

Legitimus

FRANCISCO CARPINTERO*

SOMARIO: 1. *XXXX*; 2. *Los “jura originaria” del hombre y los distintos tipos del “dominium”*; 3. *In puris naturalibus*; 4. *Tiempos de libertad*; 5. ~~*In puris naturalibus*~~*[véase § 3]*;

1. *XXXXX*

Las exigencias teológico-jurídicas que plantearon los Hermanos Menores de San Francisco provocaron dolores de cabeza a los juristas. El problema residía en que estos frailes no sólo rechazaban ser propietarios “en común ni en particular”, sino que querían vivir también al margen del derecho. La bibliografía sobre este tema ha sido muy amplia, y ahora es mejor reenviar al lector a ella. Desde luego, en este tema, viene a la cabeza insistentemente el dicho que expresa *Nihil est iam dictum, quod non dictum sit prius*. Pero, superando la pereza, merece la pena volver a él, aunque sólo sea para pandectar y resumir lo ya expuesto en las obras de otros autores, y en las del autor que escribe estas páginas.

Retengamos la médula del problema: en un primer momento, los nominales, que ya algo tardíamente iban de la mano de las exigencias de los franciscanos, rechazaron los derechos que hemos creado los hombres en la historia, el *jus civile*, porque el *jus civile*

(*) Universidad de Cádiz.

era una realidad “natural” más producida por el hombre, como un *ars iniquitatis*. Pero la ley natural, como indica su propio nombre, también pertenece a la naturaleza, no a la acción de la libertad humana. Debieran haber apreciado el dato natural, porque la naturaleza es también creación de Dios. El investigador percibe un fuerte sentido para el menosprecio para todo lo que no provenga directamente desde Dios, porque ellos *separaron* el momento teológico y el momento de lo natural. Hubo un dato fundamental que explica en buena medida este problema: les era preciso luchar contra el pelagianismo que se extendía por las Escuelas de su tiempo¹.

Sucedía que Pelagio – o quizá más precisamente la mentalidad pelagiana – llevaba hacia el panteísmo con facilidad, porque no admite el pecado original y porque, al filo de esta bondad omnipresente en los hombres (la gran consecuencia de la inexistencia del pecado), Dios parece encontrarse en todo lo que hagamos. Otros grandes heterodoxos anteriores, como Donato o Arrio, no fueron mencionados en estos siglos algo tardíos: sólo permanecían en los libros de historia. Pero Pelagio sí estaba presente porque el panteísmo era una amenaza muy real en la Baja Edad Media: baste recordar a David de Dinand, que mantenía que Dios era la materia prima². Es patente que lo que andaba en juego era lo que imprecisamente se puede llamar “el estatuto teológico de la naturaleza”.

Estos teólogos católicos creyeron superar el peligro del panteísmo, separando tajantemente lo natural de lo sobrenatural: para ellos, lo natural es lo que ya está, sin intervención del hombre, compuesto por legalidades que se cumplen necesariamente en las que no tenía ninguna intervención la voluntad humana, fuente del

(¹) Juan DE GERSON escribía que «Perspiquum est consequenter quaestionem hanc sapere blasphemiam et haeresim Pelagianam[»]. *Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum*, Sumptibus Societatis, Antwerpiae 1706, vol. III, col. 254. Le mueve a escribir lo que indica cuando indica «Ex quibus consequenter deducitur necessitas humiliationis nostrae ad Deum, et quod non gloriatur ante eum stulta praesumptio omnis carnis, nec apponat ultra magnificare se homo super terram. Ex hoc insuper Pelagiana haeresis et ingratitude superba confunditur»; *Id.*, *Liber de vita spirituali animae*, en *Id.*, *Opera*, Sumptibus Societatis, Antwerpiae 1706, columna 15.

(²) Vid. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I, q. 3, art. 8.

bien y del mal: *Omne ens morale pendet ex voluntate*³. Lo que el ser humano tiene en común con los vegetales y animales no es fuente de derechos ni de deberes. Tema difícil, porque Tomás de Aquino había explicado en la I-II, q. 94, art. 2, que «el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las tendencias naturales del hombre». El primer precepto era mantenerse en el ser, aspiración que la posee todo lo que existe; el segundo, las tendencias que tenemos en común con los animales, como es la «coniunctio maris et foemina»; y el tercero hacer realidad las exigencias de la naturaleza racional, como es convivir con los amigos o la educación. Como vemos, nominales y tomistas distaban mucho entre ellos.

Queda aludir a un tema, que es el de la posición ontológica o metafísica de estos autores y, ya que nos referimos más expresamente a Juan de Gerson, conocer lo que él enseñó sobre este tema. Se les suele llamar nominalistas, pero ¿procede entender este adjetivo del mismo modo que decimos que Hobbes fue nominalista? El tema es de enjundia, porque si entendemos que hicieron una filosofía estrictamente nominalista no tiene sentido hablar de *jura*, *dominia*, *facultates seu potestates*. Juan de Gerson sí abordó este problema, ya que quiso estudiar el poder de la Iglesia “formalmente”, y se cuestiona si tal tipo de estudio es posible. Él explicaba que el desconocimiento de los modos de ser que expuso Aristóteles en su *Metafísica*, lleva a algunos a equivocarse. Pues un modo de ser es como parte integral en su todo; otro, como el todo integral en sus partes; el tercero, como la especie en el género; el quinto, como la forma en la materia, y la forma es triple: esencial, accidental y matemática; el sexto, como el efecto en su causa eficiente, dirigente o gobernadora; el séptimo, como ordenada hacia su fin; el octavo designa el lugar⁴. Y poco más adelante añade que si algún curioso quiere inquirir cómo se hace esta abstracción del poder de la Igle-

(³) Suárez adoptó esta idea pero según su propio estilo, cuando escribió que «Omne ens morale pendet ex libertate», F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac legislatore Deo in decem libros distributus*, Gomez de Loureyro, Conimbricæ 1612, L. II, cap. 2, § 11. Si el lector quiere conocer la génesis histórica de este problema, la tiene expuesta detalladamente en Francisco ZUMEL, *In Primam Secundae S. Thomae Commentarius*, Joannes Ferdinandus, Salamanca 1594, a lo largo del comentario de toda la *quaestio* 71.

(⁴) J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., vol. III, *consideratio séptima*, columna 236.

sia, y si este poder es algo universal real, específico o *quidditativus*, al margen de las otras operaciones del intelecto, lo remitimos a la Metafísica⁵. Él habla de las objetividades y de los conceptos que él mismo usa porque *Abstrahentium non est mendacium*⁶.

Por otra parte, para no perdernos entre el poder de las palabras, notemos que la ciencia romanista distinguía el derecho quirítico de los *legitima dominia*⁷. El derecho de los quirites era formal, severo y los *legitima dominia* designaba ante todo la informalidad de los contratos. En esta orientación de los conceptos Elberto Leonini, en esta línea, escribía que «Una sentencia común es que el acto legítimo no conlleva una regla, sino que supone una excepción a la regla general»⁸.

El otro extremo que es preciso evitar es el de los fundamentos del poder político, ya que prácticamente todos, avanzada la Edad Media, explicaron que el único poder legítimo de los gobernantes era el que provenía del consentimiento de los ciudadanos. Sabemos que Juan Duns Scoto fundamentaba el deber de obedecer a las leyes civiles en el *facto communitatis*⁹, y esta doctrina se fue imponiendo conforme avanzaban las ideas aristotélicas y alcanzó su cima con los escolásticos que integraron la Segunda Escolástica.

(⁵) «Si vero velle aliquis curiosus inquirere, qualiter habet fieri talis abstractio potestatis Ecclesiasticae, si sit aliquod universale reale, specifiū, et quidditativum, praeter omnem operationes intellectus, sicut inquiritur de animalitate et humanitate; remittimus ad Metaphisicam», *ibidem*.

(⁶) Ivi, p. 237.

(⁷) J. Pacius, por ejemplo, oponía tardíamente también estos dos derechos. Vid. J. PACIUS, *Isagogicorum in Institutiones Imperiales libri IV*, Editio postrema, Ludovici Elzeviri, Amsterdam 1547, p. 488.

(⁸) «Communior sententia est, actus legitimi tradunt non regula, sed exceptiones a generali regula». *Emendationum seu observationum libri septem*, Joannis Sansoni, Arnhem Geladuru 1610, Cap. XVII, *Emendatio Liber II*, p. 121.

(⁹) Escribe, a propósito de la *usucapio*, que «Istud etiam apparet probabile per hoc, quod si quilibet posse suum dominium transferre in alium, tota communitas posset cujuslibet de communitate transferre dominium in quamlibet (quia in facto communitatis suppono inclusi consensu, cujuslibet) ergo illa communitas habens justum consensum, quasi jam oblatum, in hoc quidem quilibet consentit in leges justas condendas a communitati vel principe, potest per legem justam cujuslibet dominium transferre in quemlibet». Cfr. *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, en ID., *Opera Omnia*, Tomus Sextus, Romae 1570, L. IV, *distinctio XV*, q. 2, § 10.

2. Los “*jura originaria*” del hombre y los distintos tipos del “*dominium*”

La nueva noción de *legitimus* fue de la mano del *dominium* en el cada ser humano presentaba una pretensión suya y, siendo más precisos, esta categoría fue creada para sustentar doctrinalmente a las libertades individuales¹⁰.

Los nominales y los últimos representantes de la Segunda Escolástica estudiaron lo que podríamos llamar vagamente la ley natural solamente desde los derechos de cada individuo. Ante este problema demostraron la misma desenvoltura que ante los otros temas básicos. Entendieron que cada ser había sido creado por Dios para hacer lo que tenía que hacer: los caballos tienen que pastar, es decir, tienen derecho a pastar, las arañas a tejer sus redes, los arroyos a correr¹¹. Baste esta breve enumeración, porque si atendemos a lo que dejaron escrito Gerson, Biel o Molina, llenaríamos bastantes líneas mostrando cómo todo ser se comporta, y tiene derecho a comportarse, de acuerdo con lo que es, es decir, de acuerdo con sus tendencias naturales. Pero no confundamos estas tendencias naturales con esas otras a las que aludía Aquino. Ellos querían afirmar la libertad de todo ser humano sobre su persona y sus actos, porque todo hombre nace libre. Sucedió que los franciscanos no repudiaban solamente el derecho real de propiedad, sino a todo el derecho, y para estar en condiciones de justificar esta exclusión, les era preciso situar un *dominium* prejurídico.

La teoría moderna del *dominium* fue de la mano de la distinción de varios tipos de *dominia*. Algunos autores tardíos, como Conrado de Summenhart, distinguieron más de doce tipos de él. Pero este

⁽¹⁰⁾ *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, UNAM, México 2013. *La libertad como origen y valor informador de los derechos civiles y políticos*, en J. J. MEGÍAS (ed.), *Manual de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2006, pp. 77-102. *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en F. CARPINTERO (ed.), *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Cádiz 2003, pp. 35-288. Este último estudio en «franciscocarpintero.com».

⁽¹¹⁾ L. DE MOLINA escribía: «Jus non aliud esse quam facultatem quamcumque ad rem quamvis, dominiumque cum jure recurrere, esseque non solum in bestiis, ut in equo ad pastum sumendum, sed etiam in rebus cognitione carentibus, ut in astris ad illuminandum, in elementis ad consistendum in suis propriis locis, etc», *De justitia et jure*, Ioannem Keerbergien, Évora 1615, Tractatus Secundus, Disputatio 3, columna 33.

exceso de análisis, sobre el que ironizaba Francisco de Vitoria, más bien confunde que no aclara. Era necesario distinguir estos niveles del derecho porque tener una *legitima potestas* designaba poco: cada cual podía actuar “legítimamente” desde sus pretensiones fundamentadas claramente en el derecho civil, en el canónico, o en el derecho de gentes. También podía designar una exigencia fundamentada en el *jus naturale*, pero ¿cómo saber que el autor estudiado hoy abandonaba el plano del derecho de gentes y civil y pretendía exponer un derecho válido para todo lugar y tiempo, es decir, derecho natural? Porque la referencia al derecho natural eran pocas en número, y el resto del texto ¿qué era: derecho natural o derecho civil? Por lo general, estos nominales distinguieron tres tipos fundamentales del dominio: *a)* el dominio original; *b)* el natural; y *c)* el civil. El que nos interesa estudiar ahora es el dominio original, que fue el que Dios otorgó a cada ser en el acto de la Creación y que poco se relaciona con lo que estos siglos entendieron por *jus naturale*.

Es un tipo del dominio “anterior” a la ley natural, que, como vimos no expresaba concretamente derechos para los hombres como tal ley natural. Hay que preguntarse si la ley natural, creada por Dios en la Creación, tiene poder normativo; porque la ley natural parece un *posterius* respecto de la ley más directa de Dios, que sólo nos recuerda a los hombres recuerda lo que Dios ya nos ha indicado. Reitero que los nominales vieron en la naturaleza “lo que está ya ahí”, no creada ni dependiente del hombre, que ejerce sus leyes con absoluta independencia de la libertad humana. Michel Bastit indica que Scoto adelantó el concepto moderno de naturaleza¹².

Pero presentar la ley natural desde sus derechos concretos suponía incurrir en una actitud poco medieval, porque los medievales no fueron dados a exponer concreciones de esta ley, sino que normalmente permanecieron más en el plano de las declaraciones generales. Este problema es duro de estudiar porque tardíamente también expusieron doctrina jurídica, y es difícil matizar para saber cuándo exponen simple doctrina, y cuando elevan sus estudios al plano del derecho natural. Por ejemplo, el tratado más conocido durante varios

(¹²) M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Puf, París 1990, p. 269.

siglos, sobre los contratos, el de Conrado de Summenhart, ¿es una obra jusnaturalista? Dictaminar sobre este extremo queda al juicio del lector, porque Conrado y con él otros juristas y teólogos de los siglos siguientes exponen según la forma más clásica de redactar, la propia de quienes declaran lo que simplemente les parece más justo según una “evidencia natural”.

El primero que hizo expresamente de la ley natural, desgranada en sus derechos concretos, la ley natural del hombre, fue Luis de Molina, a finales del siglo XVI. Hay que considerar así a la obra de Molina porque él afirma explicar lo que existe “metafísicamente”. Si lo que expone ya existe en un noúmeno objetivo (según él), ésa es una justicia superior a cualquier ley creada por los hombres. Para no complicar esta exposición, digamos simplemente que él se propuso exponer libertades individuales que resultaban desde la objetividad de las instituciones jurídicas. Se trató de un caso extraño: él había estudiado derecho en Salamanca y tenía que saber que las instituciones del derecho tanto crean derechos como deberes para sus titulares: pero él se refiere siempre y sólo a los derechos. Aunque también defendió algo así como una *lex permissiva originaria*¹³ – ¿fundamentada o proveniente del derecho natural? – en la que no aparece claramente su naturaleza: ¿era una facultad general basada en la ley natural o era una *qualitas moralis* que pertenece a todo individuo? Una discusión abierta. Lo más claro es lo que indica Dufour, que Molina fue el gran apologeta de la libertad individual¹⁴.

(¹³) Parece darlo an entender por su insistencia en la *facultas*, «que es del derecho del que él habla»: «Cujus obligatio oritur ex natura rei de qua est praeceptum, et non ex arbitrio praeipientis ...[...] vim apud omnes habet. Quo loco accipe egregium hoc discrimen inter jus naturale, et positivum. Quod obligatio juris naturalis oritur a natura objecti, indeque se diffundit in praeceptum ...[...] Facultas quae ex natura rei habet uniusquisque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem, ad decerpanda ex arboribus suis poma, ad ambulandum in proprio domo, aut in via publica, est jus de quo modo loquitur», L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, cit., Tract. II, disp. 1, columna 25.

(¹⁴) La importancia que Dufour atribuye a Molina en la formación de la doctrina jurídico-política moderna es extraordinaria. Según él, la historia del derecho de libertad se dividiría en dos períodos, antes y después de Luis de Molina. Escribe, entre otras muchas consideraciones: «Dans cette perspective rénovatrice du Droit naturel, ouvert tant à l'historicité qu'à l'espécificité du droit en un monde changeant, les premiers jalons d'une doctrine de l'autonomie de l'ordre moral par rapport à la volonté divine seront posées de manière significative par le grand apologete de la liberté humaine, célèbre dans l'histoire de la théologie par son doctrine de la Grâce fustigée par Pascal, mains dont l'oeuvre juridique présente en

La *qualitas moralis libertatis* aparece – quizá por primera vez en la historia – claramente en Suárez, quién habla del derecho natural (de naturaleza modal), del *jus utile naturale* y de la libertad humana como una *quasi qualitas moralis*. El binomio representado por Molina y Suárez fue decisivo en el decurso de nuestras ideas jurídicas y políticas. Habría que preguntarse sobre la influencia que otro jesuita, Gabriel Vázquez de Belmonte, ejerció sobre Molina, pero esto nos llevaría ahora demasiado lejos. Molina preparó, en tono metafísico, lo que explicó Suárez pocos años más tarde en tono nominal pero igualmente seguro y rígido. El estilo nominalista de Francisco Suárez posee un “estilo” muy distinto al de Scoto, Gerson o Biel.

El tránsito desde la *legitima potestas* basada en el derecho conocido, a la *legitima facultas* anterior a cualquier ley, también a la ley natural, requería superar el binomio tradicional que sólo reconocía el juego del *jus naturale* y el *jus civile*. En aquella época estaba presente también el *jus gentium*, pero ya se asignara al derecho natural, ya al derecho positivo, seguía estando en el plano tradicional que requería ser superado.

Indiqué que hubo una serie de teólogos – no de juristas – que, lejos de las metafísicas naturalezas de las cosas, o superadas ellas en sus doctrinas, hicieron partir sus explicaciones desde el *dominium originale*. Sin entrar en grandes matizaciones, hasta entonces, quien tenía una pretensión justificada ante el derecho decía tener un *dominium legitimum*, ya que *legitimus* significaba, en la ciencia jurídica romanista, lo adecuado a la ley. Pero si es rechazado incluso el valor normativo de la ley natural, hacía falta otro término, o bien, dar un significado nuevo a un término antiguo. El término elegido para designar estos nuevos dominios concedidos por la *Prima justitia Dei* en el acto de la Creación, fue el de *legitimus*. Dicho sea incidentalmente, éste era un término usado por los teólogos, al que los juristas apenas mencionaron: para ellos la realidad más fundante

fait un intérêt autrement capital pour l'histoire de la science du Droit: Luis de Molina», A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, Puf, Paris 1972, págs. 54-55.

de la justicia y del jus era la *aequitas*, tal como se puede comprobar, por ejemplo, en el Manuscrito de Praga¹⁵.

3. *In puris naturalibus*

Los franciscanos y los apologetas creyeron contener la excesiva “sobrenaturalización” de lo natural, tan querida a los pelagianos en los temas humanos, mediante la teoría del *In puris naturalibus*, que entendía que el hombre tiene dos fines últimos y estrictamente paralelos, uno natural y otro sobrenatural. Esto les llevaba a pensar que la ley natural humana, que todo hombre encuentra en su razón, en tanto que es sólo natural, no obliga a nada. Los contenidos que encontramos “naturalmente” en nuestra razón – y que parecen ser los contenidos de la ley natural – son únicamente contenidos mentales contingentes que no pasan de ser “modos” o *modi*, realidades naturales incapaces por sí de generar por sí un deber. Pueden y deben crear deberes porque en ella hay dos sectores o vertientes, uno la *lex indicans* y otro la *lex imperans seu praecipiens*. La *lex indicans* enseña lo que es bueno o malo, sin ordenar ni prohibir por ser simplemente natural, y la *lex imperans* ordena hacer lo bueno y evitar lo que es malo.

Esto implicaba que había o podía haber dos tipos de pecados. Uno era la infracción contra esos contenidos que todo hombre encuentra en su mente; en tal caso, por violar el contenido de la razón, cometía un pecado contra la *ratio*, un tipo de falta que solía ser llamada pecado racional o filosófico¹⁶. Pero si a lo mostrado por esa *lex*

(¹⁵) Vid. mi “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y *el Humanismo racionalista*, en «Jus Commune», VI, 1977, pp. 108-171 (franciscocarpintero.com).

(¹⁶) «Nulla transgressio legis naturalis, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale ... quia lex naturalis est humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio; non ergo seruntur ad finem supernaturalem», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, Lectio IV, Corollarium Primum, columna 38. No era nada nuevo. Se limitaba a seguir a Scoto cuándo éste escribía que «Quare non intellecto voluntatis imperio adstringentis alios ad servandam legem, quaecumque raepresentarentur contra iudicium rationis, esse reputanda mala, non moralia, vel theologica, sed mala naturae et philosophica [...]. Homo faciens contrarium, contra naturam, comitti malum, sed non esse tale malum reputandum demeritorium, aut offensa Dei». Esta vez cito por la refundición de sus obras que hizo Jerónimo de Montefortino, titulada *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Ordinis Minorum Summa Theologica. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem*

indicans se le añade la fuerza normativa que proviene de la voluntad de Dios, Autor de la naturaleza, fuerza que era conocida como la *lex imperans seu praecipiens*, que acompaña siempre a la *lex indicans*, entonces ya era un pecado contra la voluntad de Dios, esto es, un pecado propiamente moral. En cualquier caso, mantenían su dicotomía entre lo sobrenatural y lo natural.

4. *Tiempos de libertad*

Todo ovillo tiene un hilo, no el hilo conductor del discurso al que los alemanes de antes llamaban *Leitfaden*, sino un hilo que provoca las discusiones entre las personas, esto es, un origen que no siempre se percibe porque queda oculto tras las hojarascas de las discusiones posteriores. El factor genético del término *legitimus*, como instancia superior a cualquier ley natural o derecho positivo, no fue único. Desde luego, hubiera sido impensable sin las disputas que levantaron los franciscanos a propósito de la pobreza evangélica, pero el problema se diversificó rápidamente.

Sólo para ambientar el desarrollo histórico de este tema, hay que hacer notar la gran consideración de la libertad creada para cada individuo según los juristas del *Jus Commune*. Sin entrar ahora en este tema pero dejando constancia de él, vemos cómo Irnerio explicaba que la libertad se fundamenta en el derecho natural, por lo que es común a todos los hombres, también para los esclavos¹⁷. En este ambiente así creado, pues Irnerio no fue en absoluto original en este tema, fue más fácil afirmar los *dominia* de cada persona¹⁸. Desde luego, la gran masa de los juristas mantuvo la fundamentación – cuando no

et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymus de Montefortino, Raphael Peveroni, Romae 1728, I-II, q. 91, art. 2.

(¹⁷) «Libertas. Diffinit hic libertas secundum jus quod est inventa, jus naturale secundum unde etiam libertas servi diffinitur... alii dicunt ibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a iure naturali potest facere quicquid vult». *Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, Philippi Nutii, Paris 1559, Glosa “b” a D. 1,5,4.

(¹⁸) Sobre los modos cómo los juristas explicaron la “derogación» del derecho natural, vid. mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, en «Persona y Derecho», VIII, 1981, pp. 33-100 (franciscocarpintero.com).

la identificación – de la libertad con el derecho natural, y Guillermo Doviatus escribía, aún en pleno siglo XVIII, que

Nuestros juristas mantienen que nuestra libertad es una cosa de valor inestimable, y comparan a la esclavitud con la muerte. Desde lo que ellos escriben, deduzco tres formas de libertad y por tanto de esclavitud: una filosófica, otra natural, una tercera legítima, que es la creada por nuestro derecho ...[...] La libertad legítima – tal como la definió *Florentinus noster* –, es la facultad natural para hacer cada cual lo que quiera si no se lo prohíbe la violencia o la ley. La esclavitud legítima es una constitución del derecho de gentes por la que alguien es sometido *contra naturam* al dominio ajeno¹⁹.

En términos razonables, ¿desde qué autores hay que partir para estudiar este tema? Scoto es demasiado complejo, y Ockham, su gran enemigo, fue demasiado radical. Como las enseñanzas de uno y otro se habían sedimentado en el siglo XV, parece que no es inoportuno arrancar desde Juan de Gerson, sin desconocerá sus otros compañeros de escuela, como fueron Conrado de Summenhart, Pedro d’Ailly, Jacobo de Almain o Gabriel Biel.

Juan de Gerson abordaba este problema indicando que «Podemos describir proporcionalmente el *dominium libertatis creaturae*, indicando que es una *facultas* adecuada que resulta desde la liberalísima condescendencia de Dios que se da [Él a Sí mismo] para hacer o no hacer con al alma racional en la producción de sus actos elícitos»²⁰. Su gran discípulo, Conrado de Summenhart escribía que la descripción del dominio magistralmente expuesta por los doctores “nominales” es la que llamamos derecho poder, o facultad adecuada

(¹⁹) «Jurisconsulti autem nostri libertatem velut res inestimabilem dicunt, servitutum morti fere comparant. Ex quorum dictis tres libertatis et servitutis formas colligo: unam philosophicam, alteram naturalem, tertiam legitimam, hoc est a legibus nostris traditam ...[...] Est autem legitima libertas (ut Florentinus noster definit) naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur. Legitima autem servitus est constitutio iuris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subiicitur», G. DOVIATIUS *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia*, apud Sebastianum Nivellum, Paris 1723, § 7.

(²⁰) «Describeretur proportionaliter dominium libertatis creatura, quod est facultas propinqua resultans ex liberalissima condescensione Dei se donantis ad agendum vel non agendum cum anima rationali, in productione suarum, actuum elictorum», J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 253.

a alguien según el dictamen de la justicia primera²¹. Almain no les fue a la zaga y dejó escrito que «Et dominium est illud jus competens: et jus est ipsa facultas»²². Interesa destacar no hacen depender el poder o la facultad desde alguna ley, ni siquiera de la ley natural, sino directamente desde la *Prima justitia Dei*. Fue lógico que Conrado explicara que «Nam prima clausula est potestas vel facultas, et ita ponitur pro lege: quoniam jus formaliter est potestas, vel facultas, quod patet»²³.

5. *In puris naturalibus* [véase § 3]

Ellos trataron de devaluar la realidad humana negando su valor ante la salvación eterna; aunque, como veremos después, esta opinión requiere ser matizada porque rara es la ley humana en la que no se imbrican también datos propiamente morales. Al negar el valor de lo natural hubieron de volver al plano de lo sobrenatural y hablar, como ya vimos, de un *dominium originale* que no puede ser separado de Dios.

Juan de Gerson fue estricto al separar lo sobrenatural de lo natural, a veces en tono programático, a veces más detalladamente. Existen dos naturalezas, la divina y la corporal²⁴, y el mundo de lo sobrenatural no se relaciona con el de lo que es simplemente natural²⁵, lo

(²¹) «Descriptio dominii sint a magistris bene ac magistraliter positam, quibus dicit Jus est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae», *De contractibus licitis atque illicitis*, apud Franciscum Zilettum, edición de Venecia de 1580, Compendium, pág. 1.

(²²) *A decima quarta distinctione quaestiones Scoti profitentis, perutilis admodum lectura*, Claude Chevallon, Paris 1926, p. 48.

(²³) *De contractibus*, cit. Tract. 1, q. 1.

(²⁴) «Pro cujus elucidatione et ut dicti hujus rationabilitas magis innotescat advertendum est, quod homo qui subsistit ex duplici substantia, una spirituali, aeterna divinaque, alia corporali et mortali, duplicem habet finis, unum supernaturalem, alium naturalem, qui humanus potest dici, seu politicus et civilis», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 20.

(²⁵) «Similiter omnis actus libere elicited si fiat ex vita gratiae, est meritorius vitae aeternae. Si fiat ex sola vitae naturae cum circumstantiis eandem vitam concernentibus, est meritorius boni solius temporalis, et saepe de congruo ad vitam gratiae disponit», *ivi*, columna 59.

que es, según él, un camino seguro para superar los sueños de Pelagio²⁶. Por lo general, él sigue la tripartición clásica de los nominales que distinguen entre el *dominium originarium*, el *dominium naturale* y el *dominium civile*²⁷.

Explica el *dominium civile* indicando que está introducido con ocasión del pecado, que es posible retener o abdicarlo, *servata o non servata charitate*, y que se funda en las leyes civiles y políticas²⁸. Introduce la expresión “non servata charitate” para indicar que también los infieles pueden ser titulares de este dominio. La mentalidad usual entendía que ante todo existe la Ley Eterna de Dios, desde la que se deriva la ley natural, y que desde esta última se justifican las leyes humanas. Él plantea expresamente este tema y niega que sea así. Las leyes de origen humano sólo tienen utilidad para ‘esta vida’. Las leyes humanas buscan la felicidad en esta vida, y las leyes divinas la felicidad eterna²⁹.

Pero no puede aislar a las leyes y derechos humanos de la Ley Eterna, porque se podrían cometer injusticias. Inicia un largo camino para explicar que, en definitiva, todo el derecho se deriva desde la *Prima justitia Dei*, «et hoc secundum multiplices leges, proprie divinam, proprie naturalen, secundum canonicam et civilem»³⁰. El «Jus

(²⁶) Ivi, columna 8.

(²⁷) Ivi, columna 9.

(²⁸) «Praeterea civile dominium seu politicum, est dominium peccati occasione introductum, non competit pluribus, ex aequo retinibile et abdicabile, servata vel non servata charitate, fundatum in Legibus Civilibus et politicis, secundum quas potest abdicandi vendendo, donando, negligendo, permutando. Unde in ecclesiasticos inventum tale dominium suo modo: nec fundatur in charitate, nec in Fide; quoniam apud infideles et injustos peccatores juste manet tale dominium», J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 253.

(²⁹) J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 20. En otros momentos indica que «Nulla transgressio Legis naturalis, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale [...] quia Lex naturalis est humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio», ivi, Lectio IV, Corollarium Primum, p. 38.

Era una tesis común a toda la escuela. Gabriel BIEL, casi un siglo más tarde, enseñaba que «Pro cujus elucidatione notandum: quod homo, qui subsistit ex duplici differentia: scilicet spirituali, et aeterna, atque corporali mortali, duplicem habet finem, unum supernaturalem; aliud naturalem, qui humanus dici potest, seu politicus, vel civilis[»], *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum*, Brixiae 1674, L. III, Dist. 37, q. unica, p. 350.

(³⁰) «Epilogando dicimus, quod a prima Justitia derivatur Jus, generaliter in omnem creaturam, specialiter in creaturam rationalem; et hoc secundum multiplices Leges. Secundum proprie divinam, secundum proprie naturalem, secundum canonicam, secundum civilem», J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 255.

est facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis»³¹. Sucede que toda justicia viene de Dios, «et sic in qualibet res tantum est de jure, quantum de aequitate» ya que la *recta ratio* y la *Prima Justitia* convergen en Dios *synonime*³².

Toda justicia viene de Dios porque la *recta ratio* es ley divina³³. Aunque él también sucumbe a la tentación de los nominalistas de distinguir muchos dominios. El esquema más básico que distingue *dominium originale—dominium naturale—dominium civile*, le resulta a veces insuficiente y distingue entre el dominio original, el natural, el beatífico y el político³⁴, a los que corresponden cuatro *jurisdictiones*, la divina, la natural, la canónica y la civil³⁵. A veces amplía esta lista y escribe *dominium sextuplex*: beatífico, original, gratífico, evangélico, canónico y político³⁶. En otras ocasiones parte desde las *jurisdictiones*, y habla de la jurisdicción de la gloria, de la justicia original, de la gracia santificante, de la de los Evangelios según las leyes canónicas, y de la política o civil *secundum leges civiliter datas*³⁷.

(³¹) «Expedimus autem sub compendio, et dicemus: Jus est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis: totalis et finalis resolutio materiae nostrae ad dictamen rectae rationis terminatur», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 26.

(³²) «Jus vero sic describitur. Jus est potestas, seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae. Porro dictamen hoc, Lex dicitur, quia Lex est regula conformitatem habens ad dictamen rectae rationis: dictamen vero rectae rationis et primae Justitiae conveniunt in Deo *synonime*», J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 251.

(³³) «Omnis rectitudo moralis ipsius voluntatis resultat ex conformitate ejus, aut suorum actuum vel omissionum ad divinam Legem et ejus rectam rationem», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 13. Más adelante añade que «Nullum est iudicium rectum nisi pro quanto Legi divinae conformatur quod est dictamen primae regulae et rectae rationis» *ivi*, columna 39.

(³⁴) «Nunc tandem de abdicatione Domini quaedam subjungamus quantum hoc liceat vel expediat: ostendentes et in primis rememorandum est ex prioribus, quod neque Dominium Charitatis quod ab aliquibus Evangelicum dicitur, neque dominium naturale, neque originale, neque beatificum cadit sub abdicatione voluntaria et licita: de solo igitur Dominio Politico vel coercitivo, sive illud sit naturale, sive divinum, sive humanum sermo habendus est», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 36.

(³⁵) J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 253.

(³⁶) *Ibidem*.

(³⁷) «Dominium, est potestas propinqua assumendi res alias, vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum, secundum Jura vel Leges rationabiliter institutas. Invenitur autem hoc modo Dominium sextuplex. Beatificum, originale, gratificum, Evangelicum, Canonicum, politicum», *ibidem*.

Pero reconoce que las leyes divinas y humanas se solapan en sus finalidades y en los medios que ofrecen. En ocasiones es radical en la afirmación de esta dependencia divina y explica entonces que algo «Habet de entitatem quantum habet de positivum»³⁸. Es preciso tener en cuenta que él entiende – y era una opinión muy extendida – que la *prima justitia* es la *recta ratio*. Según esto, el derecho natural, que es conocido *per evidentiam pure rationalem*³⁹ participa en el grado máximo en la *prima justitia Dei*. Si el dominio «es la «*potestad propinqua* assumendi res alias, vel ut alias in sua facultatem vel usum licitum, secundum Jura et Leges rationabiliter institutas», todo dominio implica una participación en la capacidad creadora de Dios, y toda ley humana supone una justicia participada⁴⁰. En los contenidos legales, el tránsito desde las leyes humana a la ley divina es frecuente, y «paucissimas invenires Leges, quae non se mutuo participant»⁴¹. Sucede que, en definitiva, al estar todo medido por Dios, obedecemos por la «potentia obedientialis» que corresponde a Dios y es que, al final de cuentas, la capacidad para crear deber, es un privilegio sólo de Dios⁴².

(³⁸) «Dicamus igitur, quod omne ens positivum quantum habet de entitate et ex consequenti de bonitate tantumdem habet de Jure sic generaliter definito. In hunc modum coelum jus habet ad influendum, sol ad illuminandum, ignis ad calefaciendum, hirundo ad nidificando, immo et quaelibet creatura in omni quod bene agere naturale possit facultate», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 26.

(³⁹) J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 253.

(⁴⁰) «Nunc ex praecedentibus aliqua concludamus. Et primo quod definitio ista Justitia; Justitia est perpetua et constans voluntas jus suum unicuique tribuens; competit principaliter Justitiae divinae in ordine ad suas creaturas», J. DE GERSON, *Liber de vita spirituali*, cit., columna 31.

(⁴¹) «Rememorandum est tamen id quod iam dictum reperitur, paucissimae inveniri Leges, quae non se mutuo participant; sed ratio distinguit eas et secernit», J. DE GERSON, *Tractatus de potestate*, cit., columna 253.

(⁴²) «Proinde dictum est in descriptione juris, quod est facultas propinqua et c. propter illa quae in potentia obedientialis convenire possunt cuilibet creatura», *ivi*, columna 251. Seguía a Juan DUNS SCOTO cuando escribía sobre este tema indicaba que: «Cum de ratione personae sit incommunicabilitas nulla persona potest esse formaliter persona per negationem ...[...] quod negatio absoluta et libera est communis enti et non enti. Negatio ista quod persona est persona non est propria isti personae nisi ponent aliqua affirmatio propria isti personae. Et ita prius est persona per affirmationem quod per negationem ...[...]. Sola negatio dependentiae non sufficit ad rationem personae ...[...] quia ad personalitatem requiritur ultima solitudo sive negatio dependentiae actualis et aptitudinalis ad personam alteri naturae», *Super Tertio Sententiarum*, Lyon 1530, L. III, q.1 art. 3. ¿Entonces? Se remite a Dios

Juan de Gerson tampoco usó expresamente el término *legitimus* para referirse a una instancia justificante anterior a cualquier ley. Al negar el valor de lo natural en tanto que natural, hubo de remitirse a una instancia sobrenatural. En su lugar, como fue usual entre los nominales, se remitió al *dominium originale* o a la *recta ratio* que es la razón misma de Dios. Pero habían devaluado concienzudamente a la ley natural, y el binomio típico de aquella época, y también de la Edad Moderna, que era el juego del *jus naturale—jus civile*, ya no era enteramente válido. Ciertamente, en la ley natural distinguían la *lex indicans* de la *lex imperans seu praecipiens*, pero remitirse ahora a esta ley, teniendo en cuenta estas matizaciones, era demasiado artificioso: la ley natural había dejado de ser la ley del hombre y se había convertido en un juego conceptual. Puestos a hablar de dominios o facultades libres era preciso diseñar una facultad que se fundamentara en sí misma, y finalmente resultó la figura de la *quasi qualitas moralis libertatis*, un *quasi usus facti*, como la llamó Suárez⁴³. Y cuando la pretensión personal no podía ser fundamentada en una libertad originaria, usaron el término *legitimus*.

como Causa última: «Et potentia obediencialis [...] pertinet ad dependentiam causati ad causam», *ivi*, q. 4.

(⁴³) A diferencia de los nominales anteriores – pensemos en Duns, Ockham, Gerson, Conrado o Biel – no fundamenta esta libertad en la *Prima justitia Dei*, sino que la presenta como una realidad causada por la ley natural o que consiste en una *qualitas moralis*: pues por la sola fuerza del derecho natural todo hombre nace libre; el derecho natural no ordena que el hombre permanezca siempre libre, ni tampoco prohíbe la esclavitud, sino que se opone a que un hombre caiga en la esclavitud sin su consentimiento o sin título legítimo. Escribe que «Exemplum est de libertate hominis, quae servitute opponitur, est enim de iure naturali, quia ex vi solius naturalis iuris homo nascitur liber, nec potest sine legitimo aliquo titulo in servitutum redigi; ius autem naturae non praecipit, omne hominem semper manere liberum, seu (quod perinde est) non simpliciter prohibet, hominem in servitutum redigi, sed solum, ut id non fiat sine libero illius consensu, vel sine iusto titulo, et potestate». *Defensio ...*, *cit.*, L. III, cap. 1, § 9.

En estas páginas SUÁREZ está introduciendo la figura de los derechos subjetivos naturales: «Unde ut habeamus brevia nomina, quibus uti possumus, primum vocare possumus jus utile; secundum honestum; vel primum jus reale, secundum legale», *Tractatus de legibus*, *cit.*, L. II, cap. 17, § 2. En otro momento indica que «Hoc nomen jus interdum significat propriam legem, seu praeceptum; aliquando vero, et satis proprie, ac frequenter significare facultatem utendi, (vel ut ita dicam), quasi usus facti, sicut distinguuntur jura servitutis, vel jus in re, et jus ad rem, et similia», *Defensio*, *cit.??*, L. IV, cap. 9, § 11.

Por esto, John Maior escribía: «Aliud verum legitimum est et justum quod a primordio...»⁴⁴. Bartolomé de Medina hablaba de la *legitima philosophia*, que sería la tomista, para oponerla a la de los nominales⁴⁵, y Gaspar Cardillo de Villalpando escribía: «Discursus legitimus est...»⁴⁶.

La terminología estaba creada, y era usada a veces, pero la simple sequedad del término *legitimus* no era suficiente para obtener una instancia para juzgar lo existente o para reclamar omnipresentemente lo que aún no había llegado a ser legal. Fue útil entonces, y es útil hoy para nosotros, en el siglo XXI: sería difícil encontrar una vivencia con más longevidad. Pero la época reclamaba, en el siglo siguiente, una realidad que, por su extensión doctrinal, fuera mejor aceptada. Encontraron esta instancia en el nuevo *jus naturale* al estilo de cómo lo propuso Luis de Molina y en el derecho subjetivo natural, el *jus utile naturale*, como lo llamó Suárez⁴⁷. No usó la expresión ‘derecho subjetivo’ porque no existía entonces tal término: como ha mostrado

(⁴⁴) Hay que hacer notar que está proponiendo que el derecho, que ha de ser entendido también como una facultad moral, ha de ser diseñado sobre la realidad de la “qualitas”, anterior a cualquier ley y que constituye un *quasi usus facti*: «Satis et frequenter [...] facultas agendi (vel ut ita dicunt) quasi usus facti», *ivi*, L. IV, cap. 9, § 11.

Ethica Aristotelis cum Joannis Maioris Commentariis, Ascensianis impensis ejusdem, et Ioannis Parui, Paris 1530, L. V, cap. 7, pág. 83-Dorso.

(⁴⁵) *Expositio in I-II Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, Haerederum Mathiae Gastij, Salamanca 1578, I-II, q. 1, art. 2, en la p. 12.

(⁴⁶) *Commentarius in libros de Physica auscultatione Aristotelis*, Ioannes Brocarii, Compluti 1586, cap. 1, § 2. Repite la idea en la pág. 25.

(⁴⁷) Está hablando de que «A veces *jus* significa la ley, que es la regla de la actuación justa y que constituye en las cosas una cierta equidad, y que es la *ratio* del mismo derecho según el modo anterior». Pero al llegar a este punto corta bruscamente el hilo previsible del discurso y escribe que “Para tener nombres breves, que podamos usar, al primero lo podemos llamar *jus utile*, y al segundo <jus> *honestum*, o al primero *jus reale* y al segundo *jus legale*», *Tractatus*, cit., L. II, cap. 17, § 2.

Ambos derechos pueden ser divididos en natural, de gentes y civil, y «Llamamos *jus utile naturale* a aquel que nos lo proporciona la misma naturaleza, o que proviene con ella, como cuando decimos que la libertad es de derecho natural», *ibidem*.

El hombre es, así, un ser que está dotado de derechos subjetivos naturales, o facultades o de cualidades naturales, entre las que destaca la cuasi cualidad moral «*quasi qualitas moralis*» relativa a su libertad. En este marco de pensamiento, Suárez alude con toda facilidad a la dignidad natural del hombre, pues el ser humano, hecho a imagen de Dios, es *sui juris*, y no está sometido a nadie^{??}. Estaban puestos los cimientos y los muros maestros de la Escuela moderna del derecho natural^{??}. Sobre el conjunto de este tema, vid. mi estudio *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, ya citado.

Alejandro Guzmán, esta expresión es de origen alemán y sólo aparece en el siglo XIX⁴⁸.

Proseguir con estos últimos autores – habría también que aludir a Leonardo Lessius – llevaría a hacer una exposición de cómo los derechos subjetivos tan naturales como individuales se alzaron como los protagonistas de la vida jurídica y política. Pero este estudio tiene pretensiones más modestas y parece que con lo expuesto, queda apuntada o aludida la emergencia de una nueva categoría argumentativa.

Abstract

resumen esp

resumen eng

Keywords

5 palabras llave esp

5 keywords eng

⁽⁴⁸⁾ *Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo*, en «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», 25, 2003, págs. 407-443.