y revelan con toda claridad el derecho natural.

²⁰ Véase Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, p. 97.

²¹ Francisco Carpintero Benítez, *Ley natural. Historia de un concepto controvertido*, p. 177.

Nótese que esta última premisa parece contradecir aquella otra que afirma que la esencia de la ley o el derecho es su carácter de ordenada. En efecto, estas dos visiones chocan frontalmente; sin embargo, es bastante común que en la obra de un mismo pensador —Francisco Suárez es el ejemplo más sintomático— convivan afirmaciones sobre el ley de corte voluntarista y afirmaciones sobre la ley de un fuerte objetivismo metafísico.

No perdamos de vista que la creencia en una serie de derechos que se desprenden de la contemplación de las naturalezas —la humana la primera— es la que sostiene todo el edificio racionalista de los derechos humanos. De ahí la importancia de la Segunda Escolástica Española a la hora de hablar sobre el origen de estos derechos.

A continuación, haremos una breve exposición acerca de las doctrinas jurídicas y políticas de tres integrantes de la Escolástica tardía: Francisco de Vitoria, fundador de esta corriente; Francisco Suárez, el pensador en el que se dan cita la mayoría de las tendencias intelectuales que caracterizan a esta escolástica, y Fernando Vázquez de Menchaca, el primer jurista estrictamente moderno y en el que se encuentran muchos de los conceptos que, al correr del tiempo, hicieron posible el nacimiento de los derechos humanos.

2.1. *Francisco de Vitoria*

No se sabe con certeza el año en el que nació este insigne teólogo. Los historiadores conjeturan que fue alrededor de 1483. De lo que sí tenemos certeza es del año de su deceso: 1546. Vitoria estudió en la Universidad de París, donde conoció al pensador holandés Pierre Crockaert, quien tuvo decisiva influencia en él para que estudiara con total dedicación la obra de Tomás de Aquino.²² En 1526, ya portando el hábito negro y blanco de la Or-

²² Q. Skinner, *Los fundamentos...*, vol. I., *op. cit.*, 2 vols., p. 96.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

den de los Predicadores, fue nombrado catedrático en la Universidad de Salamanca, puesto que ocupó hasta su muerte. Distinguidos académicos se cuentan entre sus alumnos: Domingo de Soto, Diego Covarrubias y Melchor Cano, por mencionar a algunos de ellos. Conocemos su pensamiento gracias a los apuntes que tomaban los alumnos que atendían a sus lecciones. Dichos apuntes se conocieron con el nombre de *Relecciones*.

Las que aquí nos interesa analizar son sus *Theologicae Relectionis* o *Relecciones Teológicas*, en las que reflexionó sobre el estatuto jurídico de las nuevas tierras descubiertas por la Corona española y la forma como debían ser tratados los indios que habitaban tales tierras, así como los justos títulos para la guerra. Se opuso a varias tesis admitidas comúnmente en su tiempo: que la evangelización representaba una causa justa para guerrear; que el simple hecho del descubrimiento creaba un título jurídico válido para los españoles sobre los territorios habitados por los indios; que el gobierno universal del Emperador justificaba la conquista de nuevas tierras, y la plena potestad del Papa, defendida con beligerancia por Juan Ginés de Sepúlveda.

A fin de darnos cabal cuenta de la importancia del pensamiento de Vitoria para el futuro desarrollo de los derechos humanos, expondremos en ocho puntos el contenido de sus *Relecciones Teológicas*.²³

1. *La comunidad estatal no tiene por base la fe sino el derecho natural, por lo que todo poder estatal depende de los hombres.* En esta afirmación se ve la hondura de pensamiento y la preocupación humanista de Vitoria. Tradicionalmente se había sostenido que el poder de Dios era una concesión divina y que, por tanto, sus actos no respondían a ningún otro criterio que no fuese la con-

²³ Véase Alfred Verdross, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, pp. 146-150.

- ciencia del monarca. Nuestro teólogo, por el contrario, consideró que todo poder se constituye para el beneficio de los hombres. Como se puede ver, en esta tesis se asoma el principio republicano: la elección del gobernante es facultad exclusiva del pueblo o de sus representantes.
2. *Los Estados se encuentran ligados por el derecho natural, pues la naturaleza hizo parientes a todos los hombres.* Este principio es de suma importancia para el nacimiento del derecho internacional. En una Europa dividida por las guerras religiosas que había provocado la Reforma de Lutero, apelar a la fe como motivo de unidad o de hermandad de todos los hombres se había vuelto imposible. Era necesario, por tanto, proponer un nuevo principio de unidad, y éste fue el derecho natural. Apelar a la hermandad de los hombres trae aparejado asimismo el respeto y protección mutuos, es decir, el principio de tolerancia y de solidaridad.
 3. *No sólo en el interior de cada Estado sino también en la comunidad de ellos existe un orden jurídico, cuyas raíces se hunden en el derecho natural; dicho orden se configura mediante la práctica y los tratados. En consecuencia, el derecho internacional no consiste únicamente en los tratados, sino que más bien tiene la fuerza de la ley.* El derecho foral, así como el internacional, no sólo se fundan en los pactos o tratados sino también en la comunidad natural de todos los hombres: en su capacidad de convivir, de tener una comunicación cultural y material. Si bien los pactos son la causa inmediata de las leyes y de las relaciones internacionales, la naturaleza social, que forma parte del derecho natural, es su fundamento primero.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

4. *Ni el Papa ni el Emperador tienen autoridad legítima para dominar el mundo, pues ni Dios ni los pueblos le han concedido tal derecho.* Como dijimos en párrafos anteriores, Vitoria no aceptó, como justos, títulos para la conquista del Nuevo Mundo ni el dominio universal del Emperador ni la plena potestad del Papa.
5. *La comunidad de los Estados es una comunidad natural para las comunicaciones y el comercio entre los pueblos. En consecuencia, es contrario al derecho natural excluir a los extranjeros del comercio o impedirles, sin una justa causa, el ingreso a un Estado.* Para Vitoria, todos los hombres conforman una comunidad universal cuyo orden normativo es el derecho de gentes, que tiene por base el derecho natural. Debido a la existencia de esta comunidad, ha de reconocerse la plena personalidad jurídica a todos los pueblos, incluso a los no cristianos. Igualmente, la común naturaleza de los hombres —que los hace a todos libres e iguales— les permite intercambiar ideas y experiencias mediante el lenguaje, que es un atributo definitorio del género humano. Este derecho de intercambio fue llamado por Vitoria *ius communicationis*, esto es, derecho a la comunicación, el cual representa el único título justo para la presencia española en América, e incluía la libertad de tránsito y de comercio.

En el caso de la conquista de América, este derecho a la comunicación se concretaba en la predicación pacífica del Evangelio —nunca su imposición— y en el derecho de intervenir en defensa de los indios conversos cuando sus caciques u otros indios quisieran impedirles el ejercicio de sus nuevas creencias.

6. *Ciertos bienes, como el mar, los puertos y los ríos, son bienes comunes a todos los pueblos por*

derecho natural. Las teorías jurídicas anteriores a Vitoria habían sostenido que hubo un estadio de la humanidad en el que todos los bienes eran comunes; sin embargo, con la entrada del derecho de gentes, tal propiedad comunal había terminado. El dominico, por el contrario, afirma que, a pesar de que la común posesión de las cosas era una etapa superada, ciertos bienes seguían siendo propiedad de todos los hombres. Estas afirmaciones después fueron retomadas por el humanista Hugo Grocio, de quien hablaremos más adelante.

7. *La guerra sólo es justa por derecho natural si es para defenderse de un ataque o para exigir la reparación por la injusticia cometida por el enemigo, y siempre que los medios pacíficos se hayan agotado.* Como se echa de ver, el único fundamento justo para la guerra es la defensa ante una injusticia sufrida, por lo que el simple propósito de extender la religión no es una causa justa de guerra.
8. *Los Estados están legitimados, en razón de la solidaridad que crea entre los hombres el derecho natural, para intervenir en el Estado que viole los derechos del hombre.* Como ejemplo de este principio, Vitoria señala la privación de la vida de personas inocentes y los ataques en contra de la libertad religiosa. El derecho internacional es, en efecto, un derecho entre los Estados, pero más fundamentalmente, es un derecho de la humanidad o *ius humanitatis*.

2.2. Francisco Suárez

Suárez fue un pensador ecléctico, es decir, en su obra se dieron cita las grandes corrientes de pensamiento de su época. Por un lado, el nominalismo —del que ya hemos

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

hablado—, y por el otro, el objetivismo metafísico, que afirma que el derecho natural se desprende del ser de las cosas o naturalezas de forma evidente, o dicho de forma breve, Suárez intentó conciliar las posturas encontradas de los teólogos de Salamanca y Coímbra.²⁴

Por su irenismo, la obra de este pensador resulta, en algunos puntos, contradictoria. De ahí la dificultad de estudiar su pensamiento de forma sistemática.

Comencemos diciendo que Suárez conocía muy bien las arduas polémicas sobre la pobreza franciscana y las posturas antropológicas que se desprendieron de éstas. Suárez entendió, de acuerdo con los hermanos menores de San Francisco, que el derecho es ante todo una facultad de hacer lícitamente, y definió la libertad como independencia o ausencia de restricciones.²⁵

Si el hombre puede actuar libremente, se debe a que Dios lo ha facultado moralmente para ello. Siendo esto así, ningún individuo puede —por principio— mandar sobre otro individuo: se necesita el consentimiento para someterse a la jurisdicción política de otro, o, lo que es lo mismo, el poder político tiene su fundamento en el asentimiento voluntario. En esta doctrina se ven los primeros visos del derecho a la libertad e igualdad de todos los hombres.

Suárez sostuvo que la potestad política no se encuentra en un individuo en particular, sino en toda la comunidad, y para justificar la igualdad de todos los hombres echa mano de la doctrina, corriente en su tiempo, de la ausencia de privilegios: Dios ha creado a todos los hombres a su imagen y semejanza, por tanto, todos son igualmente libres y dignos. De estas afirmaciones también se desprende, aunque de manera indirecta, una apología del principio democrático y, por consiguiente, de los derechos civiles y políticos.

²⁴ José Luis Soberanes Fernández, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, p. 58.

²⁵ *Ibid.*, p. 59.

Las realidades espirituales y seculares tienden a estar fuertemente separadas en la obra del teólogo español. De ahí que sostenga que el derecho (civil) y la moral son realidades que no tienen puntos de contacto, pues el primero no ha de preocuparse por las intenciones.

Otro punto que cabe destacar de su pensamiento es su defensa de la libertad de conciencia. Al afirmar que la obligación moral consiste en el cumplimiento espontáneo de la ley, no acepta la imposición heterónoma de ninguna norma.

Tratándose de la ley, Suárez se mueve de forma pendular entre una visión voluntarista, según la cual la fuerza de la ley reside en que sea ordenada por una voluntad superior, y una visión racionalista, que conviene en que las naturalezas de las cosas develan leyes inmutables que pueden ser captadas por la razón humana.

Por otra parte, Suárez, en su *Tratado sobre la ley y el Dios creador*, identifica ley y derecho. Hay dos formas de contemplar este último: como una *facultad a algo* y como una *facultad sobre algo*.²⁶ La primera de estas formas de ver el derecho se llama derecho útil —según Suárez—, y la segunda, derecho legal u honesto. El derecho natural será la facultad prístina de todo hombre para hacer todo lo que no esté prohibido (el derecho útil), y el derecho de gentes será la propiedad sobre las cosas y la ley positiva que la ampara (derecho legal u honesto). En esta distinción se entrevé una de las primeras exposiciones del derecho natural al modo moderno.²⁷

El derecho de gentes y el derecho positivo tienen su fundamento en el derecho natural y, por tanto, no pueden contradecirlo. Ya sea considerado en su parte útil o legal, todo derecho queda, en el pensamiento del teólogo español, reducido al derecho de propiedad: sobre el propio ser y sobre las cosas.

²⁶ *Ibid.*, p. 60.

²⁷ *Idem.*

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

Sin embargo, en líneas anteriores dijimos que Suárez se mueve entre la visión recién expuesta de la ley y el derecho y la visión objetivista u ontologista, de la cual echa mano cuando tiene que explicar realidades cuya existencia no se puede explicar meramente a través de un acto de la voluntad, sea divino o humano, como, por ejemplo, la justicia. Así, siguiendo en este punto a Luis de Molina, convendrá en que la solución justa de cada caso se deriva de manera clara de la naturaleza de las cosas. A diferencia de los medievales —quienes creían que la naturaleza no actuaba al modo del arte, esto es, no había en ella ningún precepto acabado que fuese claro y distinto, sino que sus normas estaban como sugeridas, apenas incoadas, y el hombre, con sumo esfuerzo intelectual, tenía que descubrirlas y completarlas—, Suárez cree que las relaciones entre las cosas son inmutables y se basan en la capacidad de posesión del hombre.

Como se echa de ver de esta breve exposición, en el pensamiento del llamado *Príncipe de la Escolástica* se dan cita multitud de corrientes de pensamiento, desde el Derecho Romano clásico, pasando por la visión de la libertad como *fas*, que encontramos por vez primera en las *Etimologías*, hasta los conceptos voluntaristas y nominalistas de autores como Guillermo de Ockham.

A modo de conclusión, podemos decir que ideas tales como la igualdad de todos los hombres frente a la ley, el libre albedrío entendido como una facultad que tiene como principal manifestación la propiedad y la existencia de ciertos derechos inmutables que se descubren intelectualmente en las naturalezas, todas ellas indispensables para hablar de derechos humanos, ya se encuentran desarrolladas en el pensamiento de Suárez.

2.3. *Fernando Vázquez de Menchaca*²⁸

Nació en Valladolid en 1512 y murió en Sevilla en 1569. Fue un jurista laico, es decir, no perteneció al clero. Esto le permitió construir su edificio teórico desde la razón secular y no desde la teología. Su obra se inserta en la corriente voluntarista, iniciada —como ya tuvimos oportunidad de exponer— por Duns Scoto y Guillermo de Ockham, y continuada con mucho éxito por sus contemporáneos, entre ellos Suárez. Menchaca pasó a la historia del pensamiento gracias a su obra principal intitulada *Controversias ilustres y otras de uso corriente* (1564), donde, partiendo de la máxima “todo poder sólo existe para el beneficio o utilidad de los ciudadanos”, reflexiona sobre diversas cuestiones jurídicas y políticas polémicas en su tiempo. Se le considera uno de los padres del derecho internacional.

Fernando Vázquez de Menchaca distingue en sus *Controversias* entre dos formas de considerar la libertad: como potencia (*potentia*) y como potestad (*potestas*). La primera se refiere a la libertad moral, y tiene como nota característica ser un poder o facultad originaria y, por principio, ilimitada que pertenece a todo hombre y que es fundamento del Derecho. La potestad, por su parte, es el poder limitado y temporal que los gobernados transfieren, a través de un mandato, a un príncipe para que gobierne. La única finalidad de este poder es la administración de justicia y la promoción y protección del bien común.²⁹ Esta distinción, como se echa de ver, es análoga a la que hace Suárez entre derecho útil y legal, pero en vez de referirse al individuo aislado, como hace Suárez —y en este sentido podemos decir que tal distinción se mueve en el plano antropológico—, se refiere a la dife-

²⁸ Para un estudio pormenorizado del pensamiento de Vázquez, véase Francisco Carpintero Benítez, *Del derecho natural medieval natural al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*.

²⁹ A. Brett, *Liberty...*, *op. cit.*, p. 169.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

rencia entre la libertad del príncipe y la libertad del ciudadano, de suerte que podemos decir que esta distinción se encuentra en el plano político.

Lo que resulta interesante de esta postura es la visión del poder como mera jurisdicción, es decir, la autoridad o potestad gubernativa no es concedida directamente por Dios al príncipe para que haga lo que él considere pertinente —como se pensaba comúnmente en la Baja Edad Media—, sino que el pueblo es la sede de este poder y, cuando por motivo de la necesidad decide constituirse en una sociedad política, transfiere dicho poder con un fin muy particular: la protección de las libertades individuales.

Para Vázquez existió una Edad de Oro en que los hombres se regían espontáneamente por el derecho natural. No obstante, esa Arcadia —así la llama Vázquez— caducó, dando paso a las rivalidades y odios que hacían peligrar la vida de los individuos. Por este motivo, se hizo necesaria la constitución de una sociedad política (*pac-tum subjectionis*) en la que existiera un poder central capaz de armonizar las pretensiones de cada individuo sin hacer peligrar las de los demás. Ésta es la única causa que justifica la existencia del poder político para el vallisoletano. Por tanto, la sociedad política no tiene su fundamento en el derecho natural; lo tiene única y exclusivamente en el consentimiento de los ciudadanos. De esto se sigue la posibilidad de, llegado el caso, deponer al rey que busque su interés personal y no la utilidad social, pues se ha convertido en un tirano.

Esto, que nos puede parecer de un sentido común abrumador, era una novedad en la historia del pensamiento político de la época de Vázquez. De la doctrina del jurista español se pueden derivar, sin demasiado atrevimiento, principios democráticos como la soberanía del pueblo, la libertad de elegir y deponer gobernantes y la igualdad ante la ley.

Los pensadores dominicos contemporáneos al jurista vallisoletano afirmaron que el poder político era parte

del mismo movimiento natural que hacía al hombre congregarse; Vázquez de Menchaca rompe con esta tradición al distinguir entre el momento en que los individuos deciden constituirse como una sociedad (el pacto de sociedad) y el momento en el que esta sociedad conviene en crear un poder central que administre la justicia (pacto de sujeción).

Esta distinción le permite sostener, salvando cualquier contradicción, que el poder soberano no proviene del mismo movimiento natural que lleva a los hombres a crear una sociedad civil; antes bien, es una decisión que se toma con base en la utilidad o necesidad. De ahí resulta que en su pensamiento se pueda justificar la destitución del rey —cosa impensable para los teóricos políticos de la época— y, en caso extremo, el tiranicidio —aunque de esto último habla con mucha precaución.

2.4. Reflexión de conjunto

Una vez expuesto a grandes rasgos el pensamiento de estos pensadores de la Segunda Escolástica, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. En esta Escuela se afianzó la noción de derecho subjetivo, es decir, *la libertad entendida como la facultad o potencia de hacer lícitamente cualquier cosa que no se oponga al derecho natural o divino*. Partiendo del derecho subjetivo, la gran mayoría de los autores que la integraron sostuvo que *la libertad, la igualdad y la propiedad —al menos alguna de sus especies— son de derecho natural, pues se derivan de la libertad natural de todo hombre*.
2. Asimismo, todos sus integrantes cuestionan, de una u otra manera, la plena potestad del Rey y del Papa. Y aún más: muchos de ellos niegan el derecho divino de los reyes y proponen, por el con-

trario, el principio republicano de la constitución de la autoridad gubernativa a través del pacto social. Aquí se ve claramente una filosofía de los límites del poder.

3. En consonancia con el punto anterior, es corriente la afirmación de que la soberanía reside y permanece en el pueblo, quien sólo la transfiere al gobernante.
4. Otro rasgo común es que, para explicar el origen de la comunidad política y de los derechos civiles, la mayoría de sus teóricos echan mano de tres conceptos: individuo (aislado), estado de naturaleza y pacto social.
5. Por otra parte, la noción de ley como mandato impuesto por una voluntad superior desempeña un papel preponderante en su visión del derecho natural.
6. Por último, una tendencia que, si bien no fue asimilada por todos los pensadores de la Segunda Escolástica, representa un antecedente imprescindible para el nacimiento de los derechos humanos fue el objetivismo metafísico, esto es, la afirmación de que del *ser* o la naturaleza de las cosas se puede conocer o derivar racionalmente un *deber ser* o norma moral.

3. La Escuela Racionalista de Derecho Natural³⁰

Como introducción a este apartado hablaremos de los rasgos más importantes que caracterizan a esta escuela, cuyo fundador —al menos para el común de los historiadores del Derecho— es Hugo Grocio.

La Escuela Racionalista de Derecho Natural, también conocida como *iusnaturalismo racionalista*, tuvo fuer-

³⁰ Para un estudio del origen y evolución de esta Escuela, véase Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*.

tes tendencias secularizadoras.³¹ Una vez que el concepto monolítico de *fe* se había roto en mil pedazos debido a la Reforma luterana y la rápida proliferación de iglesias de distintos credos por toda Europa, ya no fue posible utilizarlo como fundamento de las doctrinas políticas, éticas o jurídicas que tuviesen pretensiones de ser sistemas de explicación con validez universal. Ya no se podía hablar, sin meterse en camisa de once varas, de ley eterna o derecho divino, pues cada confesión tenía una particularísima forma de concebir a Dios. Se hizo necesario, pues, la invención o descubrimiento de otro principio unitario que permitiera hablar del derecho natural que atañe a todos los hombres. En un primer momento, de la mano del incipiente racionalismo del siglo XVII, se pensó que lo común a todos los hombres era su naturaleza racional. A partir de entonces, el derecho natural se ha secularizado: ya no apela como primera instancia a la divinidad sino a la naturaleza humana.

Otra prueba de la impronta secularizadora del iusnaturalismo racionalista consiste en que sus creadores ya no fueron teólogos, sino juristas y filósofos. El derecho natural teológico —el de la Edad Media— ya no era capaz de dar una respuesta universal a las cuestiones planteadas por los pensadores modernos.

Por otra parte, el método utilizado por esta escuela era muy distinto del de la tradición que la precedía: muestra una honda afinidad con el método deductivo cartesiano y la filosofía de las ciencias naturales, que había florecido con inusitada fuerza a partir del siglo XVII. Aquí reside, según la opinión de muchos estudiosos, la gran originalidad de esta corriente.³²

En lo que respecta a su antropología, hay que decir que la visión común de todos sus integrantes era la del

³¹ Sobre este tema, véase Gregorio Peces Barba *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, t. I: *Tránsito a la modernidad: siglos XVI y XVII*, cap. VI.

³² *Ibid.*, p. 579.

hombre como un individuo aislado y libre, cuya dignidad residía esencialmente en dos potencias: la inteligencia y la voluntad. Una parte de la escuela optó por ponderar una sobre la otra —no de forma excluyente—; así, en un primer momento, la razón era lo más alto del hombre, pero en otro estadio se vio a la voluntad como la esencia del Derecho y la ética, por lo que era necesario fincar la esencia de la dignidad humana en ella. En este orden de ideas, cabe destacar que de la idea de dignidad los juristas ilustrados forjaron la visión de que los individuos tienen derechos naturales que les son innatos.

Ahora bien, pese a estas novedosas particularidades, cabe decir que la Escuela Racionalista de Derecho Natural todavía tenía fuertes deudas con la Edad Media y, en particular, con la Segunda Escolástica Española. A medida que vayamos exponiendo las principales ideas del ius-racionalismo, caeremos en la cuenta de su fuerte deuda con el pensamiento jurídico y filosófico español de los siglos XVI y XVII, pero también de sus notas —nada desdenables— de originalidad.

3.1. *Hugo Grocio*³³

El filósofo Gottlieb Hufeland fue el primero en afirmar que la obra de Grocio representa el origen del derecho natural moderno, de suerte que la “Ciencia del derecho natural” empezó con él. Lo que hicieron los autores anteriores fue sólo una especie de reflexión filosófica sobre el Derecho Romano, pero fue tan inconsistente y contradictoria que apenas merece el nombre de “prehistoria de la ciencia del derecho natural”.³⁴ Con el breve esbozo que aquí hacemos del pensamiento jurídico bajomedieval basta para darse cuenta de lo epidérmico de una afirmación como la de Hufeland. Lo que sí es verdad es que este autor tuvo

³³ Para una biografía de Grocio, véase Johan Huizinga, *El concepto de la Historia*.

³⁴ Véase F. Carpintero Benítez, *La ley natural...*, *op. cit.*, p. 249.

una fuerte influencia en la historiografía del Derecho posterior, al punto de que únicamente hasta la segunda mitad del siglo XX se comenzó a dar su auténtico lugar histórico al pensamiento jurídico anterior a Grocio.

Hugo van Groot (Hugo Grocio, castellanizado) nació en Delft, Holanda, en 1583, y murió en Rostock, Alemania, en 1645. Su visión del derecho natural es laica: apela de forma exclusiva a la razón natural y evita, por consiguiente, utilizar la idea de Dios como su fundamento primero.

Grocio pretendió construir un sistema racional que pudiera ser universalmente válido. Para lograr esto se remontó a las fuentes clásicas, en particular a Aristóteles y los estoicos. Del primero tomó la idea de la sociabilidad natural del hombre, y de los segundos, la idea de un orden universal que puede ser conocido por la razón natural. En los prolegómenos de su principal trabajo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, se lee: “Entre estas (tendencias naturales), en efecto, que son propias del hombre, está el apetito de sociedad, es decir, la comunidad, no cualquiera, sino una tranquila y que corresponda al modo en como el intelecto ha sido ordenado”.

Según el jurista holandés, el derecho natural es aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre. El hombre puede conocer el contenido de ese derecho y formularlo normativamente gracias a su razón. La naturaleza humana, es entonces, la fuente inmediata del derecho natural, y la razón le permite al hombre conocer los preceptos del *ius naturale*.

¿Qué normas se pueden deducir de la naturaleza social del hombre? Entre otras: la abstención de los bienes ajenos y la restitución de lo que se posea o se haya tomado de ellos, la obligatoriedad de la palabra dada y su consecuente cumplimiento, la reparación del daño causado por culpa propia y la imposición de penas a los hombres —ejemplos todos aducidos por Grocio—. Como se puede observar, el método de Grocio es deductivo: del

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

simple hecho de la sociabilidad deriva principios éticos universales, sin necesidad de recurrir a la ley divina.

En lo que respecta a la constitución de la sociedad, Grocio piensa que ésta es producto del contrato social entre individuos. Por tanto, la máxima jurídica clásica *pacta sunt servanda* (los contratos tienen que ser respetados) es decisiva para el mantenimiento de la paz en cualquier comunidad, pues si se admitiera que es lícito romper los contratos, tal incertidumbre generaría violencia.

Partiendo de este principio, deduce la legitimidad de los gobiernos y la inviolabilidad de los contratos del derecho internacional. Sólo será legítimo el príncipe que haya sido erigido como tal por la sociedad, y—al igual que sostuvo Vázquez de Menchaca— el único objeto de su poder es la promoción y mantenimiento del bien común. Por otra parte, los contratos convenidos entre los diversos Estados tienen plena validez jurídica y, por tanto, su obligatoriedad se basa en el derecho natural.

El tema principal *De iure belli ac pacis* (*Del derecho de la guerra y de la paz*) es la legitimidad de las declaraciones de guerra, así como las normas que regirán durante el periodo de beligerancia. Grocio acude al *ius pentium*, esto es, al conjunto de leyes y usos y costumbres utilizadas antaño por los pueblos. Llegó a considerar que entre los Estados cristianos la guerra tenía que seguir una serie de principios humanitarios, como condonar la muerte a mujeres y niños y evitar matanzas absurdas. No obstante lo anterior, también sostuvo como jurídicamente válidas algunas prácticas que hoy nos parecerían barbáricas, como el exterminio de todos los oriundos de una tierra conquistada, la reducción a la esclavitud de todos los prisioneros de guerra y otras del mismo estilo.

La importancia de Grocio en la evolución de los derechos humanos reside en su concepto de derecho natural. Hay algunos principios universales que tienen que ser respetados por todas las naciones y que son “tan ciertos que a nadie, a menos de hacerse violencia, los pudiera

negar”, ya que su evidencia es tan clara “como los objetos externos que percibimos, que nunca engañan cuando los órganos perceptores están sanos”.³⁵

3.2. Samuel Pufendorf

Uno de los teóricos más importantes del iusnaturalismo racionalista, al lado de Christian Wolf y Tomasius, fue Samuel Pufendorf. Ocupó la primera cátedra de derecho natural que ha existido. Su obra fundamental, *Del derecho natural y de gentes* (1659), representó un rompimiento explícito con la cultura anterior: desprecia toda la ciencia del Derecho realizada durante la Edad Media, por considerarla farragosa e ininteligible. Sus dos grandes maestros fueron Thomas Hobbes y el padre del ensayo literario y del escepticismo moderno, Michel de Montaigne.³⁶ Hace gala de una honda formación humanista: cita a los clásicos con pleno dominio y su latín es sumamente culto.

Dos son las líneas maestras de su pensamiento: la que desarrolló en la obra que ya citamos y la expuesta en su *De officio homini et civis* (*Del oficio de los hombres y de las ciudades*). La primera línea sigue la doctrina del derecho natural clásica, según la cual las principales normas éticas están contenidas en la ley divina. A estas últimas las llamó *entes morales* (*entia moralia*). El hombre puede conocer dichas normas, ya sea porque han sido reveladas, como los 10 mandamientos, o porque existen como tendencias claras en su naturaleza. La principal de estas tendencias es la sociabilidad.³⁷

Ahora bien, la segunda línea argumentativa consiste en afirmar que la *persona* —importante término acuñado por Pufendorf con un sentido muy particular que influirá enormemente en los teóricos posteriores— es el ser que

³⁵ *De iure belli ac pacis*, proleg. § 46, *apud*, J. L. Soberanes Fernández, *Sobre el origen...*, *op. cit.*, p. 105.

³⁶ *Ibid.*, p. 261.

³⁷ *Ibid.*, p. 264.

no reconoce superior, por lo que toda norma proviene de su libertad. Así, el derecho natural termina por identificarse con la libertad. Dicho de otra forma: el *ius naturale* no puede ser otra cosa que las acciones inmotivadas de la libertad. Pensemos un momento, si, por un lado, las normas morales vienen impuestas por la ley divina, y por el otro, el derecho natural se identifica con la facultad de actuar, entonces ley (divina) y derecho (natural) se contraponen. Por tanto, hablar de ley natural es un sinsentido, pues la ley restringe la libertad, que es el auténtico derecho natural.³⁸

La persona es, pues, la fuente de todo derecho. Antes de cualquier norma está su libertad, que funge como una esfera moral o cualidad activa. Cada individuo ha de tener bien asegurada esta esfera moral, por lo que nadie puede obligar a otro sin su consentimiento. De esta forma, en el pensamiento de Pufendorf todos los individuos son personas, esto es, son libres y, por tanto, iguales. El derecho natural consistirá esencialmente en pactos entre individuos libres que se encuentran en una relación de igualdad.

Las dos líneas maestras del pensador alemán que hemos expuesto se encuentran en franca oposición. A pesar de sus esfuerzos, Pufendorf no logra darles una unidad coherente. Tanto su creencia en unos entes morales, como normas evidentes de derecho natural, como su visión de la persona, como el ser libre del que surge todo derecho, serán determinantes para el nacimiento de los derechos humanos, si bien estas ideas no son nada originales, como se puede comprobar con lo que hemos expuesto hasta aquí.

3.3. *John Locke*

La obra política de Locke se divide en dos periodos. El primero de ellos, comprendido en su obra *Two Tracts on*

³⁸ *Ibid.*, p. 271.

Government (escrito entre 1660-1662), se caracteriza por una postura autoritaria del poder político y una visión teísta del derecho natural. El segundo, representado por sus afamados *Two Treatises of Civil Government* (1690) y *Cartas sobre la tolerancia*, se caracteriza, en cambio, por la teoría contractualista de la sociedad y la libertad personal como origen de todos los derechos humanos. Este periodo es el que nos interesa analizar aquí.

Dos tratados sobre el gobierno civil se considera uno de los textos fundamentales de la ciencia política occidental. Su punto de partida es que el hombre tiene una serie de deberes morales que le han sido impuestos por su Creador, y es solamente a partir de ellos que nacen los derechos. El razonamiento es como sigue: si tengo que realizar una serie de comportamientos morales mandados por la divinidad, entonces éstos se convierten en derechos míos frente a los demás. Dicho de otra forma: toda persona tiene el derecho, oponible a terceros, de cumplir con los mandatos divinos. En este sentido, Locke es más un teórico de la ley natural, es decir, de la imposición de normas, que del derecho natural al modo moderno: licitudes.³⁹

En esta segunda etapa, una vez que asumió plenamente la explicación contractualista de la sociedad, Locke intentó delimitar cuál era la extensión de la libertad de cada individuo respecto de sí mismo y de los demás. Como el primer deber que tiene el hombre es el de la autopreservación, respecto de sí mismo tiene el deber de mantenerse en el ser —no puede acabar con su vida—, y frente a los demás tiene un derecho a la vida y la obligación de respetar la vida de los otros hombres.

La autopreservación es el primer deber que delimita los contornos de la libertad natural: el hombre no puede disponer de sí mismo y de los demás como le plazca, ya que tiene un deber de respeto a sí mismo y a los demás, impuesto por la ley natural. De esto se deriva, a su vez, el

³⁹ Véase *ibid.*, p. 127.

Origen, evolución y positivización de los derechos humanos

principio de igualdad de todos los hombres y todos los derechos naturales.

Así, tenemos que la libertad para cumplir con los deberes morales, el respeto a la vida y la igualdad de todos los hombres son algunos de los principales derechos fundamentales en la obra de Locke. Ahora nos toca hablar de la propiedad. Antes de este autor, ninguno había afirmado contundentemente que ésta fuese un derecho natural, por el contrario, el grueso de la tradición jurídica, teológica y filosófica —siguiendo en éste como en otros puntos el Derecho Romano clásico— había sostenido que lo natural era la común posesión de todas las cosas, y lo artificial era la propiedad privada. El pensador inglés, por el contrario, explica que la propiedad se justifica, igualmente, por el mandato divino de autopreservación: “Dios, habiendo creado al hombre y al mundo de esta manera le habló, es decir lo dirigió por medio de sus sentidos y de su razón[...] hacia el uso de aquellas cosas que eran útiles para su subsistencia, y se las dio como medios para su preservación”.⁴⁰

Si el hombre tiene la capacidad de poseer bienes externos, es precisamente porque se posee a sí mismo. No se podría exigir de un ser que no fuese libre y tuviese autogobierno que se autopreservase. De ahí que libertad, preservación y propiedad estén íntimamente ligadas. Cabe señalar que, para Locke, la propiedad privada está limitada por el propio deber de autopreservación: cada hombre ha de poseer según sus necesidades, pero jamás con una abundancia tal que prive a otros de la satisfacción de lo indispensable para vivir. El criterio para determinar la propiedad viene dado por la capacidad de trabajo, de suerte que nadie habría de tener propiedad sobre lo que no puede explotar.

Respecto del origen y justificación del poder político, Locke sostuvo que la voluntad de los individuos es la

⁴⁰ *The First Treatise of Government*, sec. 86.

causa formal de la institución del Príncipe. Cada individuo cede parte de su libertad a la comunidad, la cual tendrá la autoridad plena que transmitirá al gobernante, con la finalidad de que éste cumpla con los fines para los que ha sido constituido.⁴¹ La forma jurídica de tal transmisión del poder es el mandato, como ya había dicho, entre otros, Vázquez de Menchaca, y los fines que justifican el poder político son los de promoción y defensa de los derechos naturales: libertad, vida, igualdad y propiedad. Tiránica, por tanto, será la autoridad que se desentienda del cumplimiento del objeto por el que fue creada. Precisamente aquí vemos los límites del poder estatal. La sociedad política, por tanto, no puede tener un poder absoluto sobre las vidas, libertades y propiedades de sus súbditos por cuanto cada uno de ellos no tiene ese poder sobre sí mismo.

Por último, mencionaremos la importancia de Locke en lo que respecta a la tolerancia religiosa. En las *Cartas* que escribió sobre este tema hizo una inteligente apología de la libertad de conciencia. A partir de su máxima “dejad de combatir aquello que no se puede cambiar”, Locke abogó por el respeto mutuo entre los diversos credos cristianos.

El gran mérito del pensador inglés en la historia de los derechos humanos fue haber incluido entre los derechos naturales la propiedad, así como haber abogado por la libertad religiosa, una de las principales causas del nacimiento de las declaraciones de derechos humanos. Su honda preocupación por la defensa de los derechos que, a su modo de ver, eran fundamentales, lo llevó a tomar en sus manos el proyecto de Constitución para el estado de Carolina del Norte, proyecto en el que encontramos una declaración de las prerrogativas indispensables que se han de reconocer a todo hombre simplemente por el hecho de serlo.

⁴¹ Véase G. Peces Barba *et al.*, *Historia...*, t. I, *op. cit.*, p. 624.

3.4. Reflexión de conjunto

La idea de libertad como un poder originario (o derecho subjetivo) anterior al derecho humano y que, por tanto, lo funda, fue común a todos los pensadores del iusnaturalismo racionalista. Los tres grandes derechos naturales que se desprendían de esta libertad eran *la libertad, la igualdad y la propiedad*. Todas estas ideas tuvieron una influencia decisiva en los constituyentes norteamericanos y franceses. No es de extrañar, pues, que de la idea de los derechos naturales se pasara a la idea de derechos humanos o fundamentales. ¿En qué reside la diferencia entre una y otra denominación? *Se llamaron humanos o fundamentales los derechos naturales que se consagraron en un texto jurídico (declaración, constitución, tratado) que tenía pretensiones de universalidad*, es decir, de tener valor para todos los hombres de todos los hombres.

En lo que respecta a sus posturas antropológicas, podemos decir que la visión corriente del hombre era la del hombre como un individuo libre y aislado que no estaba obligado sino a lo que prestara su consentimiento. De suerte que la existencia de la comunidad política, es decir, la renuncia de una parte de la libertad personal con la finalidad de crear un poder que fuese capaz de coordinar los distintos derechos individuales, únicamente se podía comprender a partir de la idea de un contrato social. Para asegurar la igualdad de las distintas voluntades, se hizo necesaria la idea del estado de naturaleza, un estadio primitivo (simbólico, para la mayoría de los pensadores) en el que ningún hombre era superior a otro y desde el cual era posible la realización de un contrato social.