

| ARTÍCULO

Sobre el origen de los derechos naturales en los juristas del siglo XII***On Natural Rights' Origin in the Jurists of the XIIth Century**

José Justo Megías Quirós
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz

Fecha de recepción 19/06/2017 | De aceptación: 06/06/2018 | De publicación: 27/06/2018

RESUMEN.

Ha sido frecuente últimamente atribuir a los decretistas del siglo XII la primera formulación de los derechos naturales. Brian Tierney ha situado su origen en las obras de Rufino y Huguccio al comentar la parte “demostrativa” del derecho natural. Esta tesis supondría adelantar su nacimiento a una época dominada por la concepción objetivista del Derecho. Examinamos aquí la concepción del Derecho en los decretistas más importantes de la segunda mitad del siglo XII, Paucapalea, Rufino, Esteban de Tournai, Simón Bisiniano y Huguccio, así como la relevancia que otorgaron estos juristas al Derecho desde una perspectiva subjetiva.

PALABRAS CLAVE.

Derecho natural, derechos naturales, decretistas, siglo XII

ABSTRACT.

Recently, it has often been attributed to the 12th century decretists the first formulation of natural rights. In this sense, Brian Tierney placed his origin in the works of Rufino and Huguccio, when they commented on the "demonstrative" part of natural law. This thesis would mean bringing forward his birth to an era dominated by the objectivist conception of Law. We examine here the conception of Law in the most important decretists of the second half of the 12th century (Paucapalea, Rufino, Esteban de Tournai, Simón Bisiniano and Huguccio) as well as the relevance that these jurists gave the law from a subjective perspective

KEY WORDS.

Natural Law, natural rights, decretist, XIIth century

* Investigación desarrollada en el marco del Grupo de Investigación SEJ-310, “Hombre, libertad, derecho, propiedad”, financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía.

Índice: 1. El Derecho en la canonística del siglo XII. 2. Tierney sobre los decretistas del siglo XII y los derechos naturales. 3. Los decretistas del siglo XII y su concepción del derecho. 4. Conclusión. Bibliografía

El siglo XII fue decisivo para el desarrollo del Derecho. Los glosadores afrontaron la adaptación de los textos romanos a las necesidades de la época a fin de hacerlos aplicables, mientras que los canonistas recopilaron y armonizaron los textos canónicos con idéntico fin; la *ciencia* jurídica se renovó con una metodología más depurada y el objetivo claro de ordenar el Derecho¹. Sus aportaciones afectaron a cuestiones de relativa importancia y otras de gran calado, como la presentación del ser humano como único sujeto del Derecho, que rompía con la admisión implícita de los animales al mundo jurídico desde Ulpiano y con la tradición justiniana de aceptar la atribución de derechos a seres inanimados².

Aunque mantuvieron una concepción objetivista del Derecho, introdujeron, sin embargo, una terminología novedosa –que conectaría más tarde con los derechos subjetivos³- y que se aprecia en las disertaciones sobre las instituciones jurídico-políticas más relevantes de la época, el *feudo* y el *beneficio*. Apuntaba Heusler ya a finales del siglo XIX el debate jurídico sobre el tipo de derecho que adquiría el candidato a un beneficio eclesiástico entre su elección y el nombramiento efectivo⁴. Los juristas trataron de justificar que, desde el momento de su elección, el candidato adquiría un derecho *ad rem* –a perseguir la cosa-, no el derecho *in re* –sobre la cosa- que le correspondería una vez confirmado en el cargo por el patrono o capítulo. El feudo dio lugar a debates similares. La investidura simbólica mediante la entrega de una lanza originaba los mismos efectos que el beneficio. El vasallo podía *vindicar* el feudo conferido pero no entregado, puesto que ya había adquirido un derecho⁵.

¹ Es “una ciencia que se aplica ante todo a esclarecer el sentido del texto y a conciliarlo con otros textos de similar autoridad, pero aparentemente contrarios (...) de este trabajo comienzan a emerger reglas generales que constituyen el núcleo de la nueva ciencia”. E. Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*. Ed. de M. Madero. Univ. Carlos III, Madrid, 2016, p. 37. Vid. M.H. Hoeflich y J.M. Grabher, “The Establishment of Normative Legal Texts. The beginning of the *Ius commune*”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*. The Catholic University of America Press, Washington, 2008, pp. 1-21, en especial pp. 9-12 y 15-16.

² “Los civilistas, auténticos intérpretes de una sensibilidad nueva, no podían aceptar que se atribuyesen derechos a seres privados de

animus y de voluntad, porque todo el derecho había sido hecho para el hombre”. E. Conte, *La fuerza del texto...*, cit., p. 39.

³ Cfr. M. Villey, “El *ius in re* del derecho romano clásico al derecho moderno”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias, Valparaíso, 1976, pp. 129-130.

⁴ A. Heusler, *Institutionem des deutschen Privatrechts*. Duncker & Humblot, Leipzig, 1885-1886, vol. I, pp. 341-344. Heusler atribuyó al derecho canónico la importancia del derecho subjetivo adquirida en esta época, y así lo hizo también C. Gross en su *Das Recht an der Pfründe. Zugleich ein Beitrag zur Ermittlung der Ursprünge des jus ad rem*. Leuschner & Lubensky, Graz, 1887.

⁵ La objeción de los juristas era que no había derecho *sobre* la cosa sin la posesión y sólo la investidura real equivalía a la tradición romana. Cfr. Heusler, op. cit., p. 383. Sobre la influencia de los glosadores en esta dirección, cfr. W. von Brünneck, *Ueber den*

Los debates sobre la distinción entre un derecho fuerte –conferido al vasallo por la posesión efectiva- y el más débil -conferido por la investidura simbólica- se intensificaron. Las disertaciones convirtieron el derecho subjetivo en tema asiduo de discusión, favoreciendo así la aparición de nuevas ideas y, sobre todo, un nuevo enfoque de los derechos desde una perspectiva muy distinta a la predominante. Lo relevante de estos hechos es que los juristas se familiarizaron con una terminología que reflejaron en los comentarios a los textos jurídicos y prepararon el terreno para la eclosión posterior de los derechos como poderes o facultades. Villey advertía, por ejemplo, la alteración de las *Institutiones* de Gayo por parte de los glosadores, que tendieron a empobrecer la primera parte de esta obra, dedicada a las *res corporales*, y a enriquecer de contenido la segunda, dedicada a los *iura*⁶. Gierke aventuró tempranamente la posibilidad de que se formularan los primeros derechos naturales en esta época, aunque no aparecieran de forma explícita en las obras jurídicas⁷. Villey, en cambio, rechazaba tal hipótesis si con ello se proponía el nacimiento de los *iura naturalia*

Ursprung des sogenannten jus ad rem. Gaertner, Berlin, 1869, y K. Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation*. Buchanlung des Maisenhauses, Hallae, 1866.

⁶ Cfr. M. Villey, “El *ius in re* del derecho romano...”, cit., pp. 136-137.

⁷ O. von Gierke, *Deutsche Privatsrecht*, vol. II. Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, p. 610. En sentido similar se pronunció Landsberg, cfr. E. Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*. Drodhaus, Leipzig, 1883, pp. 87-88.

equiparables a los modernos, aunque admitía la mayor presencia de los derechos subjetivos con un carácter secundario⁸.

Tierney atribuye a los canonistas del siglo XII la formulación de los primeros derechos naturales subjetivos, hipótesis que trataremos de contrastar ciñéndonos a las fuentes utilizadas por este autor. Hemos de advertir que, aunque se refiere casi en exclusiva a las *Summae* elaboradas por los canonistas y no a sus aparatos de glosas, no nos parece desacertada la selección, pues estas pequeñas obras condensan lo esencial, lo que los autores consideraban más importante para el conocimiento jurídico y que resumen de forma magistral. Además de la Escuela de Bolonia, existían en esta época otras Escuelas que produjeron obras similares cuyo contenido, dada la unidad de pensamiento y el breve lapso de tiempo transcurrido, coincide sin apenas variaciones, aunque alguna de ellas alcanzara notable relieve, como la *Summa Coloniensis*. Trataremos, pues, de examinar si los canonistas del siglo XII se mantuvieron fieles a la concepción del Derecho como lo justo u orden normativo, o si, como mantiene Tierney, introdujeron la noción de derecho subjetivo en el

⁸ Cfr. M. Villey, “Los orígenes de la noción del derecho subjetivo”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit., pp. 45-46. En el mismo sentido se pronunció Vescovi, para quien “durante il Medio Evo non si riconobbero i diritti subbiettivi come propri dell’individuo”. E. Vescovi, “Il concetto del diritto subbiettivo e la realtà contemporanea”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVIII, V, 1961, p. 409.

terreno del Derecho natural con la trascendencia que ello supone.

1. El Derecho en la canonística del siglo XII

La formación de los canonistas en los centros de saber dirigidos por prestigiosos glosadores facilitó la presencia de la terminología jurídica novedosa en las obras canónicas, así como cierto paralelismo en la metodología⁹. El florecimiento de la canonística fue espectacular, no sólo por la adaptación de las fuentes jurídicas a las nuevas circunstancias, sino también por la propia valía de los juristas¹⁰. Graciano fue quien, a través de su *Decreto*, introdujo de un modo más completo las fuentes y acepciones romanas del derecho entre los canonistas¹¹; sus discípulos se limitaron a

comentarlas sin que se aprecien importantes novedades en relación al contenido y a la presentación metodológica¹². El carácter recopilador del Decreto, en el que se combinan las autoridades (cánones, decretales y otras fuentes) con los dichos del autor (*rationes*), es la razón de que Graciano no ofrezca una definición clara de derecho natural, sino varias que, si se interpretan de modo literal, llegan a ser contradictorias o, al menos, originan confusión¹³. Aunque parece definirlo como el contenido en la Ley y el Evangelio¹⁴, no es propiamente una

⁹ “Así se explica la identidad de métodos, la semejanza de conclusiones y el desarrollo sincrónico de los géneros literarios”. V. De Reina, “La influencia romana en el Derecho canónico como cuestión metodológica”, *Ius Canonicum*, IX, 17, 1969, p. 214.

¹⁰ Vid. por ejemplo Ch. H. Haskins, *The Renaissance of the Twelfth Century*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 1955; S. Kuttner, *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*. Variorum, London, 1980 y “The Revival of Jurisprudence”, en R.L. Benson, G. Constable (eds.), *Renaissance and Renewal of the Twelfth Century*. Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 299-323; C.J. Reid, “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry”, *Boston College Law Review*, 33, 1991, pp. 37-92; R.N. Swanson, *The twelfth-century renaissance*. Manchester University Press, Manchester-New York, 1999.

¹¹ “La presencia en el Decreto de Graciano de fragmentos romanos desconocidos por la tradición canónica es un dato que abunda en la existencia de unas estrechas relaciones entre el *magister decretorum* y los juristas (legistas) pioneros de Bolonia”. J.M. Viejo-Ximénez, “Gratianus Magister y Guarnerius Teutonicus”, *Ius Canonicum*, XLI, 81, 2001, p. 56. Vid. más extensamente K. Pennington, “The ‘Big Bang’: Roman Law in the Early Twelfth Century”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 18, 2007, pp. 43-70. Para Hervada, en Graciano hay un cierto antirromanismo.

Conoce el derecho romano perfectamente y maneja sus fuentes directas, pero tomó los textos de la obra de san Isidoro, en la que ya habían pasado por un tamiz cristiano. Cfr. “Notas sobre la noción de derecho natural en Graciano”, en *Escritos de derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 310-313.

¹² En relación al derecho natural, más que su noción y sus acepciones, lo que les interesaba era continuar la labor de concordar y explicar los cánones en los que se expresaba el derecho de la Iglesia. Vid. R. Weigand, “Die Naturrechtslehre der Scholastik, bei den Dekretisten und Dekretalisten”, *Persona y Derecho*, IV, 1977, pp. 339-370 y *Glossatoren des Dekrets Gratians*. Keip, Goldbach, 1997, “The Development of the *Glossa ordinaria* to Gratian’s Decretum” y “The Transmontane decretists”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234...*, cit., pp. 55-97 y 174-210 respectivamente. Vid. también K. Pennington y W.P. Müller, “The Decretist. The Italian School”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234...*, cit., pp. 121-173.

¹³ Vid. los estudios clásicos de F. Arnold, “Die Rechtslehre des Magister Gratianus”, *Studia Gratiana*, I, 1953, pp. 451-482, y D. Composta, “Il diritto naturale in Graziano”, *Studia Gratiana*, II, 1954, pp. 150-210. Más reciente, F. Martínez Martínez, “Sobre la noción de derecho natural en Graciano”, *Foro, Nueva Época*, 0, 2004, pp. 237-267.

¹⁴ D. 1, pr.: “Ius naturae est, quod in lege et Evangelio continetur: quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri; et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri”. E. Friedberg (ed.), *Corpus Iuris Canonici Editio Lipsiensis secundae post Aemilii Ludouici Richterii. Pars prior: Decretum Magistri Gratiani*, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae 1879 (Scientia Verlag, Graz, 1955).

definición, sino más bien una alusión a fuentes de las que se nutre el derecho natural, alusión que se hará común entre sus comentaristas y entre los civilistas¹⁵. Como advierte Hervada, al distinguir entre derecho natural y civil, afirma que el primero es aquel que se sigue del instinto natural, no de las normas humanas¹⁶, lo que permite concluir que no lo identifica con las Sagradas Escrituras, pues el instinto está en el hombre desde su origen y es anterior, por tanto, a los textos sagrados¹⁷.

Graciano presenta el derecho natural como un orden jurídico de origen divino que opera en todas partes porque está grabado en la naturaleza dada por Dios a todo ser humano. El *instinctu* permite que aflore en las tendencias naturales y la razón humana lo capta como lo natural, justo y equitativo para el hombre¹⁸, pero ni es puro

instinto, ni necesita ser revelado, sino que es asequible a su razón¹⁹. Se trata, pues de una concepción objetivista del Derecho y no encontramos en el *Decreto* referencia alguna a los derechos naturales.

Es cierto que, al seguir a san Isidoro en sus definiciones, recoge la distinción entre *fas* y *ius* (“*fas lex diuina est; ius lex humana. Transire per agrum alienum, fas est, ius non est*”²⁰) para expresar la diferencia entre lo lícito y lo justo y reconocer la posibilidad de obrar de forma lícita por derecho natural, pero sin amparo por el derecho humano. Sin embargo, no sugiere que estas posibilidades de actuar sean poderes para obrar fundamentados en cualidades inherentes a la persona, es decir, derechos que se justificarían por sí mismos como necesarios para que la persona alcance su propia perfección última. *Fas* es, simplemente, sinónimo de *ius naturale* como orden natural, y sólo desde nuestra mentalidad sobre los derechos podríamos hablar de derechos naturales.

¹⁵ Acursio, después de ofrecer cuatro definiciones de derecho natural, la recoge como una más. “Secundum canones ius naturale quod dicitur in lege mosaica uel Euangelio continetur, ut in principio decretorum”. *Corpus Iuris Civilis Iustiniani, cum Commentariis Accursii. Scholiis Contis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*. Lugduni, 1628, Gl. ord. ad Inst. 1.2 pr., s.v. ‘natura’.

¹⁶ D. 1, c. 7: “Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut uiri, et feminae coniunctio, liberorum successio, et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas...” Esta es la definición según S. Ramírez, *El derecho de gentes*. Studium, Madrid, 1955, pp. 33-34, y J. Hervada, “Notas sobre la noción de derecho natural en los juristas y teólogos desde Anselmo de Laon hasta san Alberto Magno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, 1980, pp. 313-315.

¹⁷ Cfr. D. 5, pr., donde mantiene que “coepit enim ab exordio naturalis creature” y D. 6, d.p.c. 3: “naturale ergo ius ab exordio rationalis naturae incipiens”.

¹⁸ D. 1, c. 2: “Ius autem est dictum, quia iustum est”, y nada que le sea contrario puede prevalecer. D. 8, c. 2, d.a.: “Dignitate uero ius

naturale simpliciter preualet consuetudini et constitutioni. Quecumque enim uel moribus recepta sunt, uel scriptis comprehensa, si naturali iuri fuerint aduersa, uana et irrita sunt habenda”.

¹⁹ Como afirma Martínez, “la idea de orden racional aparece claramente reflejada en aquel pasaje en que el monje boloñés habla de *ordinatio creatoris et ordo creaturae*, la ordenación del Creador y la correspondiente traslación, en forma de orden, de aquella a sus criaturas”. F. Martínez Martínez, “Sobre la noción de derecho natural en Graciano”, cit., p. 261. Se apoya en el pasaje del Decreto C. 32, q. 7, c. 11.

²⁰ D. 1, c. 1.

No obstante, Graciano es hijo de su época y se refiere con absoluta normalidad a los derechos subjetivos que otorgan las normas humanas, ya sean canónicas o civiles. De ahí que califique algunos poderes como *iura*. Así ocurre, por ejemplo, con las facultades que corresponden legítimamente a los obispos y otros eclesiásticos por razón de su cargo, así como, por ejemplo, a los fundadores de iglesias²¹.

2. Tierney sobre los decretistas del siglo XII y los derechos naturales

Tierney ha defendido durante más de dos décadas que en las obras de los comentadores del *Decreto* se formularon por primera vez en la historia unos derechos naturales como derechos universales e inherentes a la naturaleza del ser humano. Rompiendo con lo sostenido hasta el momento por la doctrina científica, mantuvo que los decretistas se acercaron al derecho natural desde una perspectiva inédita hasta el momento, ofreciendo una definición del derecho natural más acomodada a los usos coloquiales del lenguaje de la época, y que, junto a la concepción del derecho natural como orden jurídico de origen divino, lo

presentaron también como facultades o poderes personales²². Su tesis suponía adelantar más de un siglo el origen doctrinal de los derechos subjetivos naturales y, tras las primeras críticas, insistió en ella recogiendo como ejemplo la referencia de Huguccio al poder de administración del obispo electo como un “derecho a administrar” en sentido subjetivo²³, pero, en realidad, el obispo ni nacía con ese derecho, ni le correspondía por ser persona, sino por el cargo ostentado. Sin embargo, según Tierney, los canonistas dieron alrededor de 1200 un sesgo más humanista e individualista, propio de la cultura de la época, a los textos y añadieron la nueva definición de derecho natural en sentido subjetivo²⁴, como facultad, poder, fuerza, habilitación inherente a la persona individual, definición que serviría a los juristas de la primera mitad del siglo XIII para desarrollar una doctrina sobre los derechos naturales.

En su posterior *The idea of natural rights* reconocía que en las *Summae* de los decretista no

²¹ “Si ergo ecclesiasticas facultates potestatem dispensandi non habent multo minus ipsas ecclesias quibuslibet ad regendum committere uel aliis auferre ualent. §. 1. Hic autem distinguendum est, quid iuris fundatores ecclesiarum in eis habeant, uel quid non? Habent ius prouidendi, et consulendi, et sacerdotem inueniendi; sed non habent ius uendendi, uel donandi, uel utendi tamquam propriis”. C. 16, q. 6, d.p.c. 30.

²² Cfr. B. Tierney, “Origins of natural rights language: text and context, 1150-1250”, *History of Political Thought*, 10/4, 1989, pp. 615-646, en especial, p. 623.

²³ “Before 1200, the canonist Huguccio wrote concerning a bishopelect, ‘He has the right to administer, that is the power to administer’”. B. Tierney, “Natural Rights: Before and After Columbus”. Fulton Lectures, Law School Publications at Chicago Unbound, 1994, p. 4.

²⁴ “The canonists who wrote around 1200, reading the old texts in the context of their more humanist, more individualist culture, added another definition. In their writings *ius naturale* was now sometimes defined in a subjective sense as a faculty, power, force, ability inhering in individual persons”. “Natural Rights: Before and After Columbus”, cit., p. 5.

estaban realmente formulados de modo explícito los derechos naturales en sentido subjetivo, aunque sí implícitos, pues advierte en Rufino, Bisiniano y Sicardo una definición del derecho como fuerza o poder natural inherente a la persona, que podía ser interpretada como la *facultas* o *potestas* que más adelante se interpretará como derecho natural subjetivo²⁵. La clave estaba, a su juicio, en la novedosa división del contenido del derecho natural de Rufino, que lo dividía en prescripciones y prohibiciones, por un lado, y “demostraciones”, por otro, y éstas debían ser entendidas como permisos que dejaban el campo libre a la persona para actuar lícitamente, porque sobre esas cuestiones ni se le ordenaba ni se le prohibía algo concreto²⁶. Desde esta división advierte en Huguccio la atribución al ser humano de cualidades naturales que Tierney identifica con derechos naturales inherentes a la persona que le facultan para actuar con rectitud²⁷, y recoge ideas de otros decretistas de menor importancia que lo corroborarían, como Alanus,

que llamó *fas* a las facultades de obrar con libertad, como reclamar o no lo que nos pertenece, comer o no algo concreto, repudiar o no a la esposa infiel, etc.²⁸ Todo ello le llevó a afirmar que “many canonists included in their lists of meanings a subjective one that explained *ius naturale* as a faculty or power inherent in human nature”²⁹.

Resulta definitivo otro artículo posterior de Tierney en el que afirma que los derechos naturales que aprecia en los decretistas del siglo XII pueden ser llamados derechos humanos porque el significado de ambas expresiones es el mismo esencialmente, derechos inherentes a la persona en razón de su humanidad³⁰. Para Tierney, los juristas del siglo XII presentaron el derecho natural tanto en sentido objetivo como subjetivo³¹ influidos por las confusas definiciones

²⁵ Cfr. B. Tierney, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and Church Law 1150-1625*. Emory University Studies in Law n° 5, Scholars Press, Atlanta, 1997, pp. 62-64.

²⁶ Posteriormente reconocería que este planteamiento no era una novedad de Rufino, sino que lo había tomado prestado, al igual que otros decretistas, de autores anteriores y que ya Hugo de San Víctor e Ivo de Chartres lo habían utilizado. Cfr. B. Tierney, *Liberty and Law. The Idea of Permissive Natural Law (1100-1800)*, en *Studies in Medieval and Early Modern Canon Law*, Vol. 12, The Catholic University of America Press, Washington, 2014, pp. 9-14.

²⁷ Cfr. B. Tierney, *The idea of natural rights...*, cit., pp. 64-65. Repite su exposición en “Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches”, *The Review of Politics*, 64, 3, 2002, pp. 389-406, en especial pp. 399-400.

²⁸ Cfr. B. Tierney, *The idea of natural rights...*, cit., p. 67.

²⁹ Tierney, *The idea of natural rights...*, cit., p. 76.

³⁰ “I have used the term ‘natural rights’ and ‘human rights’ indifferently. ‘Human rights’ is preferred nowadays because this usage dissociates the idea of universal rights from the particular medieval context where the idea of natural rights first emerged. But the two terms have essentially the same meaning. Natural rights or human rights are rights that inhere in persons by reason of their very humanity”. Tierney, “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2, 1, 2004, p. 2, nota 2. Lo reitera años más tarde al afirmar que los derechos humanos no son del siglo XVII, sino del XII. Cfr. “Dominion of self and natural rights before Locke and after”, en V. Mäkinen y P. Korkmann, *Transformation in medieval and early-modern rights discourses*. Springer, Dordrecht, 2006, pp. 173-174.

³¹ “I came to think that the jurists of the twelfth century, especially the church lawyers, played an important innovatory role. The problem, we shall see, is partly one of juristic semantics, to understand how the little phrase *ius naturale* shifted from an objective to a subjective meaning, how an ancient concept of

de Graciano, los cambios sociales y políticos y una mentalidad más individualista, que propiciaron la concepción subjetiva del derecho como facultad, poder o fuerza. En su intento de ofrecer una definición más clara, los decretistas comenzaron a distinguir entre lo ordenado o prohibido por el derecho natural y los poderes inherentes a la persona que facultaban para obrar con libertad, los derechos naturales³². Y fijándose en las explicaciones de Huguccio sobre la licitud de la propiedad particular, que apelaba a un nuevo “derecho natural permisivo” –que ni ordenaba ni prohibía-, justificaba la licitud de la propiedad privada por pertenecer al ámbito de libertad, convirtiéndolo en una especie de derecho natural de autonomía³³. Parecía que Tierney mantenía la misma tesis de escritos anteriores, pero, dando un

giro, sostiene poco más adelante que los canonistas no crearon realmente una doctrina sobre los derechos naturales, sino que sólo introdujeron en sus textos una nueva forma de referirse al derecho que, a la postre, serviría para que autores posteriores la formularan, y no sería hasta alrededor de 1300 cuando se reconocieran en los textos jurídicos los primeros derechos subjetivos naturales propiamente³⁴.

3. Los decretistas del siglo XII y su concepción del derecho

Analizaremos ahora la concepción del derecho recogida en las *Summae* de los decretistas más importantes del siglo XII citados por Tierney, en concreto la *Summa Quoniam in omnibus*³⁵ (c. 1150) atribuida a Paucapalea, la *Summa Decretorum*³⁶ (1157-59) de Rufino, la *Summa*

natural law was reshaped into a modern idea of natural rights”. “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, cit., p. 3, § 5.

³² “When the canonists wrote of *ius naturale* as a faculty or power they meant primarily an ability rooted in human reason and free will to discern what was right and to act rightly. But once the old concept of natural right was defined in this subjective way the argument could easily lead to the rightful rules of conduct prescribed by natural law or to the licit claims and powers inhering in individuals that we call natural rights. Soon the canonists did begin to argue in this way and to specify some such rights”. “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, cit., p. 6, § 13.

³³ “According to one of their definitions, *ius naturale* could mean ‘What is permitted and approved though not commanded or prohibited by any law’. Huguccio used this concept of permissive natural law to justify the existence of private property. Common ownership was indeed included in *ius naturale*, as several text of the *Decretum* asserted but, Huguccio argued, only as permission, not as a command of natural law. In this area, humans were free to make other arrangements including the establishment of rights to private property. The canonists were, so to speak, hollowing out a sphere of individual freedom where rights could be exercised within the framework of the old *ius naturale*”. “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, cit., p. 8, § 18.

³⁴ “To return finally to the canonists. It would be incorrect to maintain that their scattered glosses presented any coherent theory of natural rights; the achievement of the *Decretists* was something different; they were creating a language within which a doctrine of rights could be expressed by generations of later thinkers. Their definitions of *ius* as ‘faculty’ or ‘power’ were repeated frequently by jurists and political theorists down to the time of Grotius. And already by 1300 some natural rights were coming to be recognized—the right of the destitute poor that I mentioned, a right of self-defense against physical assault or in a court of law, rights in marriage, even rights of infidels. But this was only a beginning”. “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, cit., p. 8, § 20. Más tarde insistirá en que el derecho natural permisivo del siglo XII fue el fundamento de los derechos naturales. Cfr. B. Tierney, “Historical roots of modern rights: before Locke and after”, *Ave Maria Law Review*, 3, 2005, pp. 23-43.

³⁵ J.F. von Schulte (ed.), *Die Summa des Paucapalea über das decretum Gratiani*. Verlag von E. Roth, Giessen, 1890.

³⁶ H. Singer (ed.), *Die Summa Decretorum des Magister Rufinus*. Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1902.

*super Decretum*³⁷ (1160-70) de Esteban de Tournai, la *Summa in Decretum*³⁸ (1177-79) de Simón Bisiniano y la *Summa Decretorum*³⁹ (1188) de Huguccio de Pisa. Como ya hemos advertido, se escribieron otras *Summae* en la segunda mitad del siglo XII, más de una decena, pero apenas aportan novedades en relación a las citadas y al objeto de nuestro estudio⁴⁰.

Entre las múltiples definiciones del derecho natural destacan la que lo define como cierta fuerza o virtud inherente a la naturaleza humana que inclina a hacer el bien y evitar el mal, y una segunda –que se impondrá con la escolástica– que lo identifica con dictados de la razón⁴¹ que guían

al hombre a la hora de discernir entre lo bueno y lo malo atendiendo a su propio fin y naturaleza.

Paucapalea sigue fielmente a Graciano y presenta el derecho natural como un derecho inmutable que acompaña a la criatura racional desde su creación, que prohíbe lo que no queremos para nosotros y ordena hacer a los demás lo que deseamos para nosotros⁴². Constituye el orden jurídico que no puede ser contrariado por disposiciones humanas, pues, al tener su origen en Dios –Verdad ordenadora de lo justo–, lo que se oponga a sus mandatos y prohibiciones debe ser tenido por una corrupción⁴³. Sólo caben modificaciones introducidas por el derecho humano en determinadas materias (no las enumera) y por circunstancias muy concretas, como sucedió con la comunidad originaria de bienes y la igual libertad por nacimiento⁴⁴.

³⁷ J.F. von Schulte (ed.), *Stephan von Doornik (Étienne de Tournai, Stephanus Tomacensis). Die Summa über das Decretum Gratiani*, Giessen, 1891 = Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1965.

³⁸ P.V. Aimone Braida (ed.), *Summa in Decreto*. Fribourg, 2007 (edición digital utilizada para este estudio), recientemente editada por el mismo autor como *Summa in Decretum Simonis Bisinianensis*, Monumenta Iuris Canonici A – 8, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 2014.

³⁹ O. Přerovský (ed.), *Huguccio Pisanus Summa Decretorum. I: Dist. I-XX*, Monumenta Iuris Canonici A - 6, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 2006.

⁴⁰ Indica Pizzorni que en este periodo no aparecen obras originales; las que conocemos consisten más bien en recopilaciones de ideas sin aportar otras nuevas y sugerentes. Cfr. R.M. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle origini a Tommaso d'Aquino*. Pontificia Universidad Lateranense, Roma, 1978, pp. 168-169.

⁴¹ Advierte Otaduy que “Hablar de racionalidad no era ambiguo en el siglo XII, porque el paradigma de lo racional estaba notablemente compartido y aceptado por todos. La *ratio* era la imagen divina en el hombre; era el cauce de la comunicación de la verdad; a través del juicio racional el hombre conocía no sólo la verdad teórica, sino el bien práctico”. J. Otaduy, “La *ratio* en las fuentes normativas del Derecho canónico”, *Ius Canonicum*, XLIX/97, 2009, p. 181.

⁴² “Naturale ius, quod in lege et in evangelio continetur, quo prohibetur quisque alii inferre, quod sibi nolit fieri, et iubetur alii facere, quod vult sibi fieri, ab exordio rationalis creaturae coepit et inter omnia primatum obtinet; nullo enim variatur tempore, sed immutabile permanet”. *Summa Quoniam in omnibus*, introducción (Shulte, *Die Summa*, pp. 1-2).

⁴³ “Ubi primum ostenditur, quod *quaecunque moribus recepta sunt vel scriptis comprehensa, si naturali iuri adversantur, irrita et vana habenda sunt* deinde, quod mala consuetudo quasi pestifera corruptio vitari debet, ne ab impiis in privilegiorum ius assumatur et pro lege celebretur. Non enim dixit deus: Ego sum consuetudo, sed Ego sum Veritas, ratio ergo et Veritas consuetudini praeponenda est”. *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 8 (Shulte, *Die Summa*, p. 14).

⁴⁴ “Qua omnium naturali maxime iure communis est possessio”. *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 1, c. 6 (Shulte, *Die Summa*, p. 4); “Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur”. *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 1, c. 9 (Shulte, *Die Summa*, p. 6).

El derecho natural ordena la vida al más puro estilo clásico romanista, de ahí que de las situaciones naturales no deriven facultades o poderes, sino que constituyan una misma realidad con dos vertientes, objetiva y subjetiva, inseparables. Por ello afirma que es natural que el hijo esté sometido al padre, o el siervo a su señor, o que se pueda repeler la fuerza con fuerza, etc., sin hacer referencia a derechos del padre sobre el hijo, o del señor sobre el siervo, o de legítima defensa. Son situaciones naturales (“haec omnia praedicta ad ius naturale expectant”⁴⁵) que el derecho natural “regula” de un modo adecuado sin atribuir derechos. Al comentar el texto sobre la posibilidad de atravesar un campo ajeno, afirma que esta acción es *fas*, lícita porque todo es común según el derecho natural, pero no es *ius*, pues el sujeto no cuenta para hacerlo con respaldo de la ley humana⁴⁶. El *fas* no es un derecho natural del individuo a algo, sino indicación de que algo es lícito según el derecho natural originario. Sin embargo, como es normal ya en su época, Paucapalea, maneja en sus textos la figura del derecho subjetivo como facultad o poder otorgado por las normas humanas. Un ejemplo de ello lo tenemos en la tutela –regulada por el

derecho civil-, definida por Paucapalea como “*ius et potestas in capite libero ad tutandum eum [tutelado]*”⁴⁷.

Rufino ofrece en su *Summa* la misma concepción objetivista, pero aporta algo nuevo en cuanto al modo de explicar el contenido y variabilidad del derecho natural. Descarta entenderlo como “lo que la naturaleza enseña a todos los animales” porque es exclusivo del hombre (“*iuxta quod humano generi solummodo ascribitur*”⁴⁸). Pero, sin perder de vista la tradición ulpiana, lo define como una fuerza ínsita en la criatura humana por la naturaleza que lo inclina a hacer el bien y a evitar el mal⁴⁹. Lo novedoso en el modo de explicar su contenido es que el derecho natural “consiste en tres cosas, a saber: mandatos, prohibiciones y demostraciones. Ordena aquello que es necesario, como: ama al Señor tu Dios; prohíbe lo que daña, como: no mates; demuestra lo que es conveniente, como: las cosas deben ser tenidas en común, o todos tienen la misma libertad”⁵⁰. Las prohibiciones y mandatos no pueden ser modificados, derogados o dispensados

⁴⁵ *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 1 (Shulte, *Die Summa*, p. 6).

⁴⁶ “*Transire per agrum alienum fas est, ius non est, i. e. quantum ad humanam legem non est licitum transire, domino renitente vel non permittente, quantum vero ad divinam licitum est, qua omnium naturali maxime iure communis est possessio*”. *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 1, *Humanum genus duobus regitur* (Shulte, *Die Summa*, p. 4).

⁴⁷ “*Tutela sic diffinitur: Tutela est ius et potestas in capite libero ad tutandum eum...*” *Summa Quoniam in omnibus*, comentario a D. 1, c. 12 (Shulte, *Die Summa*, p. 7).

⁴⁸ *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 6).

⁴⁹ “*Est itaque naturale ius vis quedam humane creature a natura insita ad faciendum bonum cavendumque contrarium*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 8).

⁵⁰ *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 6).

por el derecho humano⁵¹, aunque admiten añadidos que refuercen el comportamiento verdaderamente humano –y no de simple animal– de la persona, como ocurre en la unión del hombre y la mujer mediante matrimonio⁵². Sin embargo, el contenido de las demostraciones admite variaciones, pues el derecho natural ni ordena ni prohíbe algo concreto, sino que sólo aconseja o recomienda lo que debe ser o hacerse, de modo que el derecho humano puede determinar lo que es más adecuado según las circunstancias⁵³. A esta parte pertenece el modo de poseer los bienes, la libertad, la posibilidad de heredar por parte de los hijos, el sometimiento de éstos a los padres y de los siervos al señor, la posibilidad de repeler la violencia con violencia, etc., cuestiones que han sido modificadas o

concretadas con el paso del tiempo por el derecho de gentes⁵⁴.

De la exposición completa de Rufino se puede concluir que las demostraciones no pueden ser entendidas como “permisos” individuales o derechos de autonomía inherentes a la persona para que cada uno obre como crea conveniente, sino como la posibilidad de que otro orden jurídico común, sea el de gentes o el civil, regule determinadas situaciones de un modo alternativo en razón de las circunstancias históricas. Así se advierte cuando establece la diferencia entre *fas* e *ius*; el *fas* no implica un derecho natural a transitar por un campo ajeno porque no es *ius* (no es lo justo) desde el momento en que el derecho humano estableció condiciones⁵⁵. Al igual que Paucapalea, Rufino se refirió a los derechos subjetivos como potestades o facultades personales, pero siempre otorgadas por el derecho humano.

En la *Summa* de Esteban de Tournai se aprecia un tratamiento más académico o sistemático de las cuestiones y un interés por exponer con claridad

⁵¹ Las disposiciones humanas contrarias al derecho natural “*ipsa omnia vana et irrita sunt habenda*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 9 (Singer, *Die Summa*, p. 23).

⁵² “*Coniunctio maris et femine est de iure nature; ne vero isto bono passim et precipitanter homines sicut bestie uterentur, lex huiusmodi naturalis modificata est per ordinem discreti et honesti moris, scil. ut non nisi tales persone et sub tanta celebritate coniugii iungerentur. Ecce iam liquet quod iuri naturali ab extra adauctum sit, scil. modus et ordo morum*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 7).

⁵³ “*Detractum autem ei est non utique in mandatis vel prohibitionibus, que derogationem nullam sentire queunt, sed in demonstrationibus –que scil. natura non vetat non precipit, sed bona esse ostendit– et maxime in omnium una libertate et communi possessione; nunc enim iure civili hic est servus meus, ille est ager tuus. Omnia tamen hec, que iuri naturali videntur adversa, ad ipsum finaliter referuntur*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 7).

⁵⁴ “*Quia sicut servus in potestate est domini, sic et filius in potestate patris est vel tutoris (...) absque eo ubi quorundam casuum necessitas interpellat, sicut quod hic de violentie per vim repulsione dicitur quod sit ius naturale. In primo namque titulo Digestorum habetur quod vim atque iniuriam propellere de iure gentium est*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 7).

⁵⁵ “*Omnes leges etc. usque transire per agr. alien. fas est, ius non est. Id est: iure naturali, quo sunt omnia communia, licitum est transire per agrum alienum; sed de iure humano non licet, nisi forte ager, per quem transit, servitutem debeat agro transeuntis*”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1 (Singer, *Die Summa*, p. 8).

lo que debe entenderse por derecho natural, del que ofrece cuatro acepciones, pero ninguna subjetiva. Al igual que sostuvo Rufino, para Esteban de Tournai el derecho natural consta de tres partes, mandatos, prohibiciones y demostraciones, y sólo esta última parte puede ser modificada⁵⁶. Cuando el derecho humano establece algo que contraría lo ordenado o prohibido por el derecho natural, lo hace siempre de forma ilícita, atenta contra la equidad natural, pero en aquello que no está ni ordenado ni prohibido de un modo explícito, es decir, en lo que el derecho natural sólo muestra como conveniente para la humanidad, el derecho natural puede ser modificado si existe razón que lo aconseje. A esta parte de lo “conveniente” pertenecían la libertad originaria de todos los hombres⁵⁷ y la común posesión de todos los bienes⁵⁸, ambas derogadas por el derecho de

gentes sin que se pueda afirmar que se hizo de un modo injusto porque existían razones para hacerlo. Estas modificaciones dieron origen a situaciones en las que *fas* e *ius* no coincidían entre sí como debería ser lo normal. Sería lícito (*fas*) atravesar un campo ajeno o entrar en una viña y tomar uvas porque Dios no lo había prohibido nunca, pero no sería lo justo (*ius*) una vez que el derecho humano introdujo la propiedad privada⁵⁹. También la autodefensa mediante la violencia moderada (por la razón), afirma Esteban, se ha atribuido al derecho natural⁶⁰, pero no la plantea como un derecho natural inherente a la persona a defenderse, sino como una situación real de riesgo injusto regulada por el derecho natural, que *permite* al agredido defenderse de acuerdo con lo establecido por el derecho humano. En definitiva, sigue la línea de sus antecesores y entiende el derecho natural como un orden regulador

⁵⁶ “Quod in tribus constat maxime, mandatis scilicet, prohibitionibus et demonstrationibus. Mandat quod prosit, ut deum diligere; prohibet quod laedit, ut non occidere; demonstrat quod convenit, ut omnes homines liberos esse. Huic autem naturali iuri per mores et additum est et detractum. Additum, ut in maris et feminae coniunctione, cui additae solemnitates canonicae cum inspectione idoneitatis personarum faciunt matrimonium. Detractum in demonstrationibus, tamen non in praeceptis vel prohibitionibus, sicut in libertate, quae per ius gentium immutata est, et servitus inducta. *et moribus scriptis vel non scriptis, in quo intelligas et ius gentium et civile*”. *Summa super Decretum*, comentario a D. 1 (Schulte, *Stephan von Doornik*, p. 7).

⁵⁷ “Servitus enim est constitutio iuris gentium, qua quis invitus domino alieno subiicitur; iure enim naturali omnes homines liberi nascebantur”. *Summa super Decretum*, comentario a D. 1 (Schulte, *Stephan von Doornik*, p. 10).

⁵⁸ “Unde potest dici, iure divino, i. e. naturali, nihil est proprium, iure autem canonum, quod ab hominibus, quamvis tamen deo inspirante, inventum est, aliquid proprium est. Unde et humanum dicitur aliud huius, aliud illius”. *Summa super Decretum*, comentario a D. 8 (Schulte, *Stephan von Doornik*, p. 17).

⁵⁹ “*Humanae discrepant*, quia diversitatem morum diversitas induxit gentium, *fas*, quod per contrarium eius potes videre, quod est nefas; nam quod contra divinam legem est, nefarium est. *transire*, quia nusquam a domino prohibetur, immo et in lege conceditur, quod agrum vicini vel vineam potes intrare et spicas vel uvas colligere et comedere, extra autem non poteris efferre. *ius non est*. Ius non habes transeundi, nisi ager debeat servitutem agro tuo, scil. iter vel actum vel viam; alioquin, si transieris, domino non permittente, poterit te prohibere”. *Summa super Decretum*, comentario a D. 1 (Schulte, *Stephan von Doornik*, p. 8).

⁶⁰ “Ibi namque dicitur, quod vim atque iniuriam propulsare de iure gentium est; hic dicit, esse de iure naturali. Sed ibi dicit, vim cum iniuria, quam soli homines et non bruta animalia et pati possunt et facere; quod potius ad ius gentium quam ad naturale spectat. Vel hic intelligamus ius naturale, quod solis hominibus insitum est a natura, seposito eo, quod brutis animalibus inest. Violentiae autem repulsionem hic dicit, si fiat in continenti, maleficio adhuc flagrante. Vim enim vi repellere omnes leges et omnia iura permittunt cum moderatione tamen inculpatae tutelae”. *Summa super Decretum*, comentario a D. 1 (Schulte, *Stephan von Doornik*, p. 10).

objetivo, pero sin derechos naturales o libertades individuales a disposición del individuo. Sin embargo, sí reconoce con normalidad las facultades o potestades que atribuye el derecho humano como derechos subjetivos, que quedan a la libre disposición del sujeto.

Simón Bisiniano es más parco y directo en sus explicaciones sobre el derecho natural, pero quizá por ello, su exposición se centra en lo esencial para entender qué es el derecho natural. Comienza su obra afirmando que el derecho natural es una fuerza de la mente (*vis mentis*) que inclina a hacer el bien y evitar el mal, común a todos los seres humanos, que no cabe identificar con el libre arbitrio, pues, a pesar de que éste está en todas las personas, no todo lo que se hace *libremente* es bueno, y el verdadero derecho natural siempre ordena, sin excepción, lo que es bueno y prohíbe lo que es malo⁶¹. Puede parecer que el derecho natural es inmutable, pero la realidad muestra que algunas de sus exigencias han sido derogadas o modificadas con el tiempo. La explicación que aporta es la ya común entre los decretistas: el

derecho natural contiene mandatos, prohibiciones y demostraciones, y sólo éstas terceras pueden ser modificadas, pues sobre ellas no se ordena o se prohíbe algo concreto, sino que se recomienda lo adecuado según las circunstancias, de modo que si éstas varían, puede cambiar lo adecuado o bueno para la humanidad⁶². Bisiniano ya no se detiene en explicar la diferencia entre *fas* e *ius*, como han hecho sus antecesores, sino que explica brevemente que, si bien al comienzo de la existencia del hombre todos los bienes eran comunes porque era lo adecuado a aquellos tiempos, *ahora* ya no lo es porque el derecho civil ha regulado la propiedad de un modo diferente y adecuado a la nueva sociedad, y *ahora* lo justo es obedecer y respetar lo que establezca el derecho civil sobre esas materias que pertenecen a las *demonstrationes naturales*⁶³. Su concepción

⁶¹ “Cum autem ius naturale dicatur vis mentis, queritur quo nomine vis illa valeat exprimi et quid illa esse possit. De hoc uero diuerso modo respondent. Dicunt enim quidam quod ius naturale nichil aliud est quam caritas per quam facit homo bonum uitatque contrarium. Sed hoc stare non potest quia caritas in solis bonis est; ipsa enim proprius est fons bonorum cui non communicat alienus. Ius uero naturale commune est omnium. Alii uero dicunt ius naturale esse liberum arbitrium. Sed hoc similiter ex eo tollitur quia libero ad bonum et ad malum homo arbitrio flectitur. Ius uero naturale malum semper prohibet et detestatur. Nobis itaque uidetur quod ius naturale est superior pars anime, ipsa uidelicet ratio que sinderesis appellatur”. *Summa in Decretum*, Principium (Aimone, *Summa in Decretum*, 1.21-2.33).

⁶² “Vsque communis autem omnium una possessio et una libertas, est de iure naturali. Hic opponitur, ius naturale derogationem uel dispensationem non patitur. Nullum ergo ius contra ipsum potuit habere originem, nec ergo illud secundum quod ‘hec uilla mea est, illa uero tua; hic est seruus meus, ille tuus’ ut infra d.viii. Quo iure, cum hoc et huic similia contra iuris naturalis equitatem hic dicat esse Isidorus. Vnde hac ratione quidam moti asserunt quod omne ius prescriptionis inequitatem continet et ratione prescriptionis nullus a peccato defenditur. Quod tamen nobis uidetur absurdum. Vnde sciendum est quod ius naturale in tribus consistit, scilicet in mandatis, prohibitionibus et demonstrationibus. In duobus prioribus ius naturale dispensari non potest, in tertio uero potest. Quod enim communis esset possessio et inconcussa libertas non precipiebat ius naturale nec prohibebat sed tantum demonstrabat quod bonum esset in hoc statu homines manere. Inde est quod contra hanc demonstrationem iuris naturalis omnia illa iura poterant habere originem, secundum que res unius alteri appropriabatur”. *Summa in Decretum* a D. 1, c. 7 (Aimone, *Summa in Decretum*, 4.38-5.4).

⁶³ “Omnes leges etc. usque transire per agrum alienum fas est. Hic opponitur, secundum ius naturale omnia sunt communia, ergo nichil proprium, ergo nichil alienum, ergo nec aliquis ager secundum ius naturale est alienus, ergo transire per agrum alienum non est de iure naturali, ut hic dicitur. Sed ut cesset oppositio, sic

objetiva implica que el derecho natural sólo establece lo justo, ordena las cosas de tal modo que la justicia sea posible, pero no atribuye derechos individuales o personales de autonomía.

En los escritos de Huguccio de Pisa se advierte el dominio de la ya extendida terminología que caracterizará más tarde al subjetivismo jurídico, pero no se aprecia que formule la existencia de derechos naturales subjetivos. El derecho natural es ante todo un orden jurídico de origen divino porque, sea cual sea la acepción que se utilice, en su origen está siempre Dios como creador del Universo, de ahí que en innumerables ocasiones utilice indistintamente las expresiones *ius divinum* o *ius naturale*. Este orden, asequible a la razón humana, regula mediante preceptos, prohibiciones y consejos todo lo que afecta al ser humano en relación a lo justo y lo injusto, a lo bueno y lo malo.

La razón natural, suficiente para conocer y aplicar el orden natural estatuido por Dios, se erige en la única guía válida del comportamiento humano precisamente porque es capaz de conocer perfectamente lo que es justo y lo que es injusto, lo que está exigido y lo que está prohibido⁶⁴. No

est littera exponenda: 'transire per agrum alienum fas est', qui nunc est alienus non est de iure naturali secundum quod omnia sunt communia sed de iure ciuili". Comentario de la *Summa in Decretum* a D.1, c. 1 (Aimone, *Summa in Decretum*, 2.1-3.8).

⁶⁴ "Vel *iure naturali*: id est naturali ratione, id est naturali ductu rationis quo homo impellitur ad ea obseruanda que in iure diuino precipiuntur et ad ea uitanda que ibi prohibentur". *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, principium (Přerovský, Huguccio

sólo conoce lo ordenado, sino que puede emitir juicios –fruto del discernimiento- inseparables de la acción a desarrollar y que concluyen en exigencias. Sólo en sentido impropio se dice que estos juicios constituyen derecho natural, pues más bien son efecto de éste, es decir, el resultado de aplicar razonablemente las exigencias naturales a la realidad concreta⁶⁵. Para ejemplificar esta forma de entender el derecho natural se refiere al matrimonio, a la naturalidad de que los hijos hereden los bienes de sus padres, a la obligación de los padres de educar a los hijos, etc., efectos todos ellos del derecho natural y que han podido ser regulados posteriormente por el derecho humano para garantizar lo que es justo⁶⁶. Por ello, es necesario ser prudentes cuando se habla del derecho natural en este sentido, pues puede que se atribuya al derecho natural algo que en realidad sólo constituye una exigencia justa

Pisanus, 14.22-24). Y más adelante expone: *natura*: id est naturali ductu rationis, quia ad ea que in diuino iure continentur naturalis ductus rationis et sine exteriori eruditione impellit". *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, c. 1 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 19.22-23).

⁶⁵ "Dicitur etiam secundo loco ius naturale iudicium rationis scilicet motus proueniens ex ratione directe uel non directe, id est quodlibet opus uel operari ad quod ex ratione tenetur homo, ut est discernere, eligere et operari bonum, dare elemosinam, diligere Deum et huiusmodi (...) Et ut breuiter dicam: 'nolle aliis facere quod tibi non vis fieri'. Quod euangelice concordat doctrine. Set in hac acceptione impropie dicitur ius naturale, cum quodlibet talium qualia diximus contineri in hac acceptione potius sit effectus iuris naturalis uel ab eo descendat uel ad ipsum ex iure naturali teneatur quis, quam sit ius natural". *Summa Decretorum*, Praefatio (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 7.88-102).

⁶⁶ Cfr. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, c. 7 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 31.13-17) en relación al matrimonio (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 33-34.57-59), en relación a la herencia (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 35.76-77), en relación a la educación de los hijos, etc.

establecida por el derecho humano⁶⁷. De forma casi colateral parece advertir que uno de los riesgos de esta confusión sobre los efectos del derecho natural sería considerar que los derechos atribuidos a los ciudadanos por el derecho de gentes o por el derecho civil pudieran ser entendidos como derechos naturales, cuando en realidad “non sunt ius naturale uel iura naturalia nec aliquid eorum est ius naturale”⁶⁸.

La modificación del derecho natural por el derecho humano era excepcional, pero no imposible, pues la inmutabilidad sólo afecta a mandatos y prohibiciones, de ahí que numerosas demostraciones naturales hubieran sido modificadas a lo largo de la historia cuando las circunstancias lo requirieron⁶⁹. Podríamos afirmar, como hace Tierney pero no Huguccio, que las demostraciones pertenecían a un derecho

natural permisivo (*permissive*), pues Huguccio sugería que el resultado de los cambios introducidos por el derecho humano, originando incluso nuevos derechos, ya no constituía derecho natural pero tampoco lo contrariaban. Los nuevos derechos derivados de la modificación serían, en realidad, derechos de creación humana, no derechos naturales⁷⁰. No es un derecho natural permisivo en el sentido de permitir a cada individuo obrar como le pareciera, sino que permitía a la comunidad política establecer una regulación más adecuada. Esa modificación, sin embargo, no podía ser arbitraria o caprichosa, sino que requería justificación suficiente en atención a las circunstancias, de modo que si cesaba su justificación se volvería a la regulación originaria. Por ello, advierte Huguccio algo que ya estaba extendido en su tiempo, que por derecho natural todo era común sin excluir que pudiera ser lícito tener cosas propias si el juicio de la razón concluía su conveniencia, pero esta razón concluía y exigía también que los bienes volvieran a ser comunes y distribuidos entre los indigentes en tiempos de necesidad, pudiendo

⁶⁷ “Et cum deberet exemplificare de iure naturali, exemplificat de eius effectu, nam ea que hic ponuntur non sunt ius naturale uel iura naturalia nec aliquid eorum est ius naturale, set quodlibet tale est effectus iuris naturalis; uel ab eo descendit uel ad ipsum ex iure naturali quis tenetur uel impellitur. Sic exemplificabit de iure ciuili et iure gentium et aliis iuribus. Et nota quod non omnia exempla iuris naturalis hic positata referuntur ad eandem acceptionem iuris naturalis”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, c. 6 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 30.3-12).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ “Nam quantum ad precepta et prohibitiones, iuri naturali non detrahitur; set quantum ad demonstrationem ei in parte detractum est, ut in communi possessione”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, c. 7 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 36-37.111-116). “*Naturali iuri*: quoad precepta et prohibitiones, secus quoad demonstrationem. Nam et de iure ciuili et de iure Gentium quedam emanauerunt contraria iuri naturali quod consistit in demonstratione, nec tamen irrita habentur, ut est seruitus, rerum approbatio et humsmodi. Iuri enim naturali quod consistit in demonstratione in multis additum est et in multis detractum per constitutiones et mores”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 8, c.1, § DIGNITATE (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 131.6-11).

⁷⁰ “Et nota quod omnia iura que ab homine sunt inuenta dicuntur hic humana, id est ab homine uel humano artificio tradita”. *Summa Decretorum*, comentario a D. 8, c. 1 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 128.105-107). ¿Se refiere con el término “iura” sólo al Derecho o también a los derechos? Es evidente que se refería al derecho humano como orden, pero también a los nuevos derechos que pudieran resultar de la modificación, pues pone como ejemplos la posibilidad de adquirir, retener y transmitir la posesión de las cosas.

retenerse como propiedad particular únicamente lo necesario⁷¹.

4. Conclusión

La impresión es que Tierney se propuso desde un principio adelantar el momento de la formulación de los derechos naturales de autonomía con fundamento en el propio sujeto sin más y que para ello traslada al siglo XII una nueva concepción del sujeto y del derecho que parece entroncar más bien con las doctrinas de los *nominalia* de los siglos XIII y XIV⁷². En esta cuestión creo más acertadas la tesis sostenida, entre otros, por R. Tusk⁷³, M. Boylan⁷⁴, F. Carpintero⁷⁵ y A.

Guzmán Brito⁷⁶, que apuntan a Ockham como el gran divulgador y a Gerson como uno de sus defensores más importantes.

Los decretistas de la segunda mitad del siglo XII mantuvieron la típica concepción objetivista del Derecho, aunque lo recogieran en sus obras también desde una perspectiva subjetiva que cobraba cada día más fuerza en la sociedad que les tocó vivir. Rufino no pretendió formular unos derechos naturales de autonomía al exponer sus ideas sobre las demostraciones, como tampoco lo hicieron Esteban de Tournai o Simón Bisiniano. Y podemos afirmar que Huguccio no innovó respecto a sus predecesores en esta cuestión, es más, se mostró más explícito que ellos al explicar que el permiso para actuar en sentido contrario a las demostraciones originarias o modificar su contenido no era personal, sino que correspondía a la sociedad por los cauces aceptados (derecho de gentes o derecho civil). Pero, además, advertía que, si de esta modificación derivaban derechos subjetivos, éstos tendrían su origen en el derecho humano, no en el derecho natural, que sólo lo permitía.

⁷¹ “Vel potius, cum dicitur iure naturali omnia esse communia, non excluditur proprium nec dicitur commune contrarium proprii, set is est sensus: iure naturali, id est iudicio rationis approbante, omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda. Naturali enim ductu rationis approbamus nobis tantum necessaria retinere, reliqua proximis indigentibus debere distribuere”. *Summa Decretorum*, Praefatio (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 10-11.154-160). En el mismo sentido *Summa Decretorum*, comentario a D. 1, c. 7 (Přerovský, *Huguccio Pisanus*, 35.82-86).

⁷² “El esfuerzo de Tierney permite afirmar, en el mejor de los casos, que si los canonistas del siglo XII descubrieron que *ius* podía ser interpretado como facultad personal, lo fue como uno de sus tantos significados; pero no se debió a ellos que se generalizara tal uso, sino que fue obra de los escritores del siglo XIV”. J.F. Segovia, “Los derechos naturales en la ley natural permisiva y la autoconservación (Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos)”, *Revista Cruz del Sur*, 14, 2015, p. 48.

⁷³ R. Tuck, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁷⁴ M. Boylan, *Natural Human Rights. A Theory*. New York, Cambridge University Press, 2014.

⁷⁵ F. Carpintero, “Facultas, proprietas, dominium: tres antropologías en la base de la justicia”, *Persona y Derecho*, 52, 2005/1, pp. 143-188 y “El desarrollo de la facultad individual en la

Escolástica”, en F. Carpintero, J.J. Megías Quirós, M.J. Rodríguez Puerto y E.V. de Mora Quirós, *El derecho subjetivo en su historia*. Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, pp. 35-288.

⁷⁶ A. Guzmán Brito, “Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad (*derecho subjetivo*)”, *Ars Iuris Salmaticensis*, 1, 2013, pp. 69-91.

Bibliografía

- ACURSIO, *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii. Scholiis Contis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*. Lugduni, 1628
- ARNOLD, F., “Die Rechtslehre des Magister Gratianus”, *Studia Gratiana*, I, 1953, pp. 451-482
- BOYLAN, M., *Natural Human Rights. A Theory*. New York, Cambridge University Press, 2014
- BRÜNNECK, W. VON, *Ueber den Ursprung des sogennanten jus ad rem*. Berlin, Gaertner, 1869
- CARPINTERO, F., “El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica”, en F. Carpintero, J.J. Megías Quirós, M.J. Rodríguez Puerto y E.V. de Mora Quirós, *El derecho subjetivo en su historia*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288
- CARPINTERO, F., “Facultas, proprietas, dominium: tres antropologías en la base de la justicia”, *Persona y Derecho*, 52, 2005/1, pp. 143-188
- COMPOSTA, D., “Il diritto naturale in Graziano”, *Studia Gratiana*, II, 1954, pp. 150-210
- CONTE, E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*. Ed. de M. Madero. Madrid, Universidad Carlos III, 2016
- DE REINA, V., “La influencia romana en el Derecho canónico como cuestión metodológica”, *Ius Canonicum*, IX, 17, 1969, pp. 179-220
- ESTEBAN DE TOURNAI, *Stephan von Doornik (Étienne de Tournai, Stephanus Tomacensis). Die Summa über das Decretum Gratiani*. J.F. von Schulte (ed.), Giessen, 1891 = Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1965
- GIERKE, O. VON, *Deutsche Privatsrecht*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895
- GRACIANO, *Corpus Iuris Canonici Editio Lipsiensis secundae post Aemilii Ludouici Richterii. Pars prior: Decretum Magistri Gratiani*. E. Friedberg (ed.), Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879 (Scientia Verlag, Graz, 1955)
- GROSS, C., *Das Recht an der Pfründe. Zugleich ein Beitrag zur Ermittlung der Ursprunges des jus ad rem*. Graz, Leuschner & Lubensky, 1887
- GUZMÁN BRITO, A., “Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad (“derecho subjetivo”)”, *Ars Iuris Salmaticensis*, 1, 2013, pp. 69-91
- HASKINS, CH.H., *The Renaissance of the Twelfth Century*. Cambridge-Massachusetts-London, Harvard University Press, 1955
- HERVADA, J., “Notas sobre la noción de derecho natural en los juristas y teólogos desde Anselmo de Laon hasta san Alberto Magno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, 1980, pp. 349-364
- HERVADA, J.; “Notas sobre la noción de derecho natural en Graciano”, en *Escritos de derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 1986, pp. 315-350.
- HEUSLER, A., *Institutionem des deutschen Privatsrechts*. Leipzig, Duncker & Humblot, 1885-1886
- HOEFLICH, M.H. y GRABHER, J.M., “The Establishment of Normative Legal Texts. The beginning of the Ius commune”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*. Washington, The Catholic University of America Press, 2008, pp. 1-21
- HUGUCCIO DE PISA, *Huguccio Pisanus Summa Decretorum. I: Dist. I-XX*. O. Přerovský (ed.), Monumenta Iuris Canonici A - 6, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 2006
- KUTTNER, S., *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*. London, Variorum, 1980
- KUTTNER, S., “The Revival of Jurisprudence”, en R.L. Benson y G. Constable (eds.), *Renaissance and Renewal of the Twelfth Century*. Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 299-323
- LANDSBERG, E., *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*. Leipzig, Drodhaus, 1883

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Sobre la noción de derecho natural en Graciano”, *Foro, Nueva Época*, 0, 2004, pp. 237-267
- OTADUY, J., “La *ratio* en las fuentes normativas del Derecho canónico”, *Ius Canonicum*, XLIX, 97, 2009, pp. 149-194
- PAUCAPALEA, *Die Summa des Paucapalea über das decretum Gratiani*. J.F. von Schulte (ed.), Verlag von E. Roth, Giessen, 1890
- PENNINGTON, K., “The ‘Big Bang’: Roman Law in the Early Twelfth Century”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 18, 2007, pp. 43-70
- PENNINGTON, K. y MÜLLER, W.P., “The Decretist. The Italian School”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law...*, cit., pp. 121-173
- PIZZORNI, R.M., *Il diritto naturale dalle origini a Tommaso d’Aquino*. Roma, Pontificia Universidad Lateranense, 1978
- REID, C.J., “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry”, *Boston College Law Review*, 33, 1991, pp. 37-92
- RUFINO, *Die Summa Decretorum des Magister Rufinus*. H. Singer (ed.), Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1902
- SEGOVIA, J.F., “Los derechos naturales en la ley natural permisiva y la autoconservación (Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos)”, *Revista Cruz del Sur*, 14, 2015, pp. 15-59
- SIMÓN BISINIANO, *Summa in Decreto*. Fribourg, 2007 (edición digital utilizada para este estudio), editada por el mismo autor como *Summa in Decretum Simonis Bisinianensis*. P.V. Aimone Braida (ed.), Monumenta Iuris Canonici A – 8, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 2014
- SWANSON, R.N., *The twelfth-century renaissance*. Manchester-New York, Manchester University Press, 1999
- TIERNEY, B., “Origins of natural rights language: text and context, 1150-1250”, *History of Political Thought*, 10, 4, 1989, pp. 615-646
- TIERNEY, B., “Natural Rights: Before and After Columbus”. Fulton Lectures, Law School Publications at Chicago Unbound, 1994, pp. 1-11
- TIERNEY, B., *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and Church Law 1150-1625*. Atlanta, Emory University Studies in Law nº 5, Scholars Press, 1997
- TIERNEY, B., “Natural Law and natural rights: old problems and recent approaches”, *The Review of Politics*, 64, 3, 2002, pp. 389-406
- TIERNEY, B., “The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2, 1, 2004, pp. 2-12
- TIERNEY, B., “Historical roots of modern rights: before Locke and after”, *Ave Maria Law Review*, 3, 2005, pp. 23-43
- TIERNEY, B., “Dominion of self and natural rights before Locke and after”, en V. Mäkinen y P. Korkmann, *Transformation in medieval and early-modern rights discours*. Dordrecht, Springer, 2006, pp. 173-203
- TUCK, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge, Cambridge University Press, 1979
- VESCOVI, E., “Il concetto del diritto subbiettivo e la realtà contemporanea”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVIII, 5, 1961, pp. 401-420
- VIEJO-XIMÉNEZ, J.M., “Gratianus Magister y Guarnerius Teutonicus”, *Ius Canonicum*, XLI, 81, 2001, pp. 35-73
- VILLEY, M., “Los orígenes de la noción del derecho subjetivo”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976, pp. 23-57
- VILLEY, M., “El *ius in re* del derecho romano clásico al derecho moderno”, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, cit., pp. 125-148
- WEIGAND, R., “Die Naturrechtslehre der Scholastik, bei den Dekretisten und Dekretalisten”, *Persona y Derecho*, IV, 1977, pp. 339-370
- WEIGAND, R., *Glossatoren des Dekrets Gratians*. Goldbach, Keip, 1997

WEIGAND, R., “The Development of the *Glossa ordinaria* to Gratian’s Decretum”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law...*, cit., pp. 55-97

WEIGAND, R., “The Transmontane decretists”, en W. Hartmann y K. Pennington (eds.), *The History of Medieval Canon Law...*, cit., pp. 174-210

ZIEBARTH, K., *Die Realexecution und die Obligation*. Hallae, Buchanlung des Maisenhauses, 1866