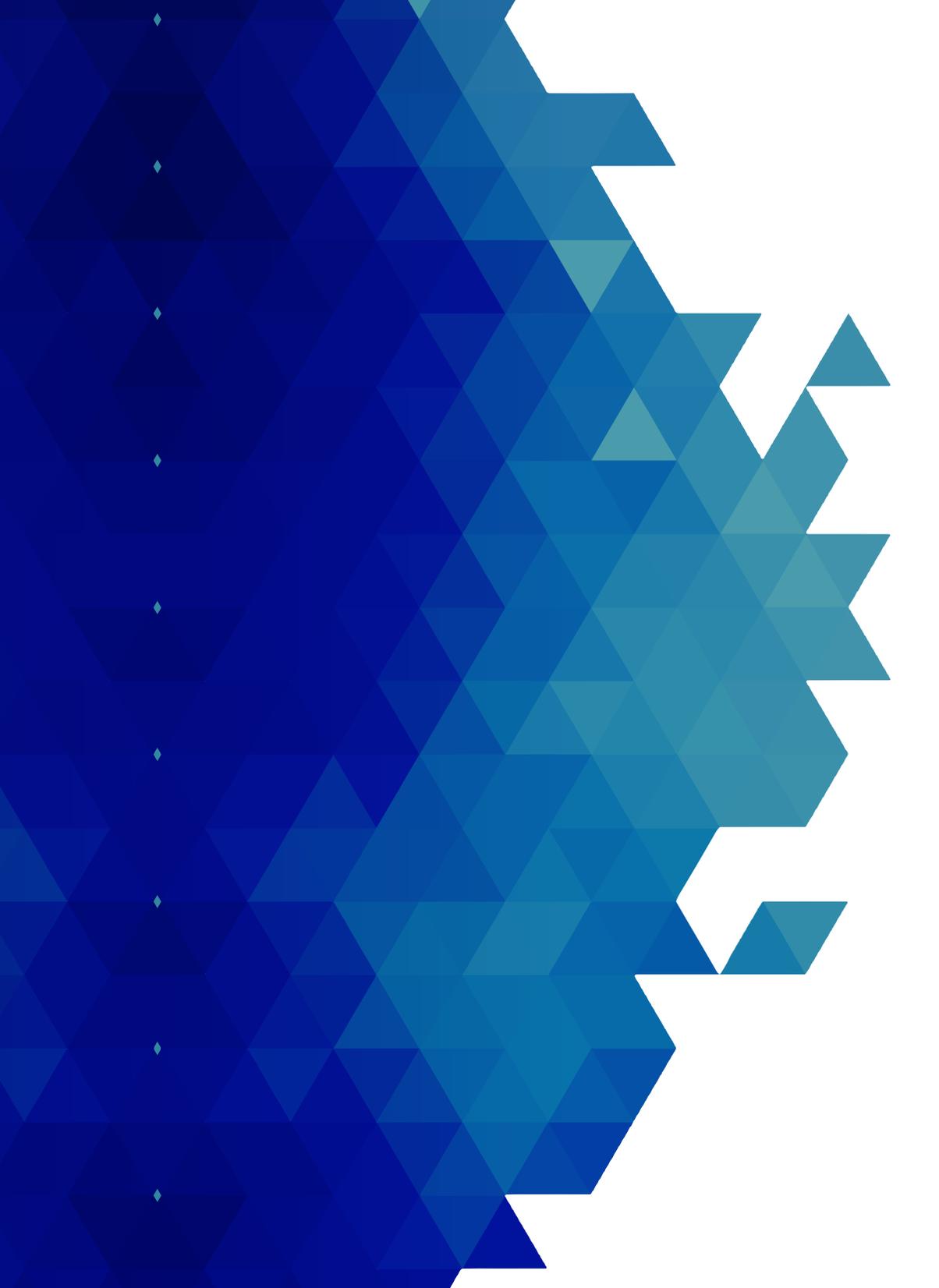
The background features a complex, abstract pattern of overlapping triangles in various shades of blue, ranging from dark navy to light sky blue. A solid red horizontal banner is positioned across the upper portion of the image, containing the text.

Estudios Jurídicos



ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

DOCTOR MIGUEL ARROYO RAMÍREZ*

INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I. ARISTÓTELES. SAN PABLO. SAN AGUSTÍN. SANTO TOMÁS.
CAPÍTULO II. EDAD MEDIA. INGLATERRA. LAS COLONIAS AMERICANAS. HOBBS. ESPAÑA.
DEL DERECHO A LA LIBERTAD. **BIBLIOGRAFÍA.**

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19 que establece a la letra: “Todo individuo tiene derecho de libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras”.

El derecho a la libertad de expresión aparece reconocido prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos fundamentales de los Estados y requiere para su ejercicio de un régimen democrático efectivo y no solamente teórico. Es decir, la libertad de expresión es un derecho subjetivo individual cuyo ejercicio

* Consejero de la Judicatura de la Ciudad de México.

provoca la activación democrática del mecanismo jurisdiccional de los Estados modernos, y aunque fue previsto desde la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia de 1776, constantemente el aparato de Estado ha tratado de regularlo y limitarlo.

Es así porque el ejercicio de la libertad de expresión con frecuencia afecta los intereses económicos y políticos de las élites y de grupos mayoritarios asentados en el poder. Con frecuencia en los ordenamientos jurídicos aparecen sutiles limitaciones a la libertad de expresión. En los textos legales fundamentales se establece que la libertad de expresión se podrá ejercer con las limitaciones que la ley señale, lo cual contiene en realidad, serias restricciones para el ejercicio del derecho en la legislación secundaria.

La otra cuestión que se plantea, para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión, es que el Estado deba proporcionar, por un lado:

- a) Los medios necesarios para hacerlo efectivo.
- b) Los recursos jurisdiccionales para impedir su limitación.

Por otra parte, en una sociedad en la que el ejercicio de la libertad democrática y de los derechos fundamentales se encuentra vinculado al acceso a los medios de comunicación, es indispensable que el ciudadano cuente con la posibilidad de acceder a medios públicos de información, pues de lo contrario los medios privados de comunicación se convierten en un filtro que decide qué información debe o no llegar al público.

Ocurre incluso que el Estado limita el acceso del individuo a los medios de comunicación sobre temas específicos. Es decir, ni aun cuando el individuo cuente con los elementos materiales para ejercer su libertad de expresión a través de los medios de información privados lo puede hacer.

Tal es el caso de la reciente reforma que sufrió el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone textualmente:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona pública o privada, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargo de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Para evitar la tentación de las élites del poder de limitar la libertad de expresión, se requiere la existencia de espacios públicos en los medios electrónicos de información con la finalidad de que cualquier individuo, pertenezca o no a una asociación o grupo político, pueda manifestar sus ideas u opiniones sin limitación alguna, pues le debe corresponder sólo a la sociedad en su conjunto valorar la validez o veracidad de lo dicho por cualquier individuo.

El presente trabajo intenta hacer una revisión breve de cómo la idea del derecho a la libertad de expresión fue permeando en la conciencia social hasta convertirse en un derecho fundamental del individuo en cualquier sociedad democrática.

CAPÍTULO I

Los derechos humanos fundamentales de primera generación tienen origen en una exigencia moral o una pretensión que se basaba en la correlación de las fuerzas económicas, de los diversos actuantes en una sociedad determinada. Así, la pretensión de igualdad careció en su origen de un sustento moral o formal, pues el concepto de derecho elegible no tenía precedente alguno, ni desde un enfoque naturalista ni mucho menos positivista.

Se ha establecido que los derechos humanos son, en su origen, exigencias morales que adquieren una categoría jurídica una vez que son asumidos por la norma de validación. Según acota Javier Muguerza:

La concepción dualista de los derechos humanos, que trata de integrar —frente a iusnaturalistas y iuspositivistas— la condición de valores de aquellos (con anterioridad a su reconocimiento en un texto legal) y su condición de normas jurídicas válidas a una vez legalmente reconocidos, ha sido defendida por Gregorio Peces Barba en su libro *Derechos fundamentales*.¹

La teoría dualista, sin embargo, parece tener un fundamento lógico que explica la aparición en un enfoque iusnaturalista primero y, posteriormente, positivista de lo que hoy conocemos como *derechos humanos*. Sólo un análisis sociológico añadiría otros elementos para entender la aparición de los derechos humanos en una sociedad determinada.

Se pierde sin duda en la noche de los tiempos, el primer momento en que el hombre se concibió con derechos exigibles ante

1 Muguerza, Javier, “Ética, disenso y derechos humanos”, en *Conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Editorial Arges, 1998, p. 20.

el soberano. Cabe resaltar, empero, la aportación al occidente cultural que realizó el cristianismo y que lo convirtió en una fuente inagotable de legitimidad de los movimientos libertarios a lo largo de la historia. El cristianismo postuló una igualdad esencial y originariamente divina que no podía ser rebatida ni limitada por ley humana y que tenía como consecuencia natural las libertades básicas del individuo frente al soberano; los siglos posteriores serían testigos de los esfuerzos de los pensadores para armonizar esta igualdad original con la aceptación del sometimiento al soberano.

De hecho, las primeras formas de organización social se basan en esquemas patriarcales desiguales y con sometimiento a la figura del *Paterna* confundiendo invariablemente entre religión, costumbre y ley. Es fácil concluir que la ley se creó teniendo como fuente la costumbre y las necesidades a resolver en cada momento:

La ley no fue una cosa hecha, sino una cosa que se necesitaba descubrir y expresar. Las prácticas seguidas, en su tiempo, por los antepasados, fueron aceptadas por el jefe o las personas de más edad; quienes rehusaran observar las costumbres, eran desterrados de la tribu o se les declaraba fuera de la ley. Los agravios a otros miembros del grupo se decidían por la lucha entre parientes o por el pago de sumas en dinero.²

Pronto la figura familiar del *pater* fue insuficiente para cuestionar las relaciones que se establecieron entre las diversas familias:

2 Gettel, Raymond G., *Historia de las Ideas Políticas*, México, Editorial Nacional, 1979, p. 60.

Estas necesidades acarrearón la existencia de un caudillo, el patriarca en algunos casos, el héroe admirado por sus proezas las más de las veces”.³ Pronto esta figura de autoridad asumió funciones más complejas, “La organización política de la tribu fue aumentando gradualmente sus funciones ejecutivas y judiciales después de una etapa de jurisdicción limitada; asumió poderes legislativos y constituyó, finalmente, el cuerpo soberano de los tiempos modernos.”⁴

El sentido de derecho debió proceder del resultado del trabajo realizado que contenía, por supuesto, un esfuerzo físico y en consecuencia la percepción en el sujeto de que el trabajo merecía el logro del mismo. Esto debió provocar los primeros conflictos de las incipientes organizaciones sociales y en consecuencia el establecimiento de los sistemas de convivencia figurados para tratar de resolver estos conflictos.

No es difícil entonces concluir que lo que se conoce como derechos humanos de primera generación y particularmente los relacionados con los derechos de libertad surgen en la percepción individual y colectiva con las primeras formas de organización social. Salvo, por supuesto, el derecho a la vida que se puede considerar instintiva.

La imposición de algunos sobre otros, y paradójicamente de los menos sobre los más, paradoja que ha dejado de serlo, por cierto, y que se prefigura desde los tiempos antiguos, tuvo como consecuencia la limitación de la libertad individual y la aparición de los primeros derechos de libertad, y que son al final limitaciones a la misma y no garantías de ella. Es decir, los derechos de libertad regulan en realidad su ejercicio dentro de

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

un sistema político y lo limitan, aunque garantizan un espacio de éste frente al soberano, evitando sin embargo la arbitrariedad del mismo.

Las monarquías patriarcales de la antigüedad como sabemos no estuvieron exentas de conflictos. Los tiranos que gobernaron la Grecia antigua del 700 al 500 a. C., fueron derrocados finalmente a causa de su despotismo y arbitrariedad, es decir, la falta de respeto al espacio de libertad de los habitantes de la *polis* griega. El desarrollo que tuvo el Derecho en la Grecia antigua estuvo relacionado primero con el origen de su nacimiento y después con la riqueza, lo cual es un fenómeno que, toda proporción guardada, vemos reproducido en el tránsito de la Edad Media al Renacimiento.

Así, el grado y prelación de los derechos fue proporcional al origen familiar y a la riqueza del individuo, lo cual ocurre hasta nuestros días, si bien no determinado formalmente, sí en el ejercicio práctico de los derechos. El individuo que detenta mayores recursos económicos tendrá siempre más posibilidades de ejercer su derecho y que le sean respetadas sus garantías jurídicas.

En el siglo VII a. C., Atenas vivió una lucha entre los aristócratas y los plebeyos, lo que trajo como consecuencia la reforma de Solón, que democratizó la vida comunitaria estableciendo una asamblea y un senado, pero definiendo la riqueza como parámetro de los derechos que tenían los habitantes de la *polis*.

ARISTÓTELES

Para Aristóteles, que privilegia el orden mediante el establecimiento del Estado, la ley y lo justo serán lo que determine el Estado. Pero es conocida la distinción que Aristóteles hace del

derecho natural y legal. La ley particular es la establecida por los hombres, en tanto que la natural es general. El estagirita escribirá en su *Ética a Nicómaco* que:

El derecho válido para las comunidades políticas se divide en natural y legal. Natural es aquel que posee por doquier la misma fuerza, independientemente de si es reconocido o no. Legal es aquel cuyo contenido puede ser, en principio, uno y otro, y que sólo mediante disposición legal se haya determinado tal como lo está.⁵

Al respecto explicará Welzel, el derecho natural se encuentra caracterizado por dos momentos: de un lado por su calidez legal y por otro, por su originaria diferenciación axiológica, mientras que la ley positiva es sólo una determinación dentro de la esfera de lo axiológicamente indiferente. De alguna manera el Estado y lo que emerge de él, la ley entre ello, es prácticamente infalible, diría el estagirita: “Todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de un bien, puesto que los hombres cualesquiera que ellos sean nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece bueno”.⁶

Desde su ética y su política el genio de Estagira establece al Estado como consecuencia de la naturaleza humana del fin mismo del hombre (si consideramos además que para Aristóteles naturaleza es finalidad) que constituye, como el fin mismo de todo arte o acción, el bien. El Estado y la ley son así el instrumento final e idóneo para la obtención del bien supremo, la forma más acabada de organización social a la que el hombre puede aspirar para su propio desarrollo y existencia. Como se sabe, para

5 *Apud.* Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 27 y 28.

6 Aristóteles, *Política*, Buenos Aires, Austral, 1941, p. 25.

Aristóteles el hombre no puede vivir en solitario, “Pero aquel que no puede vivir en sociedad y que el medio de su independencia no tiene necesidades no puede ser nunca un miembro del Estado; es un bruto o un Dios”.⁷

La evolución política para Aristóteles se da mediante un paso que liga el estado natural o prepolítico al estado político, sin que estos sean tesis o antítesis sino solamente tránsito del uno al otro. A la familia, base del Estado, se arriba casi por un acto instintivo de reproducción y sobrevivencia, y de la familia al Estado por la búsqueda del bienestar material y espiritual. El Estado aparece, así como una forma de resolver una convivencia humana que se complica al aumentar cuantitativamente el entorno social. El Estado aristotélico será el resultado de una convivencia familiar y no necesariamente una convivencia de individuos.

Es, sin embargo, conveniente señalar que el estagirita hace aparecer como elemento fundamental en la estructura de su modelo al habitante de la Ciudad-Estado: el ciudadano (calidad que sólo se puede adquirir dentro de la estructura estatal), toda vez que lo concibe como una especie superior al individuo simple, lo que conduce inevitablemente al concepto de asociación de ciudadanos, porque si bien la ciudad se forma por la unión de las familias, finalmente la primera deviene en conglomerado de ciudadanos, que son elemento y finalidad del Estado. Para Aristóteles: “La ciudad es la asociación del bienestar de la virtud para bien de las familias y de las diversas clases de habitantes, para alcanzar una existencia completa que se baste a sí misma”.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁸ *Ibidem*, p. 88.

La ciudad que representa el todo será necesariamente superior, incluyendo al ciudadano, pues como sabemos en la lógica aristotélica el todo será superior a las partes:

La ciudad es evidentemente anterior por naturaleza a la familia y al individuo, puesto que todo es necesariamente superior a las partes... las cosas se definen de acuerdo a con su operación y potencia; por eso no diré que son las mismas cuando no gozan de su calidad propia, sino que tienen un nombre en común. La prueba de que la ciudad es creación de la naturaleza y anterior al individuo es que cuando está aislado no se basta a sí mismo y por lo tanto, equivale a una parte con relación al todo.⁹

Sin embargo, el individuo no es idéntico antes y después de la asociación. Del Estado de naturaleza al Estado político ocurre una transformación en el individuo y la familia. La familia queda como elemento formado, no desaparece, es la célula básica pero no es el elemento de distinción entre el Estado de naturaleza y el político. El elemento distintivo es el ciudadano diferenciado por su organización política y cultural, del individuo que formó y es parte original de la familia:

El Estado prepolítico familiar no es un Estado de libertad o de igualdad originales, sino que se trata de una condición en la cual las relaciones fundamentales que existen dentro de una sociedad jerárquica como la familia son relaciones entre superior e inferior, como son exactamente las relaciones entre padre, madre e hijos o entre el patrón de la casa y los sirvientes.¹⁰

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Bobbio, Norberto, "El modelo iusnaturalista", en *Origen y fundamentos del poder político*, México, Grijalbo, 1985, p. 74.

Sólo en el Estado político el hombre encontrará ciertas condiciones de igualdad y libertad. La *polis* surge entonces no por renuncia de libertades, como se figurará posteriormente en los modelos iusnaturalistas, sino como y para la obtención de las mismas. Los derechos que otorgue la *polis* son aquellos compatibles con los fines de la misma y que son fundamentalmente los de sobrevivencia y organización.

SAN PABLO

Nos referíamos en párrafos anteriores a la importancia del cristianismo en el desarrollo de los conceptos de igualdad y libertad. La justicia de Dios es absoluta y su voluntad no puede ser resistida. En su epístola a los Romanos 10,3, San Pablo establece las bases de este concepto de libertad: “Porque ignorando la justicia de Dios y buscando afirmar la propia no se sometieron a la justicia de Dios”.

Se ha dicho que San Pablo es el apóstol de la libertad absoluta e inmotivada de Dios. El concepto de igualdad procede de la visión de Dios como el creador del universo y del hombre hecho a su imagen y semejanza.

SAN AGUSTÍN

San Agustín llevaría a cabo la combinación de la tradición helénica y las ideas cristianas. Del neoplatonismo tomaría el concepto de que “Las ideas son las leyes del gobierno universal de las cuales dependen el orden y toda la seguridad del universo y según las cuales como bajo una ley falible todo lo mutable sigue su curso temporal”.¹¹ Sin embargo, pronto aparecerá en San Agustín el

¹¹ Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 49.

voluntarismo, de tal forma que el conocimiento de la verdad de Dios parte de un querer conocer. Si para los griegos la voluntad sigue al conocimiento, para San Agustín el conocimiento es parte de la voluntad.

La voluntad es esencialmente libre; carece de límites y no puede ser limitada sino por el motor de dicha voluntad, incluso la fe es obra de la libre voluntad, pero la voluntad guiada hacia el bien sólo lo es por la gracia de Dios, así, quien obra mal lo hace porque ha carecido de esa gracia y merece por ello el perdón, y quien obra bien no tiene mérito alguno porque es fruto de la voluntad divina: sólo tenemos la libertad para el mal, pero no para el bien.

Es conocida la división que hace San Agustín entre ley eterna, ley natural y ley temporal. En todo caso la ley temporal requiere ser justa para ser considerada ley, así la limitación de la libertad humana por una ley positiva deberá tener una causa justa para ser observable. Esta idea nos parece que es una de las piedras fundamentales sobre las que descansa la legitimidad de los derechos humanos de primera generación. La libertad humana sólo se puede restringir por causas extremadamente limitadas, que tengan como finalidad (y aquí recuperamos a Aristóteles) la posibilidad de una convivencia pacífica y organizada; es decir, la sobrevivencia de una comunidad específica en un tiempo determinado, así el valor ético debe preceder a la prohibición y ser el fundamento de la misma.

La suerte de predestinación que implica el pensamiento agustiniano se convirtió en una suerte de legitimación del orden establecido y de las circunstancias de la vida y un reconocimiento de la omnipotencia divina, implicando lo que se conoce como la derrota espiritual del individuo ante un ser superior que aún

hoy es incluso fuente terapéutica de resignación. La decisión de Dios no tiene ninguna explicación ni argumentación, las cosas y circunstancias suceden de una manera inexplicable para el individuo, sólo porque el ser superior así lo quiere. La *lex aeterna* es inmutable porque proviene de la voluntad divina que implica una prohibición de perturbación y un mandato de observancia del orden natural, mismo que será contenido en dicha *lex* y el orden divino de la creación.

Dios ordenó e hizo todo y ordenó a la criatura en grados, de la tierra al cielo, de las cosas visibles a las invisibles, de las mortales a las inmortales. Esta conexión de lo creado, esta belleza ordenadísima, que asciende de lo mínimo a lo supremo, y desciende de nuevo de lo supremo a lo íntimo, en ningún punto interrumpida y sin embargo dividida en partes diferentes, toda ella alaba a Dios.¹²

Al respecto, comentará Welzel:

La ley eterna estoica es así modificada fundamentalmente: en lugar del *fatum* aparece ahora el orden de la creación divina, en el cual San Agustín ha descrito, paradigmáticamente, para toda la época siguiente, la idea metafísica primaria medieval de la estructura gradual del universo. Pero no obstante, una cuestión queda todavía en pie: ¿es este orden de la creación divina una emanación racional en el sentido del neoplatonismo o es obra de la voluntad de Dios?¹³

La respuesta a esta interrogante pudiera encontrarse, según el propio Welzel, en el postulado *ratio divina vel voluntas Dei*, que

12 San Agustín, *Contra Faustum*, *Apud*. Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, 1979, p. 49.

13 Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 53.

aparece en la definición de *lex naturalis* y que pudiera armonizar ambas posibilidades; en efecto, la *lex naturalis* es el reflejo de la ley eterna en el alma humana en el corazón del hombre, ésta es también una ley íntima a través de la cual la voluntad de Dios aparece en la conciencia humana.

Es interesante el comentario y la reflexión que Welzel hace al respecto:

Como contenido de la ley natural subjetiva, San Agustín indica el viejo proverbio popular “no hagas a otro lo que no quieras que te haga a ti”, esta regla de prudencia práctica ha sido citada, a menudo, hasta en el derecho natural moderno —incluso por Hobbes— como el principio supremo del Derecho natural. Como hace constar, sin embargo, Pufendorf: *de iure naturae et gentium*, 2, III, 13, se trata de una mera consecuencia de la proposición de igualdad. Es un caso de aplicación de la justicia conmutativa, y presupone por ello, un reparto justo de los bienes, de acuerdo con la justicia distributiva. Desde el punto de vista ético, es problemática por razón del punto de partida subjetivo —“lo que tú no quieras que te hagan”—, no sólo porque significa, en el fondo, una apelación al egoísmo bien entendido, sino porque una acción no es ya moral sólo porque el sujeto la tolere en sí mismo. Para hallar esta proposición de prudencia práctica no era necesario, en verdad, todo el esfuerzo del Derecho natural. Duns Escoto interpretó, por eso, con su agudeza habitual esta regla, diciendo que lo que tenía que decir era: “lo que debéis creer, de acuerdo con el recto juicio de la razón... Aquí, empero, se pone de manifiesto cuán vacía es la fórmula, ya que no nos dice nada acerca de lo que se debe querer de acuerdo con la recta razón”.¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, p. 52.

La recta razón es para San Agustín algo común a todos los hombres, toda vez que el sentido del bien y el mal se encuentra impregnado en el alma humana por el soplo de divinidad que lo creó y que en caso de duda puede recurrir a considerar la afectación del tercero como deseable o no para uno. El sentido positivo o negativo de este cuestionamiento nos llevará necesariamente a señalar si estamos actuando o no conforme a la recta razón. Nunca sin embargo podrá el derecho natural trastocar el orden de las cosas, considerado éste no sólo en el sentido físico sino en el sentido político.

El saqueo de Roma por parte de los godos en el 410 d. C. ha provocado la consideración entre el pueblo de que la caída se debe al abandono de la religión antigua y al seguimiento del cristianismo. Es sabido que este hecho motivó a San Agustín a escribir durante trece años el libro de mayor peso de toda la edad media, titulado *La Ciudad de Dios*. Raymond Gettel ha reflexionado en este sentido que:

San Agustín sigue deliberadamente a Platón cuando traza las líneas de sociedad ideal; junta la filosofía de Platón con las doctrinas de Cicerón y la teología cristiana. San Agustín justifica la esclavitud como un reflejo de la caída del hombre; la necesidad de las instituciones sociales es una consecuencia de este hecho. La esclavitud constituye, a su vez, por esto, un remedio social y un castigo de Dios, por el pecado del hombre.¹⁵

Para San Agustín la justicia solamente se puede encontrar dentro del cristianismo y a través de su único intérprete, la Iglesia. Esta potestad eclesiástica tiene una autoridad que es indepen-

¹⁵ Gettel, Raymond G., *op. cit.*, p. 161.

diente del Estado político, el cual en todo caso dicta la ley positiva conforme, siempre y de acuerdo con la ley natural. Aun y cuando San Agustín sostiene el origen divino del Estado porque tiene como finalidad lograr la existencia del derecho natural y el orden de las cosas, considera que a este Estado ha llegado el hombre como consecuencia del pecado original. Pues en su origen los hombres eran libres e iguales (idea que probablemente Hobbes tomaría para diseñar su estado de naturaleza) y como consecuencia de dicho pecado el hombre ha perdido esa libertad e igualdad originales.

Solamente entonces la conjunción de Iglesia-Estado permitirá de manera simbólica la aparición de la Ciudad de Dios (la obra tuvo tal influencia que según se dice fue libro de cabecera de Carlo Magno y trató de organizar su imperio conforme a sus principios). La idea de San Agustín de que la libertad se había perdido en virtud del pecado original matizó la concepción cristiana originaria, y que era por supuesto esencialmente revolucionaria, debido al postulado de la igualdad del hombre por ser imagen y semejanza de Dios (que tenía derecho a esa igualdad en tanto reconociera y admitiera las ideas cristianas esenciales).

SANTO TOMÁS

Santo Tomás de Aquino por su parte postula que el concepto de ley se encuentra a través de la razón. Si la ley se busca a través de la voluntad no determinada por la razón se corre el riesgo de encontrar la injusticia y no el derecho. La razón nos lleva a la sabiduría y para Dios es imposible querer algo que no se encuentre en ésta. La voluntad será sólo el medio por el cual la razón logre

sus fines. Para responder sobre el papel que corresponde a la voluntad en la ley, Santo Tomás responde:

La razón recibe de la voluntad la fuerza para mover, como se dijo anteriormente, puesto que, porque uno quiere el fin, manda la razón lo que al fin se ordena; pero para que la voluntad, acerca de las cosas que se mandan, tengan naturaleza de ley, es necesario que sea regulada por alguna razón, de esta manera se entiende que la voluntad del príncipe tenga fuerza de ley: de otro modo la voluntad del príncipe sería más bien inequidad que ley.¹⁶

Siguiendo a San Agustín, Santo Tomás encuentra la existencia además de la *Lex Divina*, de la *Lex Aeterna*, la *Lex Naturalis* y la *Lex Humana seu Positiva*. Aun y cuando la ley eterna será el principio originario, razonándolo el hijo de los Condes de Aquino de la siguiente forma:

Según lo dicho, la Ley no es otra cosa que el dictamen práctico de la razón en el príncipe que gobierna alguna comunidad perfecta, siendo pues notorio que, supuesto que el mundo es regido por la providencia divina como se ha demostrado toda la comunidad del universo es gobernada por la razón divina; esa misma razón del gobierno de las cosas existentes en Dios, como príncipe de la universalidad, tiene naturaleza de ley y puesto que la razón divina nada concibe desde el tiempo, sino que tiene un concepto eterno, como se expresa en el libro de los proverbios, de aquí que esta ley es necesariamente eterna.¹⁷

16 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, México, Editorial Espasa Calpe, Colección Austral, 1998, p. 121.

17 *Ibidem*, pp. 122 y 123.

La ley natural es la inclinación de la criatura racional a su debido acto y fin, participando de esta forma en la ley eterna, y a esta participación, Santo Tomás le llama *ley natural*. Nuestro discernimiento de lo que es bueno y lo que es malo no es sino la luz divina que hay en nosotros, tal es el significado de la expresión “sellada está, Señor, sobre nosotros la luz de tu rostro”, “es pues notorio que la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional”.¹⁸

Cuando la razón humana llega a disposiciones particulares y se encuentre lo que se debe conocer, según Santo Tomás, como leyes humanas, observando siempre las condiciones esenciales a la ley (parece que Santo Tomás se refiere con esto a los elementos de validez); de hecho, establece que la promulgación es esencial en la ley para que tenga su fuerza obligatoria, lo que nos lleva a concluir que estaba al tanto de los elementos prácticos que hacían o permitían la obligatoriedad de la ley. “La promulgación es necesaria para que la ley tenga su fuerza obligatoria. Así, de los cuatro puntos expuestos puede colegirse la definición de la Ley que no es otra cosa que cierta ordenación de la razón al bien común y promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad”;¹⁹ asimismo, cita lo dicho por Cicerón en su retórica: “que el principio del derecho tiene su origen en la naturaleza”; “Que después algunas cosas se erigieron en costumbre por razón de utilidad y, por último, que las originarias de la naturaleza y probadas por la costumbre han sido sancionadas, por el temor a las leyes y a la religión”.²⁰

Al preguntarse si la ley es algo de la razón, Santo Tomás responde que la ley es regla y medida de los actos, conforme a la cual se induce a lograr o al no hacer:

¹⁸ *Ibidem*, p. 123.

¹⁹ *Ibidem*, p. 122.

²⁰ *Ibidem*, p. 124.

Porque *lex* se deriva de *ligare*, por cuanto obliga a obrar, más la regla y medida de los actos humanos es la razón que es el primer principio de ellos, como se patentiza por lo dicho, puesto que, a la razón compete ordenar al fin qué es el primer principio en lo operable, según Aristóteles. Siendo pues que en cada género lo que es primer principio medida y regla de aquel género, como la unidad en el género de los números y el primer movimiento en el género de los movimientos, de donde se deriva que la ley es algo que pertenece a la razón.²¹

Para Santo Tomás, la ley tiene por objeto primordial y principal el orden al bien común; sin embargo, es en realidad un acto de conocimiento de una verdad, para lo cual necesita el hombre el divino auxilio, pues el entendimiento es movido por Dios a sus actos; sin embargo, “Dios instruye milagrosamente por medio de su gracia a algunos acerca de las cosas que pueden ser conocidas por la razón natural, como igualmente hace milagrosamente cosa que la naturaleza puede hacer”.²²

Según Welzel, Santo Tomás se mueve básicamente dentro del marco del Derecho natural aristotélico-estoico, incluso el decálogo del Moisés será parte del Derecho natural y son por ello necesariamente invariables y de naturaleza ilimitada, lo que es característico de tal derecho. El Derecho natural establece una base de igualdad para quienes siguen las enseñanzas cristianas dentro de la Iglesia, pues, al ser una idea innata de origen divino le es común a todos los individuos.

La idea de igualdad originaria entre los hombres permanece a través de la evolución histórica del concepto de derecho. La sujeción que hacen al soberano y la pérdida de libertad que ello

21 *Ibidem*, pp. 120 y 121.

22 *Ibidem*, p. 130.

implica, es por el bien común y al final para beneficio de quien accede a sacrificar parte de su libertad. Por ello no hay gran diferencia entre el concepto de derecho que permanece en el mundo clásico y que servirá de base a todo el concepto de derecho moderno. Citamos sólo algunos de estos conceptos:

Gallo, Libro primero de sus *Instituciones*:

Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres lo hacen en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común de toda la humanidad; pues el derecho que cada pueblo se ha dado a sí mismo es el propio de la ciudad y se llama consiguientemente derecho civil; aquel que en cambio la razón natural ha establecido entre todos los hombres, éste se observa igualmente entre todos y se llama en consecuencia derecho de gentes.

Reglas de Ulpiano:

La justicia es la voluntad constante y permanente de atribuir a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son éstos: vivir uno honestamente, no dañar a los demás y atribuir a cada cual lo suyo. Es la prudencia jurídica conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo e injusto.

Pomponio en el libro único de su *Manual*:

Así en nuestra ciudad tenemos establecido ya el derecho, esto es la ley, ya el derecho civil en sentido propio el cual sin necesidad de escrito, consiste en la sola interpretación de los prudentes, ya también las acciones de la Ley, que contienen la forma de hacer juicio, ya el plebiscito, que se establece sin la autoridad de los senadores, ya el edicto de los magistrados, de donde nace el derecho honora-

rio, ya el senadoconsulto, que se introduce sin ley estableciéndolo sólo el senado, ya el establecimiento o constitución principal, esto es, lo que el mismo príncipe establece que se observe como ley.

Partidas, part. II que habla de los Emperadores e de los Reyes e de los otros grandes Señores de la tierra, que han de mantener en justicia e verdad, título I, leyes 1, 5, y 12:

Imperio es gran dignidad noble et honrada sobre todas las otras que los omes pueden aver en este mundo temporalmente. Ce el señor a quien Dios tal honra da, es Rey e Emperador. Et a él pertenece segunt derecho el otorgamiento quel fizieron las gentes antiguamente de gobernar e mantener el imperio en justicia. Et por esso es llamado Emperador, que quier tanto decir como mandador, porque al su mandamiento deben obedecer todos los del imperio. Et él non es tenuto de odedescer a ninguno fueras ende el Papa en las cosas espirituales. Et convino que un ome fuesse Emperador e oviessse este poderío en la tierra por muchas razones. La una, por toller desacuerdo entre las gentes et ayuntarlas en uno, lo que no podría fazer si fuesen muchos los emperadores, porque segunt natura el señorío non quiere compañero nin lo ha de menester, como quier que en todas guisas conviven que aya omes bonos et sabidores quel consejen et le ayuden. La segunda para fazer fueron et leyes porque se judguen derechamente las gentes de su señorío. La tercera, para quebrantar los sobervios et los tortizeros et los malhechores que por su maldad o su poderío se ateven a fazer mal o tuerto a los menores. La quarta, para amparar la fe de nuestro señor lesu Christo et quebrantar los enemigos della. E otrosí dixieron los sabios que el Emperador es vicario de Dios en el imperio para fazer justicia en lo temporal, bien assí como lo es el Papa en lo espiritual.²³

23 Clavero, Bartolomé, *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

CAPÍTULO II

EDAD MEDIA

La estructura medieval otorgaba una igualdad estamental difícilmente modificable para el individuo. La igualdad entre pares se limitaba a sus relativos; pero la crisis del régimen feudal causada por diversos actores que concurrieron en un espacio de tiempo determinado permitió el rompimiento paulatino de este orden inamovible, entre 1300 y 1350, y que según García Cotarello fueron: “a) Las tendencias económicas cíclicas, b) Las tendencias seculares y c) La climatología”.²⁴

El resquebrajamiento del orden establecido permitió el fortalecimiento de lo que hoy conocemos como derechos humanos, y que fueron en su origen argumentos incluso ideológicos de las incipientes clases sociales que al ver incrementados sus recursos materiales planteaban mayores derechos ante el poder omniabarcante de los soberanos. Algunos de los argumentos que después serán definidos por la burguesía pudieron haber sido incluso utilizados en la contienda, imperio-reino. En efecto, los argumentos del derecho natural que se fue paulatinamente secularizando dieron para tirios y troyanos.

Sin duda en la secularización del derecho natural tuvo enorme importancia lo que se conoce como la teoría de los valores objetivos de la escolástica española del llamado *siglo de oro*:

Francisco de Vittoria, Gabriel Vázquez y Francisco Suárez liberaron con gran penetración intelectual al derecho natural medieval de sus ataduras nominalistas e introdujeron en vez de la voluntad

²⁴ García Cotarello, Ramón, *Las Formas Preestatales de Dominación Política, Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, Teide, 1983, p. 44.

divina la naturaleza o la razón de la cosa, con ello nació mucho antes de Grocio el derecho natural profano y sentaba, como derecho nacional, los fundamentos de un derecho natural e internacional de la humanidad, como seguidor de los españoles Grocio dedujo el derecho natural a partir de la naturaleza racional del hombre, o conformó sistemáticamente de acuerdo con el *dictamen rectae rationis*.²⁵

Asimismo, influyó la transformación de las libertades estamentales en derechos individuales a la seguridad personal.

INGLATERRA

En Inglaterra las contiendas revolucionarias entre Corona y Parlamento generaron las garantías que impedían la detención arbitraria, expropiación y destierro (*Petitions of Rights* 1628, Acta del *Habeas Corpus* de 1679 y *Bill of Rights* de 1689). Entre 1640 y 1660 se produjeron en Inglaterra como consecuencia del conflicto revolucionario disposiciones verdaderamente avanzadas para la época, algunas de las cuales, si bien no tuvieron vigencia plena, sentaron precedentes para las grandes transformaciones jurídicas que ocurrieron en Europa un siglo después.

Así, luego de que fue depuesto el monarca inglés se generaron documentos escritos que establecían la organización gubernamental sobre la base del pacto social; entre estos destaca el conocido como *Agreement of the People*. El cual declara que el parlamento representa la voluntad del pueblo requiriendo para su vigencia la firma personal de cada individuo. Se establece asimismo la existencia de un cuerpo popular y represen-

²⁵ Sánchez Ferriz, Remedios, *Estudio sobre las libertades*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 84 y 85.

tativo constituido en una sola cámara y al que se accedía mediante elección, teniendo sus integrantes poderes delegados y limitados; contiene así mismo un *bill* de derechos e impide al gobierno la intervención en las libertades fundamentales de la sociedad.

Destaca también el *Instrument of Government* de 1654, que dispone de un *lord protector* y un parlamento elegido sobre la base de capacidad económica por condiciones de propiedad, el protector y el parlamento gozaban de prerrogativas ilimitadas. Oliverio Cromwell impidió la vigencia de este instrumento y dispuso una especie de gobierno de transición que terminó por ser una dictadura militar.

Empero, los vientos de libertad individual se sentían ya en diversos ámbitos de la sociedad inglesa. Así, cuando el parlamento dicta restricciones a los libreros e impresores, en 1643, John Milton defiende el derecho de libre expresión como un privilegio de la ciudadanía. La libertad, según Milton, es necesaria para la dignidad del hombre y el desarrollo de la razón, se opone al intervencionismo gubernamental y propone la tolerancia religiosa. Pero, Milton va más allá y sostiene que los hombres nacen libres, con los mismos derechos naturales, y forman sociedades políticas basadas en el consentimiento mutuo, teniendo el derecho incluso de elegir a sus reyes y magistrados, que deben ser considerados en realidad sus representantes. Las leyes, como postula Milton, obligan por igual a gobernantes y súbditos, residiendo el poder político en el pueblo, quien puede nombrar y destituir reyes y tiene el deber de separar a los tiranos. En su defensa del pueblo anglicano (1651) se opone a la tiranía y al gobierno hereditario, pues considera que estas sumas políticas son contrarias al derecho natural.

Contemporáneo de Milton, James Harrington, seguidor de Aristóteles y despiadado crítico de Hobbes, sostiene que los estados se establecen sobre la base del gobierno de leyes o del gobierno de los hombres; el primero de ellos atiende necesariamente al bienestar general, en tanto que el segundo protege los intereses privados de los gobernantes. Propone una organización de tipo constitucional estructurada sobre la base de un senado, integrado por la aristocracia y un consejo del pueblo formado por sus representantes, el voto secreto aparece ya en la idea de Harrington como medio de elección de los representantes. Asimismo, está de acuerdo con la libertad religiosa, la cual para el momento representaba en realidad una forma fundamental de la libertad de expresión.

LAS COLONIAS AMERICANAS

La obra de Harrington tuvo mayor influencia en América donde las constituciones de Pensilvania, New Jersey y Carolina toman una parte importante de sus ideas. No en balde Jefferson fue lector asiduo de Harrington, según el propio ejemplar que de él se conserva en la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América (*The Commonwealth of Oceanna*, 1656, dedicada por cierto a Oliverio Cromwell). La emigración colonizadora de los ingleses en América produce igualmente la paradójica confluencia del puritanismo intolerante, basado en las doctrinas del antiguo testamento y de influencia calvinista, y los postulados democráticos que retomaban la idea inglesa del pacto social, como origen de la organización política y, con ello, la defensa de las libertades individuales. En este sentido aparecieron diversos ordenamientos como el *Mayflower Compact* (1620), las *Funda-*

mental Orders of Connecticut (1639) y la *Newport Declaration* (1641). Surgen, por otra parte, obras privadas que exponen la teoría del pacto social (como el caso de Thomas Hooker en su libro *A Survey of the Summe of Church Discipline*, 1648).

Curiosamente, las ideas de organización política de las colonias inglesas en América fueron reflejo de su organización eclesiástica en la que los grupos de creyentes eran autónomos para elegir mediante voto a sus ministros, fortaleciéndose así la práctica del *self-government* y por ende la idea de la soberanía popular. Los postulados del contrato social que se extendían por las colonias fortalecieron la participación del individuo, tanto en la organización eclesiástica como en el ejercicio de gobierno. Esta concepción individualista fue el origen de la democracia americana que florece y se fortalece como se sabe a finales del siglo XVIII. Aunque es poco apreciado que las colonias tempranamente se empezaron a regir por acuerdos constitucionales, tal es el caso de la de Carolina, 1669, New Jersey, 1676 y Pensilvania, 1683.

HOBBS

Como se sabe, los fundamentos teóricos del pacto social y del Estado de naturaleza, como lugar de origen y fundamento de las libertades individuales, por lo menos como hipótesis de trabajo, encontraron sus más acabados exponentes en Inglaterra con Thomas Hobbes y John Locke. Aun y cuando es necesario considerar que de alguna manera estas ideas aparecían ya desde la antigüedad griega y romana, en donde las leyes de la naturaleza se consideraban una antítesis del derecho de la ciudad y los estoicos las identificaban con las leyes morales.

En Roma, en particular, el derecho natural se concibe como *ius Gentium* opuesto al *ius Civile*. Hemos visto ya que en la Edad Media se utilizó la clasificación tripartita de derecho natural, derecho divino y derecho positivo, subordinándose el derecho natural a la ley de Dios, prefigurándose en algunos momentos la idea de que el derecho natural tiene su fundamento en la razón ideal que posteriormente clarificara Hobbes al postular que el derecho natural es en realidad las normas que se derivan de la razón y que provienen de la naturaleza humana.

La idea del estado de naturaleza aparece con anterioridad a Hobbes en los escritos de Grocio:

La teoría del Estado de naturaleza es eminentemente histórica, pero no se llegó a esta tesis por un método histórico sino como un postulado necesario del derecho natural. Para concebir la autoridad y los derechos inalienables de los hombres sobre la base popular, fue necesario que se llegara, deductivamente, a la idea de una sociedad humana, en el origen, anterior a la misma autoridad y al derecho del Estado.²⁶

Como se sabe, el Estado de naturaleza se presenta en dos versiones: la primera la de un estado idílico afectado por la aparición de una autoridad que por la fuerza restringe las libertades individuales y la soberanía personal; la segunda, que es la que tomará Hobbes, donde el estado de naturaleza es un lugar violento y conflictivo en el que las libertades individuales ejercidas sin orden ni concierto provocan conflictos permanentes y del cual es indispensable por sobrevivencia salir mediante la formación de un Estado político, por lo que los individuos necesariamente

²⁶ Gettel, Raymond G., *op. cit.*, p. 651.

deben ceder su soberanía a favor de un tercero para beneficio propio.

Este soberano, creación necesaria para la subsistencia de la comunidad, sólo podrá ser depuesto, según Hobbes, en el caso de que no cumpla con el objeto fundamental de su creación y que es la de mantener el orden en la sociedad. Por cierto, como antecedentes inmediatos históricos cabría señalar, por supuesto, que las relaciones que se establecieron durante la Edad Media entre el señor feudal y su vasallo contenían de hecho un pacto que, aunque en condiciones desfavorables para el vasallo, le aseguraban a éste su sobrevivencia física y material, por lo que puede decirse que, intencionalmente o no, los pactistas en cierta forma describieron una realidad y le dieron una forma teorizada. Es decir, el esquema del pacto social existía, se aplicaba y operaba con razonable eficacia. No en vano Guillermo de Ocam reflexionara acerca de que tanto la propiedad privada como el gobierno civil tienen como base el consentimiento de los gobernados.

ESPAÑA

Por su parte, la escuela española de derechos humanos (Escuela de Salamanca) realizó diversas aportaciones en defensa de los derechos naturales, particularmente de los indios americanos, destacando en este debate, como se sabe, Bartolomé de las Casas y Francisco de Vittoria. La igualdad es de hecho reconocida por Vittoria derivada del derecho natural, al expresar en su libro *De Iustitia*: “por concepto natural todos los hombres nacen libres e iguales”.

Algunas otras expresiones destacables en el sentido del avanzado pensamiento que Vittoria había expresado en defensa de

las libertades, recopiladas en el *Corpus Hispanorum de Pace*, son las siguientes:

- En uso de las libertades los hombres se constituyen en comunidades y libremente eligen a sus propios gobernantes.
- El poder de los gobernantes se dirige exclusivamente al interés del pueblo sin perjudicar en nada su libertad.
- Todo hombre tiene derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.
- Todo hombre, sin distinción de raza, religión o cultura, tiene derecho a la propiedad.
- Nadie puede ser condenado sin haber sido oído y siempre por la autoridad pública y de acuerdo a la ley.
- Todo hombre tiene derecho a la fama, al honor, y a su dignidad personal.
- Nadie puede ser coaccionado a abrazar otra religión ni ser castigado por no hacerlo.
- Los pueblos indios son repúblicas soberanas y no están propiamente subordinadas a España ni forman parte de ella.
- Por derecho de gentes todos los hombres, indios o españoles, tienen igual derecho a la comunicación o al intercambio de bienes y servicios sin más limitación que el derecho natural.
- Todo hombre tiene derecho a la libertad de movimientos y domiciliación en tierra extranjera con tal de que se respete a los naturales del país.²⁷

Como mera referencia, sin embargo, es necesario destacar el enorme avance que hubo en España desde la época medieval en la formulación de los derechos humanos. Aunque se trata-

²⁷ Gómez Sánchez, Yolanda (coordinadora), *Los Derechos en Europa*, Madrid, Ediciones UNED, 2001, p. 33.

ba de regulaciones locales, cartas de población, fueros locales o generales y leyes dadas en cortes y juramentos de príncipes, no por ello su importancia es menor. Entre los derechos que generalmente se reconocían:

Se encuentran la Paz de la Casa en cuya virtud nadie, ni un funcionario puede entrar en ella para prender o ser hospedado contra la voluntad del dueño. Todos los súbditos gozan también de derechos penales —exención de responsabilidad solidaria— y procesales —ser juzgado sólo por Tribunales competentes—, recibir fallos justos, no ser encarcelados dando fianza, exención de pesquisa o pruebas vulgares, etc.²⁸

Entre los pactos e instituciones españolas destacables, por supuesto, sólo de manera breve referiremos:

-*Pactos e instituciones de los reinos de León y Castilla*, en los que el rey Alfonso X afirmó bajo juramento que haría sostener la justicia y la paz sobre el reino, “Articulándose en preceptos concretos, las garantías de los más importantes derechos de las personas como seguridad, domicilio, propiedad, actuación en juicio.”²⁹

-*Pactos e instituciones aragonesas*. En el que se limitó el poder real de los reinos de Aragón y Navarra:

Todavía más limitada que la monarquía castellana es la aragonesa, conceptuada como monarquía orgánica, porque entrañaba la división de poderes entre la aristocracia y el rey, cada uno con independencia de fueros. Esto dio carácter muy distinto en uno y otro reino a las declaraciones de derechos. En ambos hubo luchas

28 Castán Tobeñas, José, *Los Derechos del Hombre*, Madrid, Reus, 1992, p. 111.

29 *Ibidem*, p. 112.

entre las aristocracias y los reyes, mas hay la diferencia de que en Castilla parecían ser los fueros concesiones de los reyes, mientras que en Aragón significaban reconocimiento del derecho de los nobles con un matiz paccionado y algo análogo de los modernos derechos constitucionales.³⁰

Cabe destacar el Privilegio General de 1283:

Fue en este Privilegio la ratificación de las franquicias que constituían el Derecho consuetudinario de Aragón. Por ello ha sido calificado de base legal y paccionada de las libertades aragonesas y carta magna de esas libertades, que inicia todo un sistema de garantías que llegaron a superar la misma Constitución inglesa.³¹

Mención especial merece sin duda la institución del Justicia Mayor de Aragón, su función relevante fue la de mantener el imperio de la ley sobre conflictos de los individuos con el Estado, de un poder con otro o incluso de las cortes con el rey. Hacía efectiva la sumisión al Derecho incluso del rey.

Entre otras atribuciones del Justicia Mayor están las siguientes:

1. El proceso de inventario consistió en un real aseguramiento de muebles relacionados con un proceso.
2. El proceso de manifestación, por medio del cual se garantizaba la integridad de los sujetos y de los bienes inmuebles, lo que podría asimilarse a un *Habeas Corpus*.
3. El proceso de firmas del derecho, el cual se asimila a la institución moderna del embargo preventivo o precautorio de bienes, consistía en la posibilidad de tomar prendas en calidad de fianza, pero sin resolver sobre el fondo del asunto.

30 *Ibidem*, pp. 112 y 113

31 *Ibidem*, p. 113.

4. Proceso de aprehensión, consistía en la custodia provisional de inmuebles en tanto se resolvía el juicio.

5. Proceso de emparamiento, el cual consistía en un embargo que evitaba que un posible deudor se colocara en estado de insolvencia en perjuicio de acreedores. Este proceso lo podemos encontrar en prácticamente en todas las formas de concursos mercantiles modernos.

DEL DERECHO A LA LIBERTAD

Fue un derecho altamente apreciado durante el medioevo. En la cuarta partida, título 22, la libertad se reconoce en los siguientes términos:

Aman y codician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad cuando más los hombres que tienen entendimiento sobre todas las otras y mayormente aquellos que son de noble corazón.

Ley 1. Libertad es poder que tiene todo hombre naturalmente de hacer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero no se lo impida. Y puede dar esta libertad el señor a su ciervo en la iglesia o fuera de ella, y delante del juez o en otra parte o en testamento o sin testamento o por carta. Pero esto debe hacer por sí mismo y no por otro personero, fuera de sí lo mandase a hacer a algunos de los que descenden o suben por línea directa de él mismo.³²

Los derechos de residencia, inviolabilidad del domicilio y circulación se protegían claramente en el fuero de Logroño:

Ningún señor que bajo la autoridad del rey mandare en esa villa haga fuerza o violencia a los habitantes de ella... sino que perma-

³² Alfonso el Sabio, *Las Siete Partidas*.

nezcan siempre libres e ingenuos. Y si contrariando esa carta, un merino o sayón quisiere entrar a casa de un poblador, sea matado y por ello no se pague homicidio.

La época histórica, que empieza a partir del siglo XVIII, perfila a la modernidad en los diversos ámbitos de la vida del hombre, entre ellos la práctica y la teoría política. En el siglo XVIII aparece perfilada la filosofía de los derechos fundamentales que serán la base de lo que hoy conocemos y asumimos como derechos humanos:

La filosofía de los derechos fundamentales como tal, es algo nuevo en ese complejo conjunto de realidades que surge con este tránsito a la modernidad y alcanzará su plenitud de planteamiento originario en el siglo XVIII. Ahí termina definitivamente la Edad Media y empieza el mundo moderno. Uno de los fundamentos de esta afirmación es la filosofía de los derechos fundamentales.³³

Entre los precedentes medievales que es indispensable conocer para entender el Estado moderno, Gierke señala:

- a) Tendencia a extender y concretar conceptualmente las esferas de la comunidad suprema de una parte y del individuo de otra, a costa de todos los grupos intermedios.
- b) Crece lentamente la doctrina del contrato social. Se coincide en general en que originalmente reinaba un estado de naturaleza, sin Estado... Triunfa cada vez con mayor claridad la presunción de un fundamento contractual del poder del Estado, mediante la conclusión de un contrato de sumisión entre pueblo y gobernante...

33 Peces-Barba Martínez, Gregorio (codirector), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Madrid, Dykinson S.L., 2001, p. 20.

- c) La soberanía originaria del individuo es fuente de toda obligación política, lo que constituye la base para la construcción de los Derechos naturales del hombre, no incluidos en el contrato y por tanto inatacables para el Estado.
- d) El fin del Estado, en la línea del pensamiento clásico, de Platón y Aristóteles, será la vida feliz y virtuosa... la realización del bien público y de la moral cívica... Cada vez se combate más el monopolio cultural de la Iglesia reivindicando también para el Estado una vocación moral y espiritual independiente, hasta que finalmente se le llega a asignar el cuidado de todos los intereses de la comunidad sean materiales o espirituales...
- e) ...Así resultan del fin de la comunidad política innatos e inalienables derechos de soberanía del Estado, según el modelo plasmado desde antiguo en la Iglesia.³⁴

En la transformación política hacia la modernidad, en términos de la evolución jurídico-política, se han definido dos modelos: el llamado *continental* y el *inglés*:

- a) El modelo *continental*, que supone la progresiva sustitución de las bases de la organización política medieval y la construcción del Estado absoluto, aunque esto no sea obra de un día, ni tampoco desaparezca, en el Estado absoluto, todo resto de la organización política medieval.
- b) El modelo *inglés*, que supone la transformación, sin rupturas totales, de la organización jurídico-política medieval.³⁵

Diversos autores han apuntado que el término *Droits Fundamentaux* aparece en Francia durante 1770, gobernada por el

³⁴ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

³⁵ *Ibidem*, p. 38.

movimiento intelectual que desembocará en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. De hecho, las declaraciones de derechos aparecerán definitivamente hasta la edad moderna como consecuencia de experiencias políticas y corrientes doctrinales interrelacionadas. Dentro de los modelos señalados anteriormente cabe referir que la teoría democrática fue en Francia un instrumento de la revolución y fundamento filosófico de la misma, en tanto que en Inglaterra el sistema político permitió el arribo de formas democráticas insertándolas en la convivencia civil:

Las ideas de libertad personal y responsabilidad política tuvieron en Inglaterra tiempo de madurar antes de ser plenamente realizadas por el sistema democrático. La aristocracia privilegiada no había disfrutado de un poder indiscutido ni siquiera en los días culminantes de la reacción *tory*, ni constituía tampoco como en Francia, un sistema de apéndices inútiles de una burocracia centralizada.

La teoría de la democracia evolucionó así, tanto en Francia como en América, convirtiéndose en instrumento de ataque contra el poder irresponsable. Ninguna otra idea tuvo semejante poder dinámico para crear un espíritu revolucionario de derribar un sistema. La defensa fría y razonable de los derechos naturales que hizo Locke frente a las intromisiones de Jacobo II se convirtió, en manos de Rousseau y Thomas Paine, en espada flamígera capaz de destruir todas las limitaciones que se oponían a la voluntad popular. En resumen, Francia necesitó la teoría democrática para lograr la libertad; la Gran Bretaña no.³⁶

³⁶ Sánchez Ferriz, Remedio, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

Viene al caso recordar las palabras de Jacobo I cuando Sir Eduardo Coke, en ese momento *Chief Justice*, sostuvo el principio de soberanía del derecho: “Las prerrogativas absolutas de la Corona no están sometidas a la lengua de un abogado y es ilegal por tanto que se las discuta”.³⁷

Se dice que la fuente de inspiración de la Declaración francesa de derechos del hombre se encuentra en la Declaración de Virginia de 1776 y no en las ideas contenidas en el contrato social de Rousseau, argumentándose para ello que la filosofía roussoniana toma como base del contrato social la voluntad general y no los derechos naturales a los que hará referencia la declaración francesa.

Por supuesto que tal punto de vista no es compartido por los autores franceses, quienes derivan la Declaración de la corriente filosófica francesa que tanta influencia tuvo incluso en las guerras de independencia de la América Latina. Según Castán Tobeñas: “En general la Declaración de que se trata es expresión de la filosofía política de ese siglo, basada en la afirmación de un Derecho natural individualista que garantiza a los ciudadanos a través de las leyes, manifestaciones, a su vez, de la voluntad general contra los excesos del poder”.³⁸

Dentro de las características más relevantes de la Revolución francesa, Castán Tobeñas, siguiendo a Peces-Barba, señala las siguientes:

- 1) Constituye un caso paradigmático de formulación abstracta y racionalista de los derechos humanos como derechos naturales.
- 2) Está plasmado en un texto único, producto de varias redacciones, a diferencia de la declaración de Norte Americana.

³⁷ Gettel, Raymond G., *op. cit.*, p. 332.

³⁸ Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, p. 123.

- 3) Supone una ruptura total con la tradición histórica anterior a la legislación de la Monarquía.
- 4) Además de una Declaración de derechos, representa el núcleo del constitucionalismo moderno y sus principales postulados (separación de poderes, imperio de la ley, soberanía popular etc.).
- 5) Respecto de las Declaraciones norteamericanas, tiene un carácter más laico y en ella apenas aparecen referencias religiosas.
- 6) Reconoce la vinculación de los derechos a la Constitución, es decir, supone la necesidad de su postulación para la plenitud de tales derechos.
- 7) Trasciende del ámbito nacional puesto que se presenta con una vocación de universalidad y se ofrece como modelo a toda la humanidad.³⁹

Es poco conocido que hubo varios proyectos de declaración de los derechos del hombre. El 20 de agosto de 1789, los diputados presionados por el desorden imperante se abocaron a redactar la Declaración. Existía así un proyecto presentado por Sieyès, otro por Servan, otro por Creniére, otro por Bouche, otro por Condorcet, entre los más importantes. El proyecto final que se discutió, artículo por artículo, fue el elaborado por la sexta comisión y triunfó sobre el proyecto de Sieyès. Previamente se había designado sin éxito el 7 de julio un comité de constitución formado por las treinta comisiones, el 14 de julio un comité de constitución compuesto por ocho miembros y finalmente un comité de cinco personas nombrado el 12 de agosto, el cual, encabezado por Mirabeau, parecía ser la solución definitiva, pero fracasó.

³⁹ *Ibidem*, p. 125.

Cualquiera que haya sido el azaroso camino que dio como resultado la Declaración de 1789, el resultado fue en todo caso sorprendente. En efecto, el texto de 1789 es breve, claro en sus conceptos, innovador en sus preceptos; sin exageración, majestuoso. Votado en las sesiones del 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto y primero de octubre, aceptado por el Rey el 5 de octubre. Estos diecisiete artículos y su preámbulo, resumieron las aspiraciones del occidente cultural y modificaron en breves líneas, de una vez y para siempre, los derechos del hombre y su aspiración de libertad y dignidad ante el tirano y el poderoso.

No deja de sorprender cómo en un solo texto se pudieron clarificar, resumir preceptos y disposiciones que ya aparecían dispersas y vagamente perfiladas en otros textos jurídicos, como ya hemos brevemente referido. Los representantes del pueblo francés, constituidos en esa histórica Asamblea Nacional, asumen que los franceses y la humanidad en general tienen derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores a cualquier gobierno o sistema político, que han sido ignorados, olvidados y despreciados.

Aquella Asamblea iluminada logró a través de los siglos su objetivo, pues como lo quisieron, su Declaración ha recordado a los hombres y a los ciudadanos de todas las latitudes, sus derechos y sus deberes y los ciudadanos hemos fundado en principios simples e incontestables, nuestros derechos ante el poder político, pareciera incluso, como lo quisieron los asambleístas, que la Declaración la realizaron bajo los auspicios de un Ser Supremo.

El artículo primero es de suyo una revolución permanente, el llamado de libertad e igualdad que realiza no pudo ser mejor expresado: “Los hombres nacen libres e iguales en derechos y

las distinciones sociales no pueden fundarse más en la autoridad común”; votaron seguramente con emoción consciente y serena aquel puñado de ciudadanos que intuía sin duda el alcance histórico de sus actos.

El artículo segundo asume la preexistencia de derechos naturales imprescriptibles del hombre, debiendo ser el poder el súbdito de los mismos y garante de ellos; empero, el alcance histórico del artículo llegó más allá, define en una osadía jurídica, histórica y política, cuáles son esos derechos: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Doscientos años después, nadie se atrevería a agregar un sólo elemento a esta definición de derechos básicos, imprescindibles e insustituibles en la convivencia política, democrática de la humanidad.

El artículo tercero define la residencia de la soberanía. Siguiendo a Rousseau y a otros, pero mejorándolos, porque en dos líneas impide que nunca más alguien se declare soberano por encima de la nación. Los que lo han intentado, los tiranos, no han resistido el demoledor golpeteo permanente que desde la *salle des menus plaisirs* de Versalles, los ha perseguido implacablemente hasta derribarlos.

El artículo cuarto, siguiendo este impulso de osadía intelectual, define la libertad y sus alcances. En cuatro renglones los asambleístas franceses lograron lo que los sabios no pudieron en ríos de tinta:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro: por tanto, el ejercicio de los Derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

El artículo quinto es sorprendente porque define el alcance de la ley, dando fin así a interminables discusiones teóricas y políticas, sentando las bases sobre las cuales se ha legislado desde entonces en prácticamente la totalidad del orbe:

La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no debe ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.

El artículo sexto establece el origen de la legitimidad de la ley:

Es la expresión de la voluntad general.

Y a continuación se establece un principio democrático que nadie desde entonces se ha atrevido a violentar:

Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dirigencias, cargos y empleos públicos según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento.

El artículo séptimo establece la garantía de debido proceso legal:

Ningún hombre debe ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos establecidos en la ley y bajo las formalidades preescritas por ella. Aquellos que lo solicitan, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable.

Conjuntamente con el artículo séptimo, el artículo octavo termina por fortalecer la garantía de legalidad, proporcionalidad e irretroactividad de la ley:

La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sin una ley establecida anteriormente al delito y legalmente aplicada.

El artículo noveno por su parte establece la inapreciable presunción de inocencia y la protección ante la tortura y el abuso de la autoridad, que le ha servido al débil y al inocente para demandar el amparo y protección de la justicia:

Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

El artículo diez, conjuntamente con el artículo 11, establece los derechos de libertad de expresión, opinión y publicación de las ideas, así como de culto religioso. Así, el texto del artículo diez dispuso:

Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley.

Por su parte, el artículo 11 estableció:

La libre comunicación de las opiniones y de los pareceres es un derecho de los más preciosos del hombre: todo ciudadano

puede, por tanto, hablar, escribir y estampar libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Los artículos siguientes establecieron el derecho de propiedad, la separación de poderes, la responsabilidad en el ejercicio de la administración pública, la determinación pública y general de las contribuciones y el ejercicio de la fuerza pública en beneficio de los ciudadanos: “Instituir en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a la que le es confiada”.

Ninguna declaración posterior ha logrado superar los términos de la de 1789, sus autores estaban conscientes del alcance que le querían imprimir; así el asambleísta Duport expresó que la Declaración de derechos debía enunciar “los principios fundamentales que deben servir de base a todos los gobiernos”, y Terme añadiría y que harían “del pueblo francés el primero y el modelo de los pueblos”.

El derecho de libertad de culto que logró la asamblea bajo las condiciones que lo hizo fue sorprendente. Una cuarta parte de los integrantes eran eclesiásticos. Sin embargo, durante la sesión del 23 de agosto de 1789 los discursos de Mirabeau sobre la tolerancia religiosa y de Saint-Étienne sobre la libertad de cultos lograron influir de manera determinante en el estado de ánimo de los presentes.

En el caso francés la Declaración fue anterior y fungió como preámbulo de la Constitución. En el caso de los Estados Unidos de América, a diferencia de ello, los derechos humanos se establecen en enmienda, posteriores a la Constitución. Sin embargo, la declaración de independencia de Estados Unidos de 1776 contiene un párrafo que es reconocido como el primero

establecido por un orden constituyente en el que se asume las obligaciones que implican el reconocimiento de los derechos del ciudadano: “Consideramos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentra la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

La Constitución americana de 1787 no contenía su propia declaración, pero el congreso, reunido en 1789, aprobó las enmiendas (diez) al texto constitucional donde se estableció la garantía de los derechos.

De acuerdo con lo expuesto, el lector podrá seguir los antecedentes más importantes del surgimiento del Estado, en tanto ente del derecho público, desde los griegos hasta el constitucionalismo en Francia y en los Estados Unidos de América. De esa manera, se puede ver cómo vino aparejado desde las primeras constituciones la protección de los derechos humanos, como conquista de los gobernados. Dentro del núcleo mínimo de derechos que debían ser puestos a resguardo de la acción estatal se encontró el derecho a la libertad de expresión, que en algún momento estuvo vinculado al derecho a la libertad de culto.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALFONSO, el Sabio, *Las Siete Partidas*.
- ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Austral, 1941.
- BOBBIO, Norberto, "El modelo iusnaturalista", en *Origen y fundamentos del poder político*, México, Grijalbo, 1985.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los Derechos del Hombre*, Madrid, Reus, 1992.
- CLAVERO, Bartolomé, *Institución Histórica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- GARCÍA COTARELLO, Ramón, *Las Formas Preestatales de Dominación Política, Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, Teide, 1983.
- GETTEL, Raymond G., *Historia de las Ideas Políticas*, México, Editorial Nacional, 1979.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coordinadora), *Los Derechos en Europa*, Madrid, Ediciones UNED, 2001.
- MUGUERZA, Javier, "Ética, disenso y derechos humanos", en *Conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Editorial Arges, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (codirector), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Madrid, Dykinson S. L., 2001.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica*, México, Editorial Espasa Calpe, Colección Austral, 1998.
WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1979.