

## EPÍLOGO

Este breve recorrido intelectual nos ha permitido descubrir la evolución que han sufrido conceptos torales para el surgimiento de las modernas declaraciones de derechos humanos, tales como ley, libertad, sociedad y derecho natural. Entre ellos, el más importante es, sin duda, “libertad”, pues da razón de la profunda mutación que sufrieron los demás conceptos en la Edad Moderna.

En la Edad Media el derecho se concebía como un proceso dialéctico por medio del cual el jurista resolvía casos particulares aplicando leyes generales. Las leyes, fueran divinas o humanas, provenían de la razón, por lo que su valor no se asentaba en el hecho de ser ordenadas por autoridad superior —fuerá Dios o el rey—, sino precisamente por su *racionabilidad*. En este sentido, el motivo de su cumplimiento no se debía tanto a su carácter imperativo, cuanto a la perfección real que acarreaba su cumplimiento, y que el hombre podía comprender.

Para los pensadores medievales, Dios ordena acciones porque éstas corresponden con la naturaleza del hombre: le ayudan a conseguir su finalidad propia, esto es, la felicidad o beatitud. En este sentido, el deber de cumplirlas —insistimos— no depende del hecho de ser mandadas, antes bien, de su capacidad de conducir al hombre a la consecución de un fin ya establecido con anterioridad por el Creador en su naturaleza.

Los medievales llamaron al conjunto de mandatos divinos *ley eterna*. El hombre —según estos pensadores— conoce dicha ley gracias a la revelación directa que Dios ha hecho de ella en la Biblia.<sup>260</sup>

<sup>260</sup> Dicho sea de paso: algunos de los preceptos revelados por Dios también el hombre los puede descubrir con su razón natural; en cambio, otros sólo le son accesibles por la gracia, la cual ilumina su intelecto.

Además de esta ley, existe la ley natural, la cual se compone de primeros principios *evidentes* (haz el bien y evita el mal, el principio de no contradicción) que el hombre *descubre* en el primer contacto de su intelecto con la realidad y de leyes generales o particulares *menos evidentes* que puede *derivar* inquiriendo esforzadamente en la naturaleza de las cosas (incluida su propia naturaleza). Si el hombre puede descubrir leyes en las cosas, es porque Dios les ha concedido un orden racional. Orden, pues, es una de las palabras claves para entender el pensamiento medieval.

Como se echa de ver, la ley —eterna o natural— tenía una íntima relación con el orden. De ahí que Tomás de Aquino haya definido toda ley como una *ordenación* de la razón. La palabra en cursivas —según nuestro entender— tiene un significado activo y otro pasivo. Cuando se refiere a Dios, tiene el sentido de una ordenación activa, esto es, un orden que es impuesto por la sabiduría divina a todas las cosas creadas. En cambio, cuando lo relacionamos con el hombre, la palabra “ordenación” toma un cariz pasivo: la creatura racional tiene que dejar que su razón sea ordenada por la armonía de las cosas. Una advertencia: el hombre ordena su razón conforme a la realidad una vez que ha descubierto activamente el orden; es decir, primero conoce activamente el orden real (el conocimiento es siempre activo) y después se deja informar dócilmente. O dicho en una palabra: el conocimiento, en un primer momento, cogita activamente el orden cósmico, para, en un segundo momento, aprehenderlo con pasividad.

Esta visión del orden cósmico hizo que los medievales tuvieran una particular concepción de la libertad. Si la realidad es capaz de comunicar armonía, entonces la libertad no es un mero poder de hacer ilimitado, una facultad moral, sino también una capacidad de dócil asentimiento del orden natural.

Los dos pilares de la libertad para los autores medievales, pues, son el autodinamismo, es decir, la posibilidad del hombre de gobernarse a sí mismo, y el asentimiento, que se refiere a la afirmación de la perfección o teleología de todos los entes.

Ahora bien, el reconocimiento (o asentimiento) del orden natural sólo se puede llevar a cabo a través de las virtudes. De ahí que los pensadores de esta época pusieran en el centro de sus sistemas jurídicos y morales el tema de la virtud. Ésta era el medio indispensable para que el hombre fuera capaz de formular leyes, resolver casos prácticos; en una palabra: hacer derecho.

Uno de los conceptos que fungieron como clave de bóveda del derecho medieval nos servirá para encarnar estos elementos de la cosmovisión medieval que venimos exponiendo (libertad, derecho natural, ley natural). Nos referimos a la *aequitas*. Uno de los primeros glosadores la definió con una profunda expresividad teórica:

Equidad es la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar. Según lo que acabamos de exponer, el mismo Dios puede ser calificado de equidad. Nadie, en efecto, es equidad sino Dios. Si tal equidad se encuentra en la voluntad del hombre, se llama entonces justicia. Y por otro lado, si esta voluntad se materializa en preceptos, ya sean escritos, ya consuetudinarios, entonces se denomina derecho.<sup>261</sup>

La equidad es una armonía que proviene de los hechos y que sugiere al ser que la descubre aplicar análogamente un derecho similar a causas que son similares. Esa armonía es comunicada originariamente por Dios a todas las cosas, por eso Él es equidad en el sentido más propio del término, como nos dice el glosador. El hombre, por ser imagen y semejanza de Dios, es capaz de descubrir esa armonía con su inteligencia. En este sentido, él puede también ser equitativo. Cuando esta capacidad de reconocer la armonía está en la voluntad del hombre se llama justicia. Y cuando esta justicia se concreta o materializa en preceptos se llama derecho.

<sup>261</sup> *Fragmentum Pragense* (ed. de H. Fitting, *Juristische Schriften des frühen Mittelalters*, Halle, Buchhandlung Waisenhaus, 1876, p. 216. citado en Grossi, P., *El orden jurídico medieval*, p. 180.

El jurista estaba llamado a ser justo, pero esta justicia sólo se podía obtener del contacto con la realidad, de ahí que derivaba o formulaba el derecho de las cosas: precisamente porque en ellas se encontraba la equidad. Este es el significado más profundo del *medium rei* o medio real que Tomás de Aquino atribuyó a la virtud de la justicia.

Esquematicemos un poco lo dicho hasta aquí: Dios creó un mundo ordenado. El hombre, que por su imagen y semejanza con Dios, es racional, puede descubrir dicho orden en la creación, y a partir de éste, descubrir leyes generales, como la de la equidad: a causas similares, derecho similar. Sin embargo, aquí no acaba el proceso, pues es necesario aplicar esa ley a los casos concretos para resolverlos y materializar estas soluciones en preceptos. Esto era justamente el derecho para los bajomedievales: la concreción de leyes generales, descubiertas en las cosas, a casos particulares y la posterior formulación de preceptos con base en las soluciones justas. Y estas soluciones justas también se debían hacer con la mirada puesta en la realidad que se intentaba resolver. Toda la inteligencia jurídica medieval era *reicentrica*, es decir, giraba alrededor de la realidad, de la *res*, de la cosa.

Ley y derecho no son realidades antitéticas en el pensamiento jurídico medieval, sino complementarias.

La visión jurídica que acabamos de exponer sufrió un cambio importante en el siglo XIV con el nominalismo. Para pensadores como Occam o Duns Scoto —como ya lo expusimos— no existía una finalidad en la naturaleza de las cosas, y como consecuencia no había un orden que fuera comunicado por la realidad. En todo caso, el único orden que el hombre conoce, según los nominales, se compone de los mandatos positivos dictados por la voluntad divina. La ley, pues, ya no obtendrá valor de su racionalidad, sino de su carácter de ordenada, por lo que se volverá dogmática.

El término *lex* comenzará a concebirse únicamente como los mandatos y restricciones a la libertad originaria de hacer, al grado de contraponerse al derecho, que sólo representará las cosas que se pueden hacer lícitamente; esto es, las acciones que no

contravengan lo ordenado por la autoridad superior. Del mismo modo, toda ley terminará por indicar poder, titularidad, certeza y legalidad.

Hemos dicho que la libertad para gran parte de la tradición medieval tiene dos pilares: el autodinamismo o facultad moral de elegir y el asentimiento de lo real. Este segundo pilar desaparece por completo en el pensamiento nominalista, ya que, según estos autores, la realidad no comunica nada: es muda. Asimismo, las virtudes morales e intelectuales, cuya valía en el pensamiento aristotélico-tomista consistía en ser los medios indispensables para leer la realidad, irán perdiendo su valor.

Reflexionemos un instante: la realidad en el medievo sapiential (del siglo XI al siglo XIII) era el punto de comunión de todos los hombres, pues ante ella el jurista, el teólogo, el filósofo, rendía sus teorías personales y escuchaba y aprendía. Era, en definitiva, un punto de referencia común: el orden del universo (el macrocosmos y el microcosmos, es decir, el hombre). Un hombre era común a otro hombre porque sus naturalezas tendían al mismo fin: la contemplación de Dios. En cambio, una vez que la realidad ya no es un punto de encuentro, porque es silenciosa, y que la libertad sólo consiste en una facultad de obrar, esto es, puro autodinamismo, el hombre comienza a individualizarse, a entenderse como un sujeto con derechos subjetivos, personales, oponibles a terceros. Y la primera expresión de una libertad que renuncia a la realidad es el dominio.

La riqueza atribuida por los pensadores escolásticos a la ciencia jurídica se irá perdiendo: la libertad termina por convertirse en una mera facultad de hacer —con el consecuente olvido del asentimiento—, y las virtudes terminan por volverse imprácticas.

Por otro lado, la razón, que para Tomás de Aquino, entre otros, tenía una parte teórica, que permitía conocer los primeros principios del entendimiento, y una parte práctica, que se encargaba de la aplicación de dichos principios, quedará reducida a la razón teórica y, de forma más específica, a la razón matemática. Esta reducción implicará asimismo la reducción de los múltiples prin-

cipios o fuentes de donde provenía el derecho para los medievales a uno solo: o bien la sociabilidad, como en el caso de Grotius, o bien la preservación en el caso de Locke, o bien la ley, como en el caso de los positivistas posteriores.

Este fenómeno que hemos venido exponiendo toma gran fuerza en la Escuela de los Teólogos Juristas, por vía de pensadores como Francisco Suárez y Fernando Vázquez de Menchaca. Pensemos en la distinción que hace Vázquez, y que ya explicamos al momento de exponerlo, entre la *potentia* y la *potestas*. El primero de estos conceptos se refiere a la libertad entendida al modo de *fas*, de facultad de hacer, que se contrapone a la *potestas* o potestad de la autoridad, que es la que ordena las leyes que restringen el uso discrecional de la libertad.

Concebir, como lo hace el pensador vallisoletano, en franca oposición la ley y el derecho o, dicho con otras palabras, el deber y la libertad, hace necesario construir una teoría de la sociedad que limite la autoridad y permita a los individuos conservar sus derechos frente a otros individuos (pues todos tienen una libertad de hacer ilimitada que puede llegar a dañar la de los demás) y frente a la autoridad. Comienza, así, el nacimiento de la mitología política y jurídica: el contrato social en su versión racionalista para explicar el origen de la sociedad civil y el derecho.

Resulta también interesante para entender la génesis del derecho moderno la reducción suareziana de toda la realidad jurídica al derecho útil (derecho a algo) y al derecho honesto (derecho sobre algo amparado por la legislación positiva). Desde estas premisas apuntadas por Suárez todo derecho (natural o civil) queda restringido al derecho de propiedad.

La ley entendida como mandato de un superior (un mero producto de la voluntad), la libertad concebida como un poder individual de hacer —una *potentia libera*, como dirán los modernos—, la razón reducida a su uso teórico y, finalmente, la oposición o identificación del derecho con la ley, fue el caldo de cultivo teórico que hizo posible la noción de derechos naturales inalienables. Atención: aquí sólo no referimos al terreno teórico, pero es cierto

que otros múltiples factores de tipo económico, político, sociológico, etcétera, prepararon igualmente el terreno para el nacimiento de los derechos humanos.

Creemos que la transformación intelectual que sufrió el derecho en la modernidad siguió este derrotero: cuando los nominales negaron que la realidad debía ser el punto de partida del derecho y encumbraron a la libertad como la única fuente de derechos, surgió la noción de derecho subjetivo en su forma moderna. El derecho entendido en estos términos entraba en conflicto con la noción de ley, que desde el siglo XIV había quedado reducida a un mero mandato de una voluntad superior. De un lado, pues, nos encontramos los derechos basados en la libertad, conocidos también como naturales, y cuya primera expresión es el dominio o propiedad. Y, del otro lado, nos topamos con la ley ordenada por un superior, el cual, después del proceso secularizador de la Ilustración, terminó siendo monopolio del Estado. Derecho natural *versus* ley. Esta oposición, a la larga, permitió el nacimiento del positivismo en Europa, pues o se negó el valor del derecho, ya que no obligaba, o se le terminó identificando con la ley para que tuviera valor.

Con la aparición de una nueva forma de concebir el libre arbitrio, resultó lógico que surgiera una nueva forma de explicar la sociedad. Si los modernos concibieron al hombre como una esfera autónoma de libertad, debían explicar qué ocurría cuando se encontraba con otro hombre. En esta tesitura, la idea de un contrato se hizo necesaria. Nos explicamos: si cada individuo tenía un derecho originario al dominio (en el hipotético estado de naturaleza), fue necesario explicar cómo era posible que conservara sus prerrogativas frente a otros individuos que tenían ese mismo derecho originario. La solución fue el pacto, pues evitaba el conflicto de intereses y aseguraba, aunque ya de manera necesariamente limitada, los derechos de cada persona. Este fue el camino que siguió con distintos acentos, como tuvimos oportunidad de exponer, la Escuela Racionalista de Derecho Natural.

¿De dónde, pues, surgen los derechos naturales para los modernos? Principalmente de tres fuentes: de la libertad individual

—como en Suárez y Vázquez de Menchaca—, o sea, todo lo que puedo hacer y que no contradice la ley ética o divina; de la sociabilidad (entendida de forma bastante dispar por los distintos autores iusracionalistas), como fue el caso de los escolásticos españoles y Grocio, y, por último, de las esencias inmutables de las cosas (Pufendorf y Suárez, por ejemplo).

Los tres principales derechos fundamentales que encontramos en las obras de los autores analizados son: la libertad, la igualdad y la propiedad. La libertad fue concebida por estos pensadores como la potencia inicial de donde surgen todos los demás derechos. La noción de igualdad se hizo necesaria en la medida en que se comenzó a explicar la sociedad a partir del contrato social: si todos los hombres son libres y han de pactar para que no se vean afectados sus derechos, todos deben partir de una situación de igualdad para que no se cometan injusticias. La propiedad, por su parte, es la primera expresión de la libertad y, en este sentido, uno de los derechos fundamentales más importantes.

Resulta, por lo demás, complicado seguir una línea argumentativa común en las obras jurídicas de los autores modernos, y esto se debe en gran medida a las distintas y hasta contradictorias teorías que se encuentran en sus obras (Suárez y Pufendorf son ejemplos muy claros de esto). Nosotros simplemente hemos esbozado algunos conceptos comunes y hemos intentado explicar su evolución.

Por último, diremos que la noción de derechos humanos o fundamentales no se puede atribuir a ningún autor de manera exclusiva, pues su contenido teórico es tan complejo que no se puede explicar sino acudiendo a las distintas ideas de cada uno de los pensadores analizados en este trabajo. Creemos, eso sí, que los dos autores que más influyeron en la configuración definitiva de esta noción fueron principalmente el inglés John Locke y el alemán Samuel Pufendorf, pues sus obras justifican teóricamente el modo y la prelación de los derechos inalienables que consagraron las declaraciones de derechos inglesas y norteamericanas, así como posteriormente la francesa.