



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ

**Decano de la Facultad de Derecho. Universidad de San Pablo
CEU - Madrid**

LOS FRANCISCANOS Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como recuerda SABINE, avanzada la Edad Media reaparecen en el contexto cultural europeo, una serie de ideas que empezaron a desarrollarse en contacto con los vestigios del derecho romano y bajo la presión de las circunstancias políticas y económicas predominantes en la Europa occidental¹. Entre esas ideas destaca de forma especial la recuperación del derecho, concepto clave en el cuerpo de ideas de esta cultura. Pero la recuperación del sentido jurídico de la existencia iba a encontrarse con una primera dificultad consistente en la existencia de una dualidad de ordenamientos jurídicos. Por un lado el nuevo derecho germánico, el de los pueblos bárbaros que acabaron con el Imperio, leyes incluidas y que aportan un sentido personal y tribal del derecho. Por otro lado subsiste la vieja tradición romana de unos principios jurídicos que fueron la gran aportación de Roma a nuestra cultura. En un principio conviven ambas normas, con predominio, por mor de las circunstancias, de las germánicas sobre las romanas. Pero poco a poco los pueblo bárbaros que han vencido militarmente a Roma, son subyugados por la superior cultura romana, en un proceso similar al que siglos antes sufriera la vencedora Roma frente a la vencida Grecia. Con estas mimbres fue confeccionándose el cesto del feudalismo que llena toda la historia de Europa hasta el advenimiento de la modernidad. En este ambiente se desarrolla todo el tema de las investiduras y las luchas entre el Pontificado y el Imperio², que es fundamentalmente un tema de control del poder político y econó-

1.- Sabine, G., *Historia de la Teoría Política*, México, 1963, p. 155.

2.- Las relaciones entre ambos poderes siguen una línea fluctuante que se inicia con la doctrina de "las dos espadas" del Papa Gelasio I, que establece una distinción entre el espiritual y el temporal, pero con una actuación coordinada para bien de la "universitas cristiana" hasta llegar a las tensiones propias de las guerras de las investiduras, la ruptura de relaciones entre el imperio y el papado en la época de Gregorio VII, la idealización del imperio que lleva a cabo Dante en su *De Monarchia*, para terminar en una confrontación intelectual entre los partidarios de la supremacía del poder espiritual (Honorio de Augsburgo con su *Summa*

mico. Pero todas estas circunstancias ponen de relieve la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico que racionalizara esta situación política y económica.

Será durante el siglo XIII cuando a la sombra de las Universidades de París y Oxford se produzca un gran renacimiento cultural que consolide el redescubrimiento del derecho romano. Los protagonistas de esta resurrección serán los miembros de dos grandes ordenes mendicantes: dominicos y franciscano³. Entre los primeros destacan Alberto Magno y Tomas de Aquino. Entre los segundos Duns Scoto y Roger Bacon en una primera etapa. Más tarde aparecerá una de las mentes mas lúcidas de la cultura europea de su tiempo: Guillermo de Occam. Nosotros a partir de este momento nos centraremos en las aportaciones franciscanas en la elaboración de una teoría general del derecho y de forma especial en su relación con los derechos humanos.

El profesor Fernández Domingo ha puesto de relieve en una obra reciente la importancia de los franciscanos en la elaboración de lo que llaman los juristas el "derecho intermedio" es decir la regulación jurídica de los derechos reales de uso y habitación. En su opinión, y siguiendo las tesis de Rams, el punto de partida es la importantísima y poco clarificada disputa entre el Papa de Avignon Juan XXII y los espiritualistas franciscanos representados por Occam⁴, de la que transcende no sólo una visión subjetivista de la titularidad de los derechos reales sino también la polémica sobre la distinción entre uso y usufructo. Los franciscanos, siguiendo el significado evangélico de la pobreza practicado por San Francisco de Asís, quieren dar una nueva dimensión a los iura in re aliena, y a diferencia de benedictinos y cistercienses

Gloria de 1123, Juan de Salisbury con el *Policriticus* de 1159, y Egidio Colonna *De eclesiástica potestate* de 1302), frente a los publicistas partidarios del poder imperial, fundamentalmente Juan de París con su famosa *De potestate regia et papali* de 1302. Un seguimiento muy completo de estas controversias en Sabine, *op. cit.*, pp. 137-217; Touchard en *Historia de las Ideas Políticas*, Madrid, 1961, pp. 124-160; Getell en *Historia de las Ideas Políticas*, México, 1979, pp. 177-207; Gaetano Mosca en *Historia de las doctrinas políticas*, Madrid, 1984, pp. 57-62; Truyol Serra en *Historia de la Filosofía del derecho y del estado*, vol. I, Madrid, 1961, pp. 352-371. Desde otro planteamiento el cap. II del Gunther Holstein, *Historia de la Filosofía Política*, Madrid, 1953, pp. 103 y ss. Un resumen muy completo de todo lo anterior en Peña González, *Curso de Derecho Político*, Madrid, 1987, pp. 83 y ss.

3.- La orden franciscana fue fundada por San Francisco de Asís en el siglo XII y fue una de las más grandes y fecundas instituciones de la Iglesia con una gran vitalidad interna y de apostolado desde entonces a nuestros días. Se le conoce también con el nombre de Frailes Menores, denominación que por humildad le dio el Fundador y sancionó Honorio III en la Bula *Solet Annuere*, firmada en Letrán el 29 de noviembre de 1223, aunque la orden había surgido el 26 de abril de 1209. Muy pronto sobrepasó las fronteras de Italia y llega a España de la mano de Bernardo de Quintaval, su discípulo favorito. En el orden intelectual los grandes maestros franciscanos se encuentran en Oxford y Cambridge. Muy importante llegó a ser la venerable Orden tercera, creada en 1221 y que era un movimiento popular hacia la perfección cristiana, llegando a ser muy pronto una inmensa fuerza social y a la que pertenecieron las personas mas importantes de su época, desde reyes a papas, pasando por artistas, políticos, cortesanos escritores etc. El franciscanismo con sus mística concepción de la pobreza, opera en el medioevo como pacificador de la sociedad. Su universalidad permite una fecundísima adaptación a todos los países. España no es una excepción y arraiga en ella profundamente. A mediados del siglo XIII, España es una de las cinco provincias franciscanas fuera de Italia. San Francisco visitó España entre 1212 y 1213.

4.- Los espirituales eran franciscanos que siguiendo lo que creían ser los principios del Fundador consideraban que para la practica adecuada de los oficios espirituales era necesario renunciar a la propiedad que excediese del mínimo necesario para la subsistencia. Juan XXII declaró herética esa posición, depuso y excomulgó al general de la orden y modificó las reglas de la misma. Tres de las principales figuras que tomaron parte en la controversia -Miguel de Cesena, Bonagracia de Bergamo y Guillermo de Occam- se convirtieron en partidarios del Emperador.

no quieren ser propietarios de sus monasterios. Prefieren, amparados en su ideal de pobreza, "la libertad de movimientos que les procura el uso de los bienes cedidos por los particulares y que quedan por lo tanto fuera de las disposiciones canónicas, que afectaban a los bienes raíces, al no estar adscritos a los mismos. Y es esta la construcción doctrinal que convierte al derecho de uso, en la línea defendida por Occam, en un verdadero *ius fruendi*, en un usufructo atenuado limitado a parte de los frutos"⁵.

Conviene destacar que en la definición del concepto de *ius* -derecho- por parte de los grandes maestros franciscanos, influyó poderosamente la regla de pobreza evangélica establecida por su fundador, quien sin embargo nunca llegó a definir la pobreza en términos jurídicos. En la práctica los seguidores de San Francisco eran poseedores de bienes de importancia que en virtud de una ficción jurídica se atribuía su nuda propiedad a la Iglesia o a la Santa Sede y la Orden los tenía a su disposición ejerciendo sobre ellos un *usus facti*. A esta solución se llegó por la anuencia de los Papas Inocencio IV y Nicolás III que por este procedimiento podían superar la discordancia entre la pobreza evangélica franciscana y el uso y disfrute de todos esos cuantiosos bienes por parte de la Orden. Sin embargo esta fórmula fue rechazada por Juan XXII, quien como ha señalado Villey, demuestra su honda formación jurídica en el ámbito del derecho romano y vuelve sobre el concepto de *ius*, pero entendido más en la acepción de lo justo, es decir vinculado con la justicia, que en el concepto de derecho estricto sensu. Contra esta tesis se levanta Occam quien afirma que los franciscanos tienen el uso de los bienes sin tener el derecho sobre ellos. Su tesis la expone en su obra "*Opus nonaginta dierum*" donde se sientan las bases de uno de los mayores descubrimientos de la ciencia jurídica de todos los tiempos: la teoría de los derechos subjetivos. Esta teoría arranca en parte de la distinción agustiniana entre *ius poli* y *ius fori*. El primero es la facultad de disfrutar de los bienes, del que nadie, ni Cristo ni los franciscanos, puede renunciar. El segundo es una facultad que surge de la ley positiva, es decir obra del legislador humano, y que en su opinión es el verdadero *ius*, el auténtico derecho. El concepto de derecho subjetivo en Occam comprende en opinión del profesor Fernández Domingo, las siguientes notas:

- 1.- Solo hay derechos subjetivos jurídicos, es decir creados por ley positiva humana.
- 2.- Todo derecho positivo va acompañado necesariamente de la potestas vindicandi.
- 3.- Los derechos subjetivos son renunciables.
- 4.- La noción de derecho subjetivo implica la noción de soberanía sobre una determinada esfera de la vida personal⁶. Entre los últimos exégetas de las teorías sobre los derechos subjetivos, el profesor Richard Tuck niega que la aportación de Occam haya sido tan decisiva como tradicionalmente se ha considerado en el mundo del derecho⁷. En el planteamiento general sobre el concepto del Derecho jugó un papel

5.- Véase Fernández Domingo, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, 1994, pp. 15 y ss. Hace suyas las tesis de Rams, Pugliese y Villey.

6.- *Op. cit.*, p. 20. Las páginas 15 a 23 de esta obra tratan in extenso el tema, que se ha recogido de forma cuasi literal.

7.- En la relación de grandes maestros franciscanos en el mundo del derecho hay que partir de Juan de Fianza, San Buenaventura, el famoso Doctor Seraphicus, quien llegó a ser rector de la Universidad de Pa-

de primera magnitud, la interrelación entre el franciscanismo y el agustinismo, como ha puesto de relieve Ferrater Mora⁸.

Pero como se ha indicado mas arriba, la mística concepción de la pobreza que es consustancial con la orden franciscana, opera como un pacificador de la sociedad medieval y es consciente que la paz solo es posible en medio de la justicia. Simultáneamente esta idea de la justicia va íntimamente unida a la introducción del derecho como norma reguladora de la convivencia y como base sobre la que establecer un catalogo de derechos humanos que faculten la convivencia. De ahí que en todos los momentos de la historia en que la libertad y la dignidad humana han actuado como elementos justificadores del cambio histórico, los franciscanos han estado en primera línea de combate⁹.

De ahí que el hecho histórico del descubrimiento actuara como el mejor escenario posible para que los franciscanos españoles pusieran en practica, el conjunto de ideas que sobre el tema de los derechos humanos tenían los grandes maestros de la Orden. América se presentaba como el marco ideal donde poner en practica las grandes teorías. Allí había nuevos posibles cristianos a los que evangelizar e incorporar al concepto y dignidad de persona humana en el sentido cristiano de la expresión, recogida de Boecio¹⁰. De ahí también el sentido misional y utópico que la orden franciscana inyecta en el descubrimiento americano y del que tuve oportunidad de referirme aquí el año anterior. Fue el magno intento de superar las contradicciones entre el incipiente capitalismo de la era moderna y los viejos ideales de pobreza evangélica arrastrados desde la edad media y que el Santo de Asís había situado como piedra angular de su Orden. El tema fue desarrollado por el profesor Maravall en un magnifico trabajo publicado en la REP en el año 1952, con el sugestivo titulo de "El descubrimiento de América en la Historia del pensamiento político" . Por su parte José Luis Abellan ha destacado la importancia del pensamiento jurídico franciscano en el nuevo mapa de creencias colectivas que se impone en América, donde la presencia de la orden es evidente desde el primer momento¹¹.

Temas tan jurídicos como el de los llamados "justos títulos de la conquista", o de tan preclara raíz jurídico política como el de la comunidad de bienes o el de la

rís. Creó escuela, todos ellos franciscanos, en la que destacan Juan Pecham, Mateo de Acquasparta, Guillermo de la Mare, Rogerio de Marston, Ricardo de Middletown, Guillermo de Ware y Pedro Juan Olivi. La siguiente gran figura en el mundo del derecho es Rogerio Bacon, de extraordinaria importancia, aunque sin llegar a la figura del Doctor Sutil, es decir el escocés Juan Duns Scoto, el hombre que lleva a cabo una profunda revisión del aristotelismo y que prepara intelectualmente el camino para la irrupción de Guillermo de Occam. La escuela escotista tuvo como principales intérpretes a Pedro Aureolo, Antonio Andrea, Walter Burleigh y Tomas Bradwardine, mas conocido como el Doctor Profundus, arzobispo de Canterbury. (Véase *Historia del Pensamiento*, vol. II, VV.AA., Barcelona, 1982).

8.- Véase *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, 1975, vol. I, p. 58.

9.- Hay un ejemplo anecdótico pero no menos significativo que el hecho de que fueran conocidos con el nombre de "franciscanos", los jacobinos franceses del siglo XVIII, porque utilizaban el convento de San Francisco de París, para celebrar sus reuniones nocturnas y clandestinas.

10.- El famoso *individua substantia rationalis natura*.

11.- Sin la ayuda del fraile franciscano observante, fray Antonio de Marchena, el mismo Colon reconoce que la empresa americana no se hubiera iniciado. El Almirante llegó a escribir que "Nunca hallé ayuda de nadie, salvo de Fray Antonio de Marchena, después de aquella de Dios Eterno". También hay que destacar las de fray Juan Pérez y fray Diego de Deza, el fraile "estrolago" que defendió la idea de Colon con el ardor de un apóstol y la claridad de un sabio.

llamada edad de oro serían incomprensibles sin la aportación de los grandes conceptos sobre derechos subjetivos que había formulado la orden seráfica, especialmente a partir de Occam.

Y la plasmación de este idílico estado de derecho encuentra su mas cabal expresión en el desarrollo del llamado sentimiento utópico americano, en íntima conexión con el movimiento erasmista. Pero el desarrollo de estas ideas serían ya motivo para otra conferencia¹².

12.- El desarrollo del utopismo en la orden francisca y de modo especial entre los franciscanos españoles está hoy acreditado por gran cantidad de estudiosos. Y lo más importante. Esta creencia formaba parte del acervo cultural europeo. No es ninguna casualidad que La Utopía de Tomás Moro -1516- se sitúe en América, o que los habitantes de la Nueva Atlántida -1623- de Francis Bacon, hablen español.