

## Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial

Por FRANCISCO CARPINTERO

Cádiz

SUMARIO. I. El problema planteado. II. En el siglo XVI se comienza a hablar de "Derecho natural". III. Se perfilan explicaciones más precisas. IV. Vico y Desing frente al racionalismo ilustrado. V. Los inicios de la Edad Contemporánea bajo el condicionamiento del racionalismo moderno. VI. A modo de conclusiones.

### I. EL PROBLEMA PLANTEADO

El rótulo de "Derecho natural suele ir asociado, de hecho, a la afirmación, o a la negación, de unas supuestas normas de justicia, que se consideran inmutables y eternas. En este sentido, Hans Kelsen, el impugnador infatigable durante casi todo el siglo XX de cualquier idea iusnaturalista, o de cualquier tesis afirmadora de la justicia, nos indica que "De las muchas significaciones que adopta la palabra "Naturaleza", especialmente en su forma adjetival "natural", para convertir de modo proteico su sentido en el opuesto, con lo que natural pasa a significar tanto como "justo", "exacto", "adecuado", viene aquí al caso ante todo aquella que resulta de su contraste con "artificial". Cuando se dice: una ordenación "natural", se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada "arbitrariamente", sino dada "por sí misma", y en algún modo *objetiva* es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo pero no obstante accesible al hombre como hecho fundamental, susceptible de ser conocida por el hombre; de un principio fundamental no producido originariamente por el entendimiento humano o la voluntad humana, pero susceptible de ser reproducido por ellos. Ese hecho objetivo, ese principio fundamental, es la "Naturaleza" o —en su expresión religiosa— personificativa— "Dios".<sup>1</sup>

---

1. *La idea del derecho natural*, en "La idea del derecho natural y otros ensayos". Trad. de F. AYALA. Editora Nacional. México, 1979, pág. 17.

“Sólo el contraste –prosigue Kelsen– entre Derecho natural y Derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro. También el Derecho positivo es una ordenación de la conducta humana; pero se distingue del “natural” en que es sólo “artificial”, esto es, creado por el hombre, y en cuanto tal aparece como simple obra humana. En tanto que procede de la insuficiente voluntad humana se presenta siempre, respecto del “natural”, como más o menos “arbitrario”. Y, por eso, en contraste con aquel, no es necesariamente justo, sino también injusto en alguna medida. En la ordenación “natural” encuentra la ordenación “artificial” positiva la medida de su valor o desvalor. Según el grado de su coincidencia o contradicción con el Derecho natural, el Derecho positivo es –contemplado desde el punto de vista del Derecho natural– un Derecho bueno o malo, justo o injusto”.<sup>2</sup> Para acabar de completar este cuadro, Kelsen nos advierte que “A la idea del Derecho natural como una ordenación “natural” corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las de la Naturaleza, Dios, o de la Razón; y que por ello no necesite de ninguna coacción para realizarlas”.<sup>3</sup>

Felipe González Vicén desarrollaba más pormenorizadamente este tesis, unos años más tarde, cuando escribía que “Hasta que aparece la “filosofía del derecho” a comienzos del último siglo, la reflexión filosófica sobre el Derecho había sido metafísica y ontología jurídicas, es decir, lo que tradicionalmente venía llamándose “Derecho natural”. Desde que, en la crisis de la polis ateniense, los sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres otras leyes “no escritas”, de validez intemporal y revestidas de sanción inmanente, la especulación jurídica se mueve en una línea uniforme hasta finales del siglo XVIII”.<sup>4</sup> Realmente, este juicio de González Vicén es más que discutible. Ya Alessandro Passerin d’Entrèves puso de relieve, en la monografía sobre el “Derecho natural” que de hecho ha sido más conocida y citada, que el *Naturrecht* de los modernos poco tiene que ver con el *ius naturale* de los juristas y teólogos medievales.<sup>5</sup> Yo mismo he dedicado varios estudios a mostrar cómo el “Derecho natural” de la Modernidad se agotó en una teoría acerca de la legislación positiva “correcta” según los postulados básicos de naturaleza individualista desde los que partían los filósofos de los siglos XVII y XVIII.<sup>6</sup>

2. *La idea del Derecho natural...*, cit., pág. 19.

3. *La idea del Derecho natural...*, cit., pág. 20.

4. *La “filosofía del derecho” como concepto histórico*, en “Estudios de Filosofía del Derecho”. Universidad de La Laguna, 1979, págs. 212-213.

5. Vid. su *Derecho natural*. Trad. de M. HURTADO BAUTISTA. Aguilar. Madrid, 1968, págs. 74 y ss.

6. Vid., por ejemplo, *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del derecho natural*, en “Persona y Derecho” 13 (1985) págs. 61-109, o bien *La independencia y la autonomía del individuo: los orígenes de la “persona jurídica”*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” Nueva Época, V (1988) págs. 383-410.

A través de ese malentendido sobre el decurso de la Historia de la Filosofía práctica se ha creado el mito de un ordenamiento jurídico “natural” eterno e inmutable fundamentado en bases “metafísicas y ontológicas” —como mantiene González Vicén— que discurriría paralelo en la Historia, junto con los Derechos positivos que se han ido sucediendo. Conviene explicar más detenidamente este punto.

González Vicén cita a Grocio quien, en el conocido texto de los *Prolegomena* de su “*De iure belli ac pacis*”, promete al lector ofrecerle un sistema de Derecho “natural” completo y acabado, que tendría la misma exactitud de las verdades matemáticas. Pufendorf, discípulo de Grocio en este punto, también pretende, al menos aparentemente, una empresa parecida en su *De iure naturae et gentium libri octo*. Al filo de estos testimonios, González Vicén explica que “Estos principios supremos, junto con las consecuencias implícitas en ellos, no solamente constituyen —como la denominación “Derecho natural” parecería indicar— “un Derecho al lado de otro u otros Derechos, sino que representan, al contrario, “el” Derecho en absoluto, un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamarse derivativo, como deducción o concreción de aquel”.<sup>7</sup>

En consecuencia, las tesis de Kelsen y González Vicén parecen ser dos; por una parte, que la teoría sobre el Derecho natural que ha existido desde los tiempos de los sofistas hasta la Edad Contemporánea, ha seguido una línea uniforme, y que ha consistido, fundamentalmente, en estudios de naturaleza ontológica o metafísica que, precisamente por este índole suya, sólo podían producir un conjunto de normas “naturales” tan inmutables y eternas como el “ser” en el que se fundamentaban. De otro lado, según la forma de pensar que encarnan estos autores, la teoría iusnaturalista habría propuesto, durante milenios, un ordenamiento jurídico completo que habría discurrido paralelo a “las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo”, según la expresión de González Vicén.

No deja de ser chocante —dicho sea de paso— que tanto uno como otro autor —que siguen estrechamente la doctrina kantiana sobre el “derecho positivo”— sólo conciban al Derecho positivo como un Derecho arbitrario —adjetivo con el que se quiere decir, según el sentir común, que ha sido creado arbitrariamente. Parecen no entender que entre lo ontológico o lo “metafísico”, tal como ellos entienden estas palabras, y lo arbitrario, existe un tercer plano independiente y, al mismo tiempo, dependiente de

---

7. La “filosofía del derecho” como concepto histórico, cit., págs. 213-214.

ambos, que es el nivel de lo prudencial. Este sería el plano de, por ejemplo, la "Ética a Nicómaco", en donde Aristóteles no propone ni evidencias metafísicas ni ocurrencias arbitrarias.

Por este camino, falto de matizaciones que son fundamentales, se llega al dilema de proponer o bien que hay que admitir un "Derecho natural" como un ordenamiento jurídico más o menos completo, compuesto de normas inmutables, o bien que no existe en absoluto una base ontológica suficiente que permita asegurar la justicia de una decisión jurídica. En el contexto de esta mentalidad, el prejuicio de la inmutabilidad parece jugar el papel decisivo, ya que la idea de "Derecho natural" va asociada, de facto, a la de norma inmutable.

Esta tesis, así expuesta, "llevó la idea del Derecho natural a un grado tal de racionalización, que parecía olvidar las múltiples variedades de circunstancias concretas en que lo jurídico se manifiesta históricamente, explica Rodríguez Molinero. Estas circunstancias fueron la causa de que la reacción promovida por la llamada Escuela histórica en la primera mitad del siglo XIX fuera, no sólo normal y previsible, sino incluso necesaria".<sup>8</sup> Ciertamente, esta explicación sumaria de Rodríguez Molinero puede ser enriquecida con nuevos datos acerca de la crisis del llamado por su época "Derecho filosófico", pero no es ahora el momento de entrar en este problema.<sup>9</sup>

Sin embargo, la corriente historicista no ha sido capaz de acabar con el "Derecho natural". Tras un paréntesis a lo largo del siglo XIX que, más que atormentado, a veces llegó a ser pintoresco, la mentalidad que representan los estudios de Cathrein y Rommen primero, y, más tarde, los abusos contra la Humanidad cometidos en la II Guerra Mundial, llevaron a buscar un criterio de justicia de algún modo superior a la simple legalidad establecida. El tópico más usado, en esta tesitura, fue el de "Derecho natural", en un primer momento, ya que se consideró que por encima de la legislación positiva, habría de existir un Derecho "natural o racional, o como queramos llamarlo", según explicaba Radbruch casi patéticamente en *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*.

Más tarde, ya en los años sesenta, cuando el movimiento *iustnaturalista* que se había desarrollado en los dos decenios anteriores, que historió espléndidamente Rodríguez Molinero, había perdido su vitalidad, apareció la doctrina de los Derechos humanos, no siempre de forma pacífica, entre los defensores de la tesis de existencia de una justicia superior al *arbitrio* del legislador estatal. En efecto, unos como Michel Villey o Barret-Kriegel, no aceptan el excesivo individualismo conteni-

8. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973, pág. 67.

9. Está ahora en prensa mi estudio *Los orígenes del positivismo jurídico*, donde estudio más detenidamente este problema.

do en la ideología de los derechos; otros, aunque sí aceptan de buen grado las diversas “Declaraciones de derechos”, entienden que en preciso superar el simple consenso que hizo posibles fácticamente estas “Declaraciones” y buscar la base ontológica o metafísica en la que se fundamentan, no vaya a suceder con los derechos lo mismo que cuenta el mito de Venus, la diosa de carne y hueso que nació de la espuma del mar. Este último sería el caos de Andrés Ollero o Javier Hervada, por ejemplo, entre otros.

El conjunto de estos autores, bien defiendan la *Justicia* frente al individualismo de las “Declaraciones de derechos”, bien propugnen estudiar la base ontológica en que éstos se fundamentan, componen, de hecho, la corriente iusnaturalista más reciente. Destaca en este nuevo iusnaturalismo, que continúa en buena medida los esfuerzos anteriores de Fechner, Maihofer, Brünner o Ritter, y que acepta de buen grado las sugerencias metodológicas de Esser, Viehweg o Kaufmann, el intento de compatibilizar las exigencias de la mutabilidad que necesariamente impone la Historia, con la tesis de que la Justicia no está sometida al azar histórico, sino que posee una base ontológica sólida, que la sustrae al capricho colectivo, al simple arbitrio, y le proporciona una objetividad real. Podemos decir que ha caído definitivamente el mito del “Derecho natural” entendido como un ordenamiento inmutable que se desarrolla paralelo a la historia de los hombres, sin mezclarse en ella.

Sin embargo, continúan los malentendidos por parte de aquellos autores que niegan la posibilidad de una fundamentación real, llámesela metafísica u ontológica, de la Justicia. Efectivamente, un sector mayoritario de la doctrina actual sobre Filosofía del Derecho, se resiste a admitir cualquier fundamentación “metafísica”, quizá porque esta misma palabra les suena a sotana de dominico tomista, y no aceptan ni a Tomás de Aquino ni a lo que él representa.

En este forcejeo, se mira al “Derecho natural” más reciente del mismo modo que se contempla y critica a un jovencito con *jeans* —se trataría de un iusnaturalismo que quiere presumir de joven y adecuado a los tiempos— ya que este “Derecho natural” *light* —uso expresiones que se oyen a veces— quiere intentar la aventura imposible de cuadrar la idea del Derecho natural (que se supone siempre inmutable) con las exigencias variables de la Historia. De esta forma, se buscaría un producto vendible que sólo será vendido de hecho —y esto es lo más grave— a quienes están dispuestos ya previamente a aceptarlo.

Planteadas así las cosas, me parece que una forma, entre otras, de abordar el tema es la de averiguar si los juristas de formación romanista —que se opusieron a la rigidez normativa del *ius naturale* moderno ya desde el siglo XVI— hablaron del Derecho natural y lo entendieron como un ordenamiento jurídico eterno e inmutable que discurriría paralelo a la Historia sin contaminarse con ella, al margen, pues, del Derecho positi-

vo. O bien si estos juristas –con los que comienza la Filosofía del Derecho ya en el siglo XVI<sup>10</sup>– establecieron una doctrina sobre la Justicia, también llamada “Derecho natural”, en la que el dato positivo, lejos de quedar al margen, es un ingrediente esencial en la fundamentación no-arbitraria de la decisión justa.

Porque bien pudiera suceder, a la vista de cómo discurrió la historia, que la tesis que afirma la existencia de un ordenamiento jurídico “natural” inmutable haya sido un invento de los filósofos, no de los juristas, de la Edad Moderna y Contemporánea. En tal caso sería especialmente interesante volver la vista atrás, para comprender cómo unos juristas de formación romanística, prudencial, que afirmaban los primeros principios de la “razón práctica” compatibilizaron la Historia con el Derecho y, en general, con la justicia.

## II. EN EL SIGLO XVI SE COMIENZA A HABLAR DE “DERECHO NATURAL”

Es bien sabido que los Humanistas que representan el “Renacimiento” de los siglos XV y XVI rechazaron la jurisprudencia medieval entonces existente, a la que reprocharon, entre otras cosas, el pésimo latín en el que estaba redactada y la excesiva extensión y complejidad de los libros jurídicos, que convertía al Derecho en una maraña inextricable, según ellos.<sup>11</sup>

Los juristas que captaron las exigencias renacentistas reaccionaron pronto, con Zazius y Alciato como pioneros, y a comienzos del siglo XVI comenzaron a hacer análisis filológicos e históricos sobre manuscritos fiables del Corpus Iuris Civilis; esta corriente de historiadores y filólogos del Derecho romano dió origen al movimiento que se conoce como *mos gallicus*, en razón de que Alciato enseñó en la Escuela francesa de Bourges.<sup>12</sup> Sin embargo esta corriente metódica, con su insistencia en el estricto estudio histórico del Derecho romano, acabó, por así decir, *historificando* a este Derecho que, de este modo, ya en el siglo XVI, comenzó a ser visto como el ordenamiento jurídico propio de Roma, comunidad política que existió en tiempos remotos, y que ya no existía. En el marco de esta mentalidad, ¿qué título podía alegar el *ius commune romanorum* para hacerse valer como un Derecho “vigente”?<sup>13</sup> De este modo, el *ius commune* perdió su validez jurídica en buena medida, y se impuso la necesi-

10. Conring escribía que “Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimum hunc civilis Philosophiae locum serio et data opera aggressus est V.C. JOACHINUS HOPPERUS, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plane imbuto animo”. Dfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*. Helmstadii, 1653, pág. 146.

11. Vid. mi estudio “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista, en “*Ius Commune*”, VI (1977) págs. 121 y ss.

12. Vid. “*Mos italicus*”..., cit., págs. 124 y ss.

13. Vid. “*Mos italicus*”..., cit., págs. 130 y ss.

dad de encontrar un nuevo ordenamiento jurídico que supliera el hueco que había dejado el Derecho común.

En este sentido, los Humanistas de comienzos de siglo XVI habían insistido en la necesidad de buscar una nueva “idea del Derecho”, una nueva *aequitas* que sustituyera la maraña casuística romano-medieval,<sup>14</sup> se trataba, según ellos, de crear un nuevo Derecho que fuera sencillo, claro, asequible, ya que no se fundamentaría más en la autoridad irracional de los juristas (romanos y medievales), sino que sería obtenido —como proponía Cicerón— *ex intima philosophia*.

Los integrantes del *mos gallicus* habían fracasado en su empeño de renovar la jurisprudencia, toda vez que habían acabado siendo eruditos, historiadores y anticuarios, del Derecho romano. Otros juristas, ante la crisis planteada, comienzan, por primera vez en la historia de la *jurisprudencia*, a estudiar cuestiones muy generales relacionadas con el Derecho, tales como la noción de *ius*, de *lex*, del *ius naturale* o del *ius civile*, etc. De esta forma, los juristas se ocupan de explicar qué es la *iustitia* y qué es el *ius naturale*, qué es el *ius positivum* y qué relaciones guardan entre sí estas nociones.

En este sentido, Johann Oldendorp, que fue uno de los primeros juristas en hacer indagaciones sobre las cuestiones jurídicas más generales, no contrapone el Derecho natural al Derecho positivo. En efecto, al explicar el parágrafo *Sed naturalia* de la Instituta, en donde se afirma que “Los derechos naturales siempre permanecen firmes e inmutables”, Oldendorp explica que estos *iura naturalia* fundamentales, que constituyen los *prima principia* de la actuación práctica del hombre, se encuentran grabados en el corazón y en la mente de los hombre, porque éstos son tablas vivas de la Ley e imagen de Dios.<sup>15</sup> Esta jurista dedica poca atención al estricto *ius naturale* y, por este hecho, sus ideas sobre el “Derecho natural” las encontramos preferentemente en sus explicaciones acerca de la naturaleza del Derecho positivo o *ius civile*. Sucede que él entiende que la definición de Ulpiano del Derecho como *ars boni et aequi* (definición que él la refiere al Derecho positivo) es correcta porque “el Derecho civil no es más que la determinación del Derecho natural”.<sup>16</sup> Efectivamente, todo el Derecho se presenta ante Oldendorp como una determinación, *determinatio*, de los principios generales naturales, de origen divino, de modo que, desde tales principios, naturales y divinos a la vez, se procede

14. Vid. G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*. Helbing and Lichtenhahn. Base, 1960, págs. 55-68 y 194-226. Se trata de un estudio especialmente completo sobre la nueva “idea del Derecho” en la jurisprudencia *culta* del siglo XVI.

15. “Sed ubi nam sunt talia iura per divinam providentia constituta? Certe in corde, et in mente hominis, velut in quibusdam vivis tabulis ad imaginem Dei creatis”. Cfr. *EISAGOGE seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*. Edición de Vindebonae de 1758. La edición original es de 1539.

16. “Recte quidem ille; Nam ius civile nihil aliud est, quam determinatio iuris naturalis”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Titulus IV, parágrafo I.

hasta el Derecho positivo, los *capita humanarum*, es decir, el Derecho de gentes, las constitutiones de los magistrados y las costumbres de cada nación.<sup>17</sup> Consecuentemente, el *ius civile*, esto es, el Derecho positivo propio de cada comunidad política, que se extiende a las diversas y diferentes circunstancias humanas —explica él—, que se manifiesta en las sentencias de los magistrados, no es sino una determinación probable del Derecho natural,<sup>18</sup> de modo que todo Derecho positivo tiene el rango de “Derecho natural probable”.

Así pues, según Oldendorp, no existe un “Derecho natural” que sea cosa distinta del Derecho positivo, ya que este último no es más que una concreción o determinación de los primeros principios naturales y divinos,<sup>19</sup> de modo que primeros principios y razón humana aplicada a las circunstancias concretas se funden en su solo tipo de Derecho: el propio de la jurisprudencia o “ciencia del Derecho”, llamada entonces *civilis scientia*, y por este motivo, explica Hohann Oldendorp, cuando encontramos las palabras “es injusto” (*incivile est*) no nos referimos en especial a una transgresión contra el Derecho que usamos hoy, que es aquel que nos enseña la *civilis ratio*.<sup>20</sup> Esta “razón civil” es, pues, la razón jurídica humana, la única razón jurídica que existe, que nos enseña lo que es justo o injusto, con absoluta independencia de si el intérprete se remite, para fundamentar la justicia o la injusticia de una decisión, al Derecho natural o al Derecho “civil”: en cualquier caso, la *ratio* es la misma.

Conrado Lagus, otro jurista “culto” de mediados del siglo XVI, explica que la “doctrina del Derecho” se ocupa de explicar las causas por las que estamos obligados a obedecer las normas jurídicas.<sup>21</sup> Como es usual en aquel tiempo, él entiende la obligación o el deber de obedecer al Derecho en el sentido teológico-moral corriente en el siglo XVI, de modo que la “compulsión” para obedecer al Derecho positivo no proviene primariamente, como pretende Kelsen refiriéndose a estos auto-

17. “Denique ex his intelligere potes, quid sit, quod dixit idem Ulpianus: Ius est ars boni et aequi. Si ars: ergo constat ex praeceptis, sed praecepta oportet esse certa... Quaenam est ista levis, et simplex via, nisi incipere primum a naturalibus, et divinis praeceptis? deinde progredi ad capita humanarum, et demum ad alias gentium, et Magistratum Constitutiones, et mores patrios”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo V.

18. Ius enim positivum est sententia magistratus, quae ex variis rerum mundanarum circumstantiis extendit, et determinat ius naturale probabili quadam ratione”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo XII.

19. Es posible que la referencia de Oldendorp a los *divina principia*, que no encuentro en los otros autores de esta época, se deba a su condición de protestante, con el consiguiente biblicismo propio de los reformadores.

20. “Inde toties in iure reperies haec verba: incivile est: item neque naturale, neque civile est: hoc iure hodie utimur: civilis ratio suadet”. Cfr. *EISAGOGE...*, cit., Epilogus, parágrafo 12.

21. “Proinde neminem spero improbatum nostrum consilium, quod doctrinam iuris in haec duo genera controversiarum distinguimus, ut alterum dicamus versari circa inquisitionem causarum, propter quas nos illi obstricti necessario pareamus”. Cfr. *Methodica iuris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, pág. 3.

res,<sup>22</sup> de la coacción física, sino que tal compulsión posee, ante todo, una naturaleza moral. El problema que preocupa a Lagus es el de la causa suficiente para que una norma jurídica pueda pretender exigir obediencia; no basta, según él, con el estudio del Derecho existente históricamente, pues ésta no es sino una tarea de índole histórica.<sup>23</sup> Así pues, Lagus apunta a dos elementos de la vigencia o validez jurídica: la causa filosófica y la forma histórica. Notemos ahora que Lagus hace descender las “causas” jurídicas al plano del Derecho positivo o del Derecho “civil”, es decir, al de la *Jurisprudencia* que, como ya hemos visto a propósito de Oldendorp, sigue siendo considerada como una *divinarum atque humanarum rerum notitia*, en donde no hay distinción nítida entre los elementos “naturales” o provenientes del “Derecho natural”, y el *ius civile* de origen humano. De hecho, Lagus, cuando se pregunta por las causas del Derecho alude a “quacumque a natura, publica autoritate, aut consuetudine, sive moribus utentium probantur”.<sup>24</sup> Las causas “naturales” quedan equiparadas, y revueltas, con las que son de origen humano, tales como los mandatos de la autoridad pública o las costumbres jurídicas. No existe, pues, un plano superior al Derecho “positivo”, que sería el del “Derecho natural”, desde el que se derivara la validez de las normas del Derecho civil; existe únicamente la *Jurisprudencia*, que es el arte (*ars*) de la justicia y de la equidad y que, lejos de escindirse en un razón “natural” y necesaria, y en otra “humana” o arbitraria, se nutre de una única *ratio* que contiene en sí todos los elementos de la argumentación jurídica de aquel tiempo. Lagus pone explícitamente de relieve esta idea cuando explica que el “Derecho natural” viene constituido por el *sensus naturae* y por el juicio de la razón,<sup>25</sup> de la misma razón de la que procede y en la que se fundamenta el Derecho de origen humano. Por esto, los datos “naturales” no constituyen como axiomas desde los que se derivara la validez de unas reglas deducidas desde ellos; se trata, más bien, de principios (en aquella época llamados *regulae*, y que Josef Esser denomina, ahora, *Grundsätze*) que se encuentran en todos los niveles y planos del razonamiento, haciendo posible una corrección constante, y no solamente *ab initio*, del argumento en cuestión.

De hecho, Jean Corasius, cuando se plantea el tema de los axiomas jurídicos supremos, indica que tales *axiomata* no proceden tanto de la

22. Vid. *La idea del Derecho natural*, cit., pág. 22, entre otros lugares.

23. “Alterum verum consistere in perquirendis formis quas in singulis negotiorum et delictorum humanorum speciebus pro iure observare leges volunt... Caeterum prior pars doctrinae iuris est philosophica, hoc est, verum, et rationes omnis iuris quantum humana mens assequi potest, inquirens. Altera pars doctrinae iuris, quam diximus praescribere iuris formas... historica est”. Cfr. loc. cit.

24. Vid. *Methodica iuris...*, cit., pág. 7.

25. “Nam cum ius naturae sit, quic quid ex naturae sensu, et iudicio rationis, nos aliis debere intelligimus”. Cfr. *Methodica iuris...*, cit., pág. 21.

Naturaleza (non tam Naturae) como de la razón y de la autoridad civiles, esto es, del uso común de los mortales, de modo que la difusión y aceptación de que gozan hacen innecesaria cualquier demostración de ellos.<sup>26</sup> Existe, pues, en la Jurisprudencia, una sola razón, la *civilis ratio*, que acoge a todo tipo de axiomas o *regulae*, sean positivos, sean provinientes de los primeros principios de la razón práctica, que era lo que entonces se entendía por Derecho “natural” entre los juristas de formación romanista.

La *civilis prudentia* es, pues, un arte de argumentar, en el que los principios, axiomas o *regulae*, que confluyen con las normas de origen positivo, tienen un estatuto normativo deliberadamente impreciso, de modo que la *civilis ratio* abarca en sí tanto los datos “naturales” como los positivos, porque, en definitiva, todos ellos están puestos al servicio de la justicia del caso. Nicolás Vigelius nos explicaba, en este sentido, que es un error intentar buscar las causas en las leyes, como algunos pretenden hacer; es preciso buscar las leyes de las causas,<sup>27</sup> ya que las causas son infinitas; en efecto, aunque algunos reconocen que es preciso tener en cuenta —en el momento de la decisión jurídica— a los tiempos y a las personas, entienden, sin embargo, que las causas dependen, tipificadas, de los tipos o géneros de problemas;<sup>28</sup> este planteamiento es incorrecto —mantiene Vigelius— porque existe una multitud infinita de causas, de modo que si las causas las situamos en las personas, habrá tantas causas como hombres.<sup>29</sup>

Esta mentalidad que reflejan y, en algún modo exponen, estos autores, estaba muy extendida en la segunda mitad del siglo XVI. A título de ejemplo, vemos cómo Francisco Balduinus explica con toda naturalidad, sin polémicas, que la Historia, en la que debe fundamentarse el Derecho, nos muestra una sucesión infinita de individualidades,<sup>30</sup> desde

26. “Iuris principia secundaria, sunt certa quaedam axiomata, et definitiones, seu regulae, quae non tam Natura, quam civile aliqua ratione et autoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animus diffunduntur, quae et si plerunque vera sunt, nec valde egeant demonstratione”. Cfr. *Tractatus de iuris arte*. Coloniae Agrippinae, 1582, pág. 99. Corasius habla de principia secundaria, y esto podría llevar a pensar que existen unos “principios primarios del Derecho natural”, desde los que se derivarían estos otros principios secundarios; no es así. Los principios primarios a que este autor alude son simplemente lo que expone Ulpiano, los más genéricos imaginables y, por ello, su función argumentativa es escasa o nula: “Tres ergo sunt Iuris praeceptiones, Honestè vivere, Alterum non laedere, et Ius suum cuique tribuere”. Cfr. op. cit., pág. 96.

27. “Perperam faciunt, qui causas in circumstantiis considerant, non ad genus universum referent, et sic non causas legibus, quae generaliter conscriptae sunt, sed leges causis, eas in pravos sensus detorquentes accomodent, ignari omnes causas sine hypotheses ex aliqua thesi pendere”. Cfr. *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de Iure omnium certissima*. Francofurti ad Moenum, 1598, pág. 38.

28. “Nam etsi incurrunt tempora et personae, tamen intelligendum est non ex iis, sed ex genere quaestionis pendere causas. Sed hoc nihil ad me”. Cfr. *Ratio iuris discendi...*, cit., pág. 41.

29. “Illud ad me, ac multo etiam magis ad vos, Cotta noster et Sulpitii: quomodo nun se istorum artes habent, partimescenda est multitudo causarum, est enim infinita. Si in personis ponitur, quot homines, tot causea”. Cfr. *Ratio iuris discendi...*, cit., ibidem.

30. “Sed profecto, qui intelligunt, quaenam sit rerum humanarum successio et veluti concatenata consecutio: nae ille naturalem quandam (ut jurisconsultorum verbo utar) individuitatem perpetuae historiae esse sentium”. Cfr. *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudenciae coniunctione libri II*. Halae, editio nova de 1726, pág. 47.

las que no podemos, desde luego, obtener normas inmutables. Y Francois Hotmann, éste sí en tono decididamente polémico, dedica el libro I de su *Antitribonianus*, a declarar insistentemente que así como la dieta que prescribe el médico debe acomodarse al cuerpo, y no éste a aquella, así el Derecho ha de adaptarse a las circunstancias, de modo que las leyes deben acomodarse a la República, no ésta a las leyes; esto provoca, según Hotmann, que las leyes que son válidas en una Monarquía, sean inútiles en otra, del mismo modo que los medicamentos no son adecuados a todos los hombres sin tener en cuenta el sexo o la edad.<sup>31</sup>

Por tanto, la razón civil, la *civilis ratio* que hace posible el Derecho y la Justicia opera simultáneamente con principios y normas jurídicas, y no importa nada a estos juristas que tales normas y principios provengan del *ius naturale* o del *ius civile*. Lo único relevante es que, mediante ellos, se hace justicia en cada caso concreto, y la justicia, según la mentalidad que expresan estos autores, no es patrimonio exclusivo del Derecho “natural” o del ordenamiento “civil”: más bien es común al juego conjunto de ambos, sin el cual no podría existir solución justa.

### III. SE PERFILAN EXPLICACIONES MÁS PRECISAS

Durante la segunda mitad del siglo XVI se habló mucho del “Derecho natural”, sin que, al parecer, nadie pudiera explicar con precisión en qué consistía esta nueva Idea del Derecho que se presentaba como candidata para sustituir a la Jurisprudencia del *Ius Commune*. Fernando Vázquez de Menchaca publicó en 1559 sus “Controversias ilustres”, libro en el que él asume la mayor parte de las tesis y postulados *iusnaturalistas*, tales como la consideración exclusiva del individuo aislado en el “estado de naturaleza”, la formación de la sociedad mediante un “contrato social”, la concepción de la sociedad política como una *societas assecuratoria* de los “derechos naturales” que, según él, eran desconocidos en la mayor parte del mundo, etc. Pero Vázquez ha quedado tan sólo como un precedente significativo y valioso porque él no asumió las exigencias sistemáticas que se estaban lanzando a la ciencia jurídica desde comienzos de siglo; sus “Controversias ilustres” eran, pues, demasiado deudoras aún de las obras casuísticas romanas y medievales. Más tarde, cuando Hugo Grocio publique su *De iure belli ac pacis*, la jurisprudencia nueva que pretendía encarnar esta también nueva “Idea del Derecho”, se reconocerá y tomará conciencia de su propia identidad gracias a esta obra

---

31. “Eruditi omnes hoc ab omni aevo regulam servarunt, et approbarunt, debere leges quas-cunque statui, et formae Reip. accomodari, non Remp. legibus... Leges enim constituunt ad conservandam in sua forma, et qualitate Rempubliam: quemadmodum diaeta, et vivendi ratio a Medicis praescribitur ad conservationem corporis, cui iuxta habitum, et naturam ipsius commoda esset debet diaeta, non corpus diaetae... Et consequenter, unius Monarchiae leges saepe inutiles sunt alteri, haud necus, quam medicamento non quaevis quibuslibet hominibus conveniunt ut ut eiusdem sexus, aetati, et nationis sint”. Cfr. *Antitribonianus*, edición de Pisa de 1771, cap. I.

de Grocio, que no se despega de Vázquez de Menchaca sino en la exposición de sus contenidos, ya que Grocio pretendió hacer un libro sistemático; no consiguió esto último, porque el *De iure belli ac pacis* deja mucho que desear desde el punto de vista sistemático, pero la ordenación externa que este holandés dió a su escrito fue suficiente para adquirir el prestigio necesario. De este modo, la *iuris naturalis scientia* comenzó a andar al final del primer tercio del siglo XVII.

Entretanto, es decir, en los años que discurren aproximadamente desde 1570 a 1650, los juristas del *Ius Commune* hicieron un gran esfuerzo por explicarse a sí mismos y a sus lectores el método que ellos mismos seguían. Gracias a este hecho, y gracias también a las consideraciones que hacen a propósito del “Derecho natural”, tema que inexcusablemente debía ser tratado entonces porque estaba muy de moda, disponemos hoy de un conjunto de explicaciones acerca de la naturaleza del *ius naturale* especialmente valiosas.

Ciertamente, a lo largo del siglo XVI había habido una extensa y profunda teorización acerca del Derecho, que había realizado los escolásticos españoles que integran el movimiento conocido como “Segunda Escolástica”. Pero estos escolásticos habían centrado sus explicaciones en el tratado de las leyes que se contiene en la I-II de la “Suma Teológica” de Tomás de Aquino; por este motivo, sus obras son especialmente relevantes para todo lo que hace referencia al origen, fundamento, naturaleza y límites del poder político, así como de sus leyes, pero, quizá porque estos escolásticos no eran juristas, no centraron su atención en la estructura interna del razonamiento y de la decisión jurídica. Fueron, pues, más bien filósofos del poder político que no del Derecho. A pesar de que solían titular a sus tratados con el rótulo de *De iustitia et iure*, poco encontramos en ellos acerca de la “justicia” y del “Derecho” o *Juriscientia*. Esto último viene tratado en la II-II de la “Suma teológica” de Tomás de Aquino, en el tratado de la justicia y, como indico, los escolásticos tendieron preferentemente a estudiar y comentar el tratado de las leyes. Por este motivo, es más claro Suárez cuando titula a su obra más conocida como *Tractatus de Legibus*. Pero sucedía que en el cambio de siglos del XVI al XVII se había perdido de vista a la Ciencia del Derecho (*civilis sapientia* o *Juriscientia*) y, bajo el influjo racionalista específicamente moderno, lo que se imponía era hablar de las leyes del “Estado” que ya se estaba configurando en el plano doctrinal.

De esto se desprende que el periodo que indico, entre 1570 y 1650 aproximadamente, ha constituido el Siglo de Oro de teoría de la ciencia jurídica prudencial y casuística, esto es, de lo que podemos llamar abiertamente la “Filosofía del Derecho”. Francisco Connanus, Pierre de la Grégoire, los hermanos Joaquín y Gregorio Hopper, Hermann Conring o Hugo de Roy ofrecieron unas explicaciones del método jurídico que, si bien no responden plenamente a los problemas que tenemos planteados a finales del siglo XX, ofrecen el encuadre necesario para entender con

profundidad las explicaciones actuales de Esser, Viehweg, Kaufmann y también, en cierta medida, de Dworkin, entre otros mucho filósofos del Derecho que se podrían citar.

Pierre de la Grégoire, más conocido como Gregorius Tholosanus, explica que los “derechos naturales” (*iura naturalia*) a los que alude al parágrafo de la Instituta “Sed naturalia quidem iura”, son, ciertamente, incorruptibles e inmutables, tal como indica el texto romano; pero así como es natural nacer, también en natural que, al sobrevivir causas contrarias, algo se corrompa por estas mismas causas.<sup>32</sup> “Y yo observo —escribe Tholosanus— en el Derecho natural, que este Derecho es inmutable en la medida en que permanece como Derecho, esto es, mientras que lo justo natural (*iustum illud naturale*) tiene razones y equidad que lo constituyen en justo; y ciertamente, cambia, si cambiados los fundamentos de la razón y de la equidad, lo justa desaparece (*iustum dissoluitur*). Cosa que sucede cuando las razones que lo constituían en justo, sobrevenidas causas nuevas, comienzan a disminuir y son superadas por otras de mayor equidad, de modo que lo que antes era provechoso comienza ahora a ser nocivo y pernicioso”.<sup>33</sup>

Como podemos observar, Tholosanus no concibe en modo alguno al Derecho natural como un ordenamiento jurídico inmutable; más bien al contrario, “lo justo natural” parece que, según él, lo constituye el jurista a la vista de las circunstancias que aconsejan una decisión mejor que otra, de modo que esta justicia “natural”, por venir constituida y determinada por las circunstancias, cambia al compás de ellas según un criterio de utilidad. Tholosanus, al escribir así no establecía una tesis nueva; el verdadero autor de este modo de considerar el *ius naturale*, había sido Francisco Connanus. Este autor escribía que “Este pasaje de Aristóteles me ha enseñado que no puedo ordenar mi pensamiento si no atribuyo una doble naturaleza al derecho natural, una basada en la equidad, y otra en la utilidad. El primer derecho (el basado en la equidad) se dice que es derecho natural verdadera y propiamente, que es el que prescribe a todos los hombres la razón natural, y que es inmutable y eterno. El segundo derecho, que es tal porque versa sobre la utilidad... no ha sido constituido tanto por la naturaleza mismo como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, es una parte del Derecho natural”.<sup>34</sup>

32. “Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causis corrumpi”. Cfr. *Syntagmatis iuris universi*. 4 edición, Venecia, 1593, Pars II, Liber XI, parágrafo 7.

33. “Atque in iure naturali et illud observo, ius naturale esse immutabile, quandiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illud naturale habet rationes et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subortis columnis rationes et aequitatis, iustum dissoluitur. Quod accidit, quando rationes, quae aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia maiore aequitate: ut si quod antea proderat, alio adminiculo incipiat esse nocivum et perniciosum” Cfr. *Syntagmatis...*, cit., Pars II, Liber XI, parágrafo 8.

34. “Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum... quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est”. Cfr. *Commentariorum...* Liber I, Cap. 6, parágrafo 4.

Tholosanus, al seguir a Connanus, mantenía que el Derecho civil, que es el propio de cada ciudad, ha de estar informado por el Derecho natural, que opera a modo de fermento de equidad y de justicia, y entonces el Derecho será justo; pero no es justo porque asuma la plenitud de la equidad universal,<sup>35</sup> sino porque sigue a las necesidades de la sociedad, de modo que aumenta las penas por la frecuencia de los crímenes, o las suaviza; de modo que cuando disminuye una causa, las leyes han de atemperarse.<sup>36</sup> “Por lo que puede suceder —prosigue Tholosanus, que, aunque se trate de lugares diversos, con leyes contrarias, sin embargo tales leyes son justas y equitativas, por diversa razón y *secundum quid*, no según una consideración general del Derecho natural en abstracto, sino según el Derecho natural en concreto, esto es, según la conveniencia del sujeto, que prescribe lo justo nomotético”.<sup>37</sup>

Parece, en el contexto de este pensamiento, que el “Derecho natural”, por expresarse a través de la utilidad social, que es cambiante, sólo puede existir de forma nomotética, como Derecho natural “en concreto”, según ha explicado el propio Tholosanus. En tal caso, explica este autor, no cabe la menor duda de que el Derecho natural está siempre presente en el Derecho positivo (civil), de modo que si las leyes son concordantes con la razón, dado que la razón misma es algo natural, el Derecho (*ius*) es, al mismo tiempo, natural y civil, y, así, hablamos del Derecho natural *in concreto*, por razón de su contracción a esta o aquella ciudad, de lo que resulta que es tanto Derecho natural como positivo.<sup>38</sup>

Hugo de Roy, también discípulo —en el sentido amplio de la palabra— de Francisco Connanus, nos advierte que el Derecho no se determina únicamente a partir desde las opiniones de los juristas (él se refiere a los juristas romanos y del *ius commune*), sino que hay que buscar tanto el asenso de los filósofos como de los teólogos, cuyas razones valen indistin-

35. “Indeque ius civile, quod proprium cuiusque civitatis, hoc est, quod maxime conformatus est ritibus, et moribus receptis in civitate, partim cum iure naturae consentit, veluti cum fermento aequitatis, et iustitiae, et iuris tantum iustum: nec tamen per omnia ei inseruit, id est, non omnino secundum universalem aequitatem naturalem statuit”. Cfr. Syntagmatis..., cit., Pars II, Liber XI, cap. I, parágrafo 9.

36. “Necessitas quippe societatem, interdum iubet ab ea aequitate deflectere, ut propter frequentiam criminum, auferri poenas, aut propter mores saeviores, et barbaros durius statui: interdum contraria causa minui, et aliter hic expedit, aliter alibi leges temperare”. Cfr. ibidem.

37. “Quae omnia tamen, etsi diversam in locis diversis et contraria, iusta nihilominus sunt et aequa: sed diversa ratione, et secundum quid, non secundum generalem considerationem iuris naturae in abstracto, sed secundum ius naturale in concreto, hoc est, pro convenientia subiecti, cui nomotheta iustum praescribit”. Cfr. ibidem.

38. “Ut non dubitetur ius naturale et in iure civili esse, verum in illo concreto appellationem civilis dominari. Et tamen si sanctiones civilis non sunt consonae rationi, ius non faciunt, quantumvis ita nominatur, sed corruptelam: si autem consentiant cum ratione, cum ea naturalis sit, ius quoque civile, et naturale hoc modo erit, et in concreto dici poterit, et ratione contractionis ad illam vel illam civitatem ius naturale et civile quoque”. Cfr. ibidem.

tamente en la *Jurisprudencia*.<sup>39</sup> Esta perspectiva que es propia del plano argumentativo específicamente jurídico, en el que la decisión jurídica aparece también como una *humanarum atque divinarum rerum notitia*, ya nos indica que De Roy tiene ante la vista un saber jurídico unitario en el que no será posible diferenciar siempre un plano “natural” y otro “positivo”. Esta tesis la expresa este jurista francés a través de un discurso profundo y denso, lleno de matices, como podremos observar.

*Iustum esse quod quaeritur*, plantea De Roy: “Buscamos lo que es justo”. A diferencia de otros autores de esta época, a este autor no le interesa describir o definir qué es el Derecho natural, qué es el Derecho de gentes o qué es el Derecho civil, como solía ser usual entonces; él se preocupa únicamente por lo que “es justo”, de modo que el Derecho de gentes, o el civil, o el natural, aparecen solamente como dimensiones o vertientes de la determinación concreta, aquí y ahora, de lo “justo”.

En un pensamiento apretado y denso, como es el usual de su obra, De Roy nos explica que aquello que ha sido “introducido” a causa del bien público y común de los hombres posee una “causa perpetua, y natural” de justicia.<sup>40</sup> Este bien es equitativo a causa de su bondad pública, es necesario debido a la equidad, y es justo en razón de su necesidad, porque la razón natural se adapta perfectamente a lo que es voluntad de Dios.<sup>41</sup> No distingue, deliberadamente, entre un plano “humano”, propio del Derecho positivo, y otro plano sobrenatural, que vendría a ser el del Derecho “natural”, como indicaba Kelsen para referirse a la doctrina ius-naturalista, o de la justicia, de estos juristas; efectivamente, la determinación del *iustum*, según De Roy, es tarea “natural” y sobrenatural a la vez, que origina un plano moral en el que se produce la vinculación en conciencia, ya que “así como la razón natural no nos falta en lo que es necesario, la voluntad divina tampoco nos abandona en lo que es racional”.<sup>42</sup>

“De lo dicho consta con suficiente claridad que se puede decir que aquello que es útil es justo y, efectivamente, así es, siempre que sea honesto, es decir, concorde con el Derecho divino moral, o por lo menos no contrario a él”.<sup>43</sup> La exigencia del *honestum*, añadida a lo que es justo,

39. “Illud autem non determinandum existimavi absolute ex Sententia Iurisconsultorum, ne iudices in propria causa iure meritoque refellerentur: verum etiam firmamentum quaesivi ex assensu Philosophorum, ac Theologorum, quorum ideo rationes indistincte admiscui”. Cfr. *De eo quod iustum est*. Hildesii, 1653, Prolegomena.

40. “Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, et naturalem”. Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Primus, parágrafo 2.

41. “Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob bonitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divina voluntate congruum est”. Cfr. *ibidem*.

42. “Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus”. Cfr. *ibidem*.

43. “Ex relatis satis evidenter potest, quatenus id, quod utile est, iustum dici potest, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus iuri divini morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium”. Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Quartus, parágrafo 1.

viene introducida por las tesis de Aristipo y de Carnéades, a los que se refiere De Roy, que mantuvieron que toda la justicia se resuelve en utilidad, de modo que despreciaron todos los derechos y obligaciones (*officia*) naturales, universales y morales, de todos los hombres, ya que mantuvieron que nada, por naturaleza, es justo o injusto, honesto o deshonesto, lícito o ilícito, sino que todo dependía del arbitrio y del poder humanos, destruyendo –según De Roy– el nombre mismo de “derecho”.<sup>44</sup> De Roy mantiene que lo útil ha de ser completado con lo honesto, de modo que cuando lo útil es justo, sincero, honesto, no nocivo en todas sus partes, entonces se adecúa constante y perpetuamente a la recta razón y a los mandatos jurídicos divinos.<sup>45</sup>

A diferencia de lo que solía ser usual en los escolásticos españoles, por ejemplo, Hugo de Roy no parte “desde arriba”, desde la Ley Natural, para determinar lo que es justo; por el contrario, él procede siempre desde las circunstancias humanas, *ex circumstantiis*, como aparece escrito con frecuencia, para, desde la naturaleza de estas circunstancias (es decir, su necesidad, utilidad, honestidad), determinar lo que es justo de acuerdo con el Derecho natural y el Derecho de origen humano, esto es, con la *Justicia*.

Lo que es necesario y útil para la sociedad, escribe De Roy, eso es justo en máximo grado, siempre y cuando sea honesto.<sup>46</sup> Efectivamente, la utilidad, por sí sola, no es un criterio definitivo; se precisa que las exigencias de la utilidad vayan acompañadas de la licitud o del imperativo ético, siempre que el plano ético tenga en cuenta las circunstancias de las personas, tiempos, lugares y las provenientes de otras consideraciones, exigencia a la que nos obliga el Derecho natural (la natura), ya que esto es lo más racional.<sup>47</sup> El plano ético viene dado, en un primer momento incompleto, por los principios más generales de la razón práctica; estos principios serían como una dimensión, necesaria aunque insuficiente, de la garantía de la justicia de las decisiones.<sup>48</sup> “La causa de todos los males de los hombres –nos advierte– procede, como advirtieron los antiguos, de no saber aplicar aquellas nociones comunes a los casos singulares. Porque, efectivamente, no es lícito aplicar la Justicia entre los mortales

44. “Quocirca ab Aristipo et Carneade dissentimus, qui omnem Justitiam utilitatis nomine complexi sunt. Irridentes omnia iure et officia naturalia, universalia, moralia, omnium hominum, ac ratiocinatum communia. Quippe nihil natura, aut per se iustum vel injustum, honestum vel turpe, licitum vel illicitum putabant; sed arbitrio ac potestate humana ex utilitate metiendum, spreto omni omnino iuris nomine”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Quartus, parágrafo 3.

45. “Etenum ut utile iustum sit, sincerum sit, honestum, atque omni ex parte innoxium: conveniens constanter et perpetuo rectae rationis principiis, et divini iuris praeceptis”. Cfr. loc. cit., parágrafo 3.

46. “Quod autem magis necessarium ac utile fuerit communi societati, illud magis iustum prestandum est, prehabita ratione ac consideratione honestatis”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 1.

47. “Post deinde, in ordine considerandum est illud, ad quod Personarum, temporis, loci, aliarumque rerum ac circumstantiarum ratione maxime obligamur natura. Quoniam illud magis est rationale”. Cfr. ibidem.

48. Vid. el extenso parágrafo 2 del loc cit.

sin tener en cuenta las cosas singulares, las personas, las circunstancias, los lugares, y todo aquello que en general es vario y diverso”.<sup>49</sup>

¿Cómo es posible adecuar lo que es inmutable a lo que es vario, diverso y contingente? La solución, advierte De Roy, nos la ha proporcionado Connanus, que ha explicado que los preceptos (*Principia*) son inmutables y perpetuos, pero que su uso es mutable y variable, de modo que estos principios varían según la naturaleza de las cosas y de las circunstancias.<sup>50</sup>

La cualidad de “justo” de un acto, o de una decisión, se *induce* —parece indicar De Roy— desde lo concreto, con ayuda de los *principia o praecepta* más generales de la actuación práctica. “Nosotros sostenemos y juzgamos, escribe este autor, que la Justicia no existe en los preceptos o en las leyes, sino que las leyes y los preceptos se constituyen desde la Justicia”.<sup>51</sup> Efectivamente, la Justicia es algo distinto de las normas legales, según el pensamiento de este francés; él afirma que son las circunstancias las que mandan sobre el caso, de modo que, desde ellas, se selecciona o se crea la norma aplicable. Ningún precepto se puede aplicar unívocamente, como lo demuestra la Sabiduría divina cuando nos indica en el libro del “Eclesiástico”, capítulo 3, que “todo tiene su tiempo” (*omnia tempus suum habere*) y, así, hay un tiempo para amar y otro para odiar, hay un tiempo para la paz y otro para la guerra; es preciso discriminar, por tanto, para saber lo que es justo, y para ello hay que examinar las circunstancias de las cosas, de los tiempos, de las personas, de los lugares, etc.<sup>52</sup>

No existe lo bueno y lo malo según una división tajante y decisiva de la ley. “Una razón no difiere de otra esencialmente, sino por más o me-

49. “Illud nimirum est causa hominibus omnium malorum, non posse communes illas notiones applicare singularibus. Enimvero Justitia inter mortales administrari neque absque ea applicatione, quae singulis et rebus et personis, et locis, et circumstantiis, aerumque varietatibus summo opere convenire debet” Cfr. *ibidem*.

50. “Omnis itaque nostra difficultas in applicatione congrua sita est. Etenim “Ius ipsum quidem (Connani iterum verba sunt dict. loco) per se nudum et apertum est, sibi constans et iam tum a Principio sui generis aeterna lege definitum: sed ipsum ad usus hominum et mores, qui varii sunt et incerti accomodare et difficile est, et arduum... Ex quibus statim colligemus unam et maximam praeceptorum proprietatem esse; Praecepta esse immutabilia, et perpetua, sed usum eorum mutabilem esse ac variabilem variante rerum natura et circumstantiarum statu”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 3.

51. “Etenim illud sustenemus et omnino verum putamus, Justitiam non esse in praeceptis legibusve sed praecepta legesque ex Justitia constitui”. Cfr. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 2.

52. “Cui non inconueniens est, quod August. de legis naturalis immutabilitate censuit, cum existimat “legem naturalem immutabilem esse, licet in applicatione eius ad varias materias vel occasione possit esse variatio. Id quod omnino voluit divina sapientia Eclless. c.3 vid. “omnia tempus suum habere”. Non diligere tantum, sed et odisse. Non pacem habere tantum, sed quandoque et bellum. Non servere tantum sed etiam occidere. Quae perite dijudicanda sunt, ut iusta sint, examinatis circumstantiis rerum, temporum, Personarum, locorum, atque ita deinceps omnium, quae considerationem efflagitant”. Cfr. De eo quod iustum est, Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 2.

nos”.<sup>53</sup> Para un jurista educado en el *saber* prudencial, como es el caso de Connanus o De Roy, la elección ética no es una decisión entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor. Para todo hay buenas razones, que lo aconsejan y lo desaconsejan simultáneamente; por este motivo, según De Roy en toda institución jurídica existe siempre, y al mismo tiempo, justicia e injusticia.<sup>54</sup>

Estos juristas romanistas no sintieron la necesidad, a diferencia del racionalismo iusnaturalista que se desarrolla en el siglo XVII, de crear un cuerpo de “Derecho natural” que fuera independiente del Derecho positivo o *ius civile*. Es más, como hemos observado en De Roy y Tholosanus, ellos entendían que “lo justo” natural se forma desde la circunstancia histórica y contingente que es propia del Derecho positivo. En consecuencia, en cierto modo el Derecho de origen humano voluntario es previo, y *condictio sine qua non*, para que el jurista pueda determinar el *iustum naturale*. La única instancia no-positiva de la *Jurisprudencia* o del “Derecho” (en este contexto no tiene sentido distinguir entre Derecho “natural” y “positivo”) viene constituida por los *praecepta* y *principia* más generales de la razón que naturalmente conoce el hombre, pero bien entendido, como destaca De Roy, que tales *principia* no se “aplican” sin más a la realidad humana, sino que es ésta, formada por las circunstancias peculiares de cada problema, la que selecciona el Principium (amor-odio, guerra-paz) que se tendrá en cuenta. Por este camino, no podemos considerar a estos principios más generales como formando un cuerpo independiente de la realidad humana; existen, ciertamente, al margen la voluntad del jurista, pero es éste último el que determina, entre los muchos principios distintos y contrapuesto, cual es el que tendrá en cuenta y, en consecuencia, el que aparentemente se “aplicará”.

En este asumir, por parte de las circunstancias concretas, los principios más generales, se forma la *Jurisprudencia*, el Derecho o *ius*. Un jurista como Connanus, Tholosanus o De Roy se hubiera quedado muy sorprendido si alguien les hubiera preguntado si su solución concreta estaba fundamentada en el *ius civile*, esto es, en lo que hoy llamamos “derecho positivo, o en el “Derecho natural”. Ellos conocían una única ciencia o saber, al que daban el nombre de “arte” (*ars*) en razón de su plenitud, porque contenía en sí todo lo que el jurista necesitaba, sin necesidad de pedírselo en préstamo a la Dialéctica, la Filosofía o la Teología: *nota quod sola iuris scientia habet caput et finem*.<sup>55</sup> En la *Jurisprudencia*, los principios

53. “ut semper una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus”. Cfr. *ibidem*.

54. Vid. De eo quod iustum est, cit., Liber II, Titulus septimus, parágrafo 7, a propósito de la *praescriptio*. Quien no entienda este hecho, afirma De Roy, estaba privando de su prestigio a la palabra “razonar”: “nomine ratiocinantis merito privaretur”.

55. Odofredo escribía: “Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Justin. de alia arte. Non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur”. Cfr. *Commentaria*, comentario núm. 18 a la “Prima constitutio”, palabras “Omnem Reipublicae”, pág. 4 de la edición de Lyon de 1550.

generales de la razón moral y jurídica y las exigencias de las circunstancias concretas, colaboraban para un único saber, que no era natural ni positivo, a menos que, haciendo hasta cierto punto un juego de palabras, lo llamasen, como hacía Tholosanus, por ejemplo, el Derecho natural *in concreto*. La razón del hombre aplicada a los problemas concretos jurídicos constituía la *civilis ratio*, que ya tenía en cuenta los preceptos posibles que pertenecían al *honestum*, y que serían aplicados —tenidos en cuenta—, o no, según demandaran las circunstancias del caso.

El Derecho “positivo”, es decir, el *ius civile*, comprende el Derecho natural posible y, por este motivo, Hermann Conring escribía que “El Derecho justiniano posee no solamente los preceptos civiles, sino también los naturales, ya que la razón es siempre común a cualquier *corpus* de las leyes que se use en una ciudad”.<sup>56</sup> En este sentido Nicolaeus Beckmann, uno de los juristas más agudos de la segunda mitad del siglo XVII, prefiere hablar, para referirse al “Derecho natural”, de *Regulae iuris generales*,<sup>57</sup> con lo que destaca la vocación del Derecho natural hacia el Derecho positivo, el *ius civile*. Efectivamente, las reglas del Derecho natural no son sino reglas “generales”, no circunscritas a ninguna comunidad política determinada,<sup>58</sup> que concurren —hoy nos resulta difícil entender esta concurrencia, y a Kelsen le resultaba imposible— con otras reglas también generales, en la resolución de un problema jurídico. Entenderemos mejor esta función de las reglas generales o *naturalia* si tenemos en cuenta que la Filosofía, del mismo modo que el “Derecho natural”, no constituía para estos autores un cuerpo de conocimientos distinto del conocimiento normal; el conocimiento del Derecho “natural”, del mismo modo que el conocimiento “filosófico” en general, no implicaba un conocimiento de rango superior al conocimiento usual universitario; este Derecho no era otra cosa que una garantía más de corrección del Derecho, que no era ni “positivo”, ni “natural”. Al ser la Filosofía según Beckmann un “razonar bien sobre las cosas que ocurren”,<sup>59</sup> el *ius naturale* era, en una de sus dimensiones más constitutivas, interpreto yo, un “proceder bien en el Derecho que nos ocupa”.

Es preciso recordar, sin embargo, que no ha sido ésta la noción del Derecho “natural” o del Derecho, en general, que ha prevalecido históricamente. A partir del siglo XVII, el *ius naturale* formó una ciencia aparte

56. “Ad vero observandum est, Ius illud Justinianum non solum civilia sed etiam naturalia et gentium iura comprehendere; quae communis est ratio omnis legum corporis, quo aliqua civitas utitur” Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*. Helmstadii, 1663, pág. 140.

57. “REGULAE IURIS GENERALES. Hic circa regulas generales accurate observandum quod ius naturae habeat quaedam prima principia, quorum veritas homini statim absque ratiocinatione patet; idem ius naturae habet etiam quasdam conclusiones minus notas, ex primis iuris naturae principiis per ratiocinationem deductas”. Cfr. *Doctrina iuris ex iure naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino, Iure Civile Romano, Iure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jena, 1678, voz 490. Se trata de un diccionario jurídico.

58. Vid la voz 318 de la *Doctrina iuris...*, cit.

59. “Philosophari est bene ratiocinari circa ea, quae occurrunt”. Cfr. voz 434 del *Doctrina iuris...*, cit.

de la jurisprudencia, ciencia que procedía partiendo desde el individuo aislado en el “estado de naturaleza”, que se une a los otros sujetos mediante el “contrato social”, etc. Se constituyó, así, la *iuris naturalis scientia*, también llamada *iuris naturalis disciplina* o, más sencillamente, *ius naturale*, que formó, de hecho, un conjunto de conocimientos al margen del *ius civile* y de cualquier ocupación propiamente jurídica.

#### IV. VICO Y DESING FRENTE AL RACIONALISMO ILUSTRADO

Con Pufendorf y sus discípulos, especialmente con Thomasius, Wolf y Gundling se terminó por entender el “Derecho natural” —cosa que hasta entonces no se había producido— como un saber sobre el Derecho aparte, y distinto, el *ius civile*, como un saber o una *scientia* que, por poseer un rango especialmente supremo o fundamentante, era normativo, cuando no sustituía, al Derecho humano prudencial y voluntario. De este modo se fue configurando el prejuicio de la existencia de dos planos en el Derecho: el plano del Derecho humano, que se trata de un Derecho arbitrario (los ilustrados, en afán exaltado de proceder contra la tradición, no aceptaron o no entendieron la diferencia tradicional entre voluntario-prudente de un lado, y arbitrario, de otro) y el plano del “Derecho natural”.

Giambattista Vico se encontraba con una herencia difícil de asumir para quien estuviera familiarizado con el Derecho, al margen de las lucubraciones pretendidamente filosóficas del *ius naturale*. Efectivamente, el momento histórico en el que él escribe, en el primer tercio del siglo XVIII, corresponde a un absoluto predominio, en las cátedras universitarias, del *iusnaturalismo* específicamente moderno, que pretendía confusamente bien una regla de oro para la formación “correcta” del Derecho positivo, bien un ordenamiento jurídico “natural” que sustituyera al *ius civile* o *jurisprudencia* romanista; dominaba la primera opción: muy pocos se hicieron la ilusión de construir un *ius naturale* acabado hasta en los detalles.

Vico nos indica que en el Derecho existe una parte de él que es inmutable: “El Derecho natural llamado Fas es inmutable”. “Este Derecho, en tanto que procedente de la verdad eterna (dal vero eterno<sup>60</sup>) fue llamado sabiamente por los Latinos Fas, como derivado del Fato, esto es, del orden eterno de las cosas, como lo define San Agustín”.<sup>61</sup> Completa esta idea escribiendo que “El fundamento de la sociedad humana es el conocimiento de la naturaleza social. La Metafísica es la madre de la Jurisprudencia.

60. Es difícil traducir el término “vero” en Vico. El parte en todo momento de la distinción entre el vero y el certo. Provisionalmente podemos entender que el “Vero” representa la instancia metafísica, inmutable, mientras que el “Certo” es el momento de la verosimilitud, de la utilidad, es decir, el del Derecho.

61. “Il Diritto naturale detto ancora Fas è inmutabile. Questo diritto como procedente del vero eterno fu sapientemente detto da’Lattini Fas dal Fato, che è a dire l’eterno ordine delle cose, come lo difinisce S. Agostino”. Cfr. *De universo iuris uno principio et fine uno liber unus*. Tras. de E. Amante. Napoli, 1841, pág. 71.

Florentino sitúa por fundamento de toda sociedad humana el conocimiento de nuestra naturaleza sociable: dado que, dice él, la naturaleza ha puesto entre nosotros un tal ligamen y casi parentesco, se deduce de él que no es lícito que un hombre ponga insidias a otro hombre. Esta es la íntima filosofía o el conocimiento, de otra manera, de la naturaleza humana, de la que Cicerón intentaba extraer los principios de la jurisprudencia”.<sup>62</sup>

En otros lugares, Vico habla también de los principios inmutables del Derecho natural, para referirse, concretamente, a la licitud de repeler la violencia con la violencia, la unión de los dos sexos, la procreación de los hijos y su mantenimiento.<sup>63</sup> Se limita a repetir las normas elementales del *ius naturale* propias de la *jurisprudencia romana*, sin que en ningún momento apunte la existencia de un ordenamiento jurídico natural, fuera de estos principios generales aislados.

A continuación, el filósofo napolitano explica que “nosotros veremos que los hombres fueron destinados no sólo a comunicar con los demás la razón y el *verum*, sino también la utilidad común según la equidad buena (*l'equo buono*), es decir, según exige el mismo *verum*”.<sup>64</sup> Quizá ahora el dato más relevante que aporta esta idea reside en que Vico –siguiendo muy estrechamente la tradición jurisprudencial– hace de la utilidad (que es el campo del *certum*) una parte del *verum*. En consecuencia, “lo útil” no queda relegado al campo de la “puramente humano”, del Derecho “arbitrario” o positivo del que habla Kelsen, sino que “lo útil” se convierte en una parte de “lo justo”, esto es, de la única Justicia que conocemos los hombres, que no es ni “natural” ni “positiva” exclusivamente, sino que abarca ambas categorías. “Porque, por la misma naturaleza social del hombre –escribe Vico– nace una doble sociedad natural de cosas, una del *vero*, y la otra del *equo bono*”.<sup>65</sup> De este modo, lo equitativo o lo útil (no hay distinción en Vico entre estas dos realidades cuando las refiere al Derecho) se funden en una única categoría, que es la de la naturaleza social del hombre, la del *iustum*. El peculiar genio de Vico –al que desgraciadamente no siempre acompaña su talento– le hace llegar a decir que el “*certo* es una parte del *vero*”,<sup>66</sup> con los que deshace la posibilidad de cualquier metafísica jurídica que se construya de espaldas de las necesidades reales, esto es, históricas y contingentes, de los hombres.

62. “Il fondamento dell'umana società è la cognizione della natura sociale. La Metafisica è madre della Giurisprudenza. Florentino pose per fondamento di ogni società la conoscenza della nostra natura socievole: dappoichè, egli dice, la natura ha posto tra noi un cotal ligame e quasi parentado, ei se nel vuol dedurre, punto non esser lecito che l'uomo insidi all'altro uomo.

E questa è l'INTIMA FILOSOFIA o in altro modo la cognizione dell'umana natura da cui tentava Cicerone di trarre i principi della Giurisprudenza”. Cfr. op. cit. pág. 72.

63. Vid. *De universi iuris...*, cit., págs. 116 y 119.

64. “Ma noi vedemmo che gli uomini furono destinati a comunicar cogli altri non solo la ragione e il vero, ma anche la loro utilità secondo l'equo buono ossia lo steso vero”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 72.

65. “Quindi per la stessa social natura dell'uomo nasce una doppia società di cose l'una dal vero l'altra dell'equo bono”. Cfr. *ibidem*.

66. “Il certo è parte del vero”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 127.

Vico, que siempre se opuso a cualquier contractualismo, reitera este idea expuesta explicando que “el hombre está destinado por naturaleza no a buscar su propia utilidad, como hacen los animales, sino a hacer partícipe de ella a los otros hombres. Y siendo su primer deber cultivar la sociedad del verum y de la razón, él fue creado por Dios para comunicar la utilidad según el verum y la razón”.<sup>67</sup> En el capítulo LX, comentando esta tesis, llega a afirmar que “Ogni società poi non è altro che la comunicazione della utilità”.

Así pues, el fundamento básico del Derecho es la utilidad, esto es la satisfacción de las necesidades históricas de los hombres. Como la sola prosecución de la utilidad puede llevar a inmoralidades, a falta de humanidad, Vico mantiene, como era usual en su época, que la utilidad debe estar normada por la *onestà*, por las reglas más estrictamente racionales y morales de la razón práctica.<sup>68</sup> El entiende que la utilidad y la *onestà* no son sino partes o facetas de la “Justicia universal”, de modo que así como la virtud universal dirige la prudencia, la templanza y la fortaleza a combatir el egoísmo, la justicia universal dirige a la prudencia, la templanza y a la fortaleza para que regulen la utilidad.<sup>69</sup>

De este modo, el Derecho, al que podemos llamar, si queremos, Justicia o bien Derecho natural, no es algo que ya esté constituido, como grabado en los cielos. El Derecho o la Justicia, explica Vico, *se va haciendo*. Efectivamente, el napolitano, que es profundamente intelectualista, explica que la misión última del hombre es conocer, de modo que la vida humana no es otra cosa que conocimiento; y en esta función —afirma él— se contienen todas aquellas cosas que los Estoicos llamaron “consiguientes” o *consentáneas* a la naturaleza. “Estas cosas pertenecen a la verdadera vida del hombre, que no es otra cosa que lo que el hombre va haciendo (que va l'uomo facendo) de forma conveniente a su naturaleza, o de conformidad a la vida social, que es donde la verdadera vida del hombre está conservada”.<sup>70</sup>

67. “Adunque l'uomo è per natura destinato non a procacciar solo la sua utilità, com'è delle bestie, ma ancora a far di essa partecipi gli altri uomini. Ed essendo suo primo debito coltivare la società del vero e della ragione, egli dunque fu fatto da Dio per comunicare le utilità secondo il vero e la ragione”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 64.

68. “Quella utilità che riguarda il corpo, come corporea che ella è, è caduca; ma l'onestà come quella che costa dell'eterno vero, è certo eterna ed appartiene alla mente” Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 67. Vico reproduce aquí, con distintas palabras, las dos dimensiones del Derecho natural a que ya aludiera FRANCISCO CONNANUS, una basada en la equidad, que es inalterable, de origen divino, y otra fundamentada en la utilidad común, que es históricamente mutable, pero, que, del mismo modo que la primera, también compone Derecho natural.

69. “Come la universale virtù spinge la prudenza, la temperanza e la fortezza a combattere la cupidità; così la giustizia universale comanda alla prudenza, alla temperanza ed alla fortezza che regolino la utilità”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 99.

70. “In quella parte poi con cui l'uomo vuole il conoscere, ch'è la vita propria dell'uomo, assendochè egli non è altro che conoscere, in questa parte io dico si contengono quelle cose che son detta dagli Stoici stessi conseguenti, o cose alla natura consentanee. Appartengono esse alla vera vita dell'uomo, ch'è dire elle non esser altro che ciò che va l'uomo facendo convenevolmente alla natura umana, o in conformità a la vita sociale, onde la vera vita dell'uomo vien conservata”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 119.

Vico dedicó mucha atención al tema de la *ratio* que hace posible el Derecho, ya que él intuía que aquellos que mantenían la existencia de un *ius naturale* paralelo al Derecho positivo o *ius civile*, hacían esto posible porque, en definitiva, utilizaban dos “razones”, una para el Derecho positivo, y otra para el *Derecho natural*; cosa que le parecía evidentemente absurda. El tocó este tema en varias ocasiones, fundamentalmente en los capítulos comprendidos entre el LXXXIII y el LXXXV de la obra que estoy comentando. El problema que se plantea una y otra vez es si es posible una “razón natural” al margen de la *civilis ratio*, o si esta última razón puede desenvolverse al margen de la razón natural. En una primera aproximación explica que en la razón “natural” debe buscarse *solamente* “la razón civil, esto es, la utilidad común, ya que tal razón civil, puesto que está dirigida a dictar la utilidad pública, ha de ser tenida como parte de la razón natural”.<sup>71</sup> Ciertamente, escribe él, existe un Derecho natural “primitivo” que es tenido en cuenta siempre que interpretamos el Derecho establecido según *l'equo bono*; las exigencias morales más elementales componen, según Vico, que sigue la tradición que ya hemos estudiado en otros juristas, un Derecho natural invariable, el campo del *verum* en el Derecho. Pero no es admisible que este *verum*, que daría lugar a un Derecho natural “primitivo”, se desarrollara independientemente del *certum* jurídico; más bien sucede que este *certum*, cuando se desenvuelve según el *aequum bonum*, da lugar a un Derecho o Justicia positiva, al que Vico llama a veces el Derecho natural secundario. Pero esta razón civil, la *civilis ratio* de los juristas romanistas, forma parte de una razón “más universal”, que comprende en sí todo tipo posible de Derecho.

Efectivamente, el Derecho lo crea la utilidad común de acuerdo con las exigencias de la *onestá*. La razón que hace posible esta captación de la utilidad y de la honestidad es la misma. Por este motivo, afirma Vico, las leyes necesarias posteriores derogan sólo aparentemente a las leyes anteriores, ya que, en realidad, no hacen sino reafirmarlas; estas leyes nuevas, explica Vico, no son más que las mismas leyes primitivas que ahora se diversifican en razón de las *buenas ocasiones*, ampliándose o restringiéndose.<sup>72</sup> Es, pues, claro, que la íntima racionalidad de la vida humana, que se diversifica según los tiempos y lugares, se manifiesta de la mano de la

71. “L'uno e l'altro dunque di costoro con questo certamente dir volle esser cosa importuna cercare dall'autorità la ragion naturale: e può doversi solo in essa indagar la ragion civile, ovvero la utilità comune. La qual ragion civile, perchè è rivolta a dettare la pubblica utilità, tener si dal qual parte della ragion naturale”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 128.

72. “Da ciò, che si è finora ragionato, ben s'inferisce che ogni interpretazione del dritto stabilito fatta secondo l'equo buono rispetto a quel diritto che essa prende ad interpretare è quello istesso che esser vediamo il natural diritto secondario riguardo al dritto primitivo. Ancora cotale interpretazione da una ragione più universale procede, la quale comprendendo in sè la ragione del dritto stabilito va poi nella nuova specie di fatto aggiungendo la forma del diritto alla volontà del legislatore. Il perchè le leggi necessarie posteriori in apparenza per che derogano alle leggi primitive, ma nel fatto con più forza la raffermano; imperocchè non sono veramente altro che le stesse primitive leggi, diversificandone solo in quanto che queste per quelle buone occasioni... vieppiù addivengono ampie o si dispiegano”. Cfr. *De universi iuris...*, pág. 131.

utilidad común, de la necesidad; porque no existe una razón para el hombre *in abstracto* y otra para el hombre histórico.

Todo tratado de Derecho positivo contiene, pues, necesariamente, los principios del Derecho natural y, así, escribe Vico que “Podemos extraer con seguridad los principios del Derecho natural de los escritos de los Juristas (romanos), quienes primero interpretaron las leyes según la razón civil, siendo así que bajo el Principado lo habían hecho según la razón natural, aunque en verdad esto fue hecho según la razón civil”.<sup>73</sup> Es posible que el lector quede algo confundido con este juego de palabras sobre las razones civil y natural. Vico quiere indicar con estas digresiones que la razón civil, la *civilis ratio* de la jurisprudencia, contiene en sí, siempre, la razón natural, es decir, los principios morales más elementales de la razón práctica, que cobran vida cuando disponen de una materia (las *buenas ocasiones* que vienen dictadas por la utilidad común) a la que poder aplicarse. De este modo, aunque dentro de la *civilis ratio* pueda distinguirse una parte invariable compuesta por los *prima principia* de la razón práctica, y otra parte de hecho cambiante, ello no implica –como, al parecer, pretendían algunos– que existan dos “razones” distintas que produjeran normas también diferentes, una que daría lugar al Derecho de hecho existente, el Derecho positivo, y otra al Derecho natural.

En este sentido, escribe Vico que le admiran esos doctores que van disputando entre ellos acerca de si estas tres máximas (vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo) son preceptos del Derecho natural o de la jurisprudencia. Se trata solamente de nociones naturales que la naturaleza ha ido esculpiendo en nuestros ánimos, desde las que arranca la única Ciencia del Derecho que existe: son verdaderamente principios de una ciencia legítima, porque son nociones de una naturaleza común.<sup>74</sup> Toda la necesidad es natural, esto es, inteligente, o inteligentemente abordada y resuelta por los hombres en cada momento. La razón no procede “artificialmente” –como pretenden los que sitúan un Derecho natural al lado de otro Derecho artificial– sino que “los fundamentos de la jurisprudencia son la razón y la autoridad (política), junto con las reglas que nacen de la autoridad y que ella aplica a los hechos. Desde estos dos fundamentos, la razón procede con necesidad natural, *da*

73. “Nè si può con sigurezza trarre i principi del dritto naturale dagli scritti di Giureconsulti, i quali prima interpretarono le leggi secondo la ragion civile; e quando sotto il principato l'abbiamo fatto secondo la ragion naturale, pure in verità fu fatto secondo la ragion civile”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 21.

74. “Mouvono dunque a maraviglia que'dotti i quali van tra loro disputando, e pongono ogni sforzo per istabilire che quelle tre massime altro non siano se non precetti del diritto naturale o del giusto, nè mai assiomi del dritto civile o della giurisprudenza. Il che egli no vorrebbero sostenere per quello stesso che riconoscono... que' precetti non esser altro che talune naturali nozioni che la natura andò fermando, e diremo scolpendo negli animi nostri; quasichè la giurisprudenza fosse un'arte che tutto avesse il suo fondamento ne'precetti e in niun modo nella dimostrazione... talchè dovessero trarsi i suoi principi fuori del Dritto naturale, mentre essi sono veramente principi di una legittima scienza, perchè sono nozioni di una comune natura”. Cfr. *De universi iuris...*, cit., págs. 79 y 80.

*necessità di natura*".<sup>75</sup> Y por este hecho, aunque podamos distinguir, como los estoicos, un Derecho natural primario, el dominio de la razón y de los afectos, la tutela del consejo corresponde a aquel otro Derecho que fue llamado Derecho natural *secundario*. Hugo Grocio distinguió, contra toda razón, estos dos derechos, separándolos.<sup>76</sup>

Lo *honestum*, esto es, "los principios de la naturaleza", son la materia —escribe Vico— de todo Derecho voluntario, y el Derecho natural *secundario* es la forma de todo Derecho, de modo que si faltase este último, todo Derecho voluntario sería inexistente.<sup>77</sup>

No puede, pues, existir un conjunto de principios "naturales" que, a modo de axiomas, den lugar a un "Derecho natural" deducido. El Derecho natural primitivo, también llamado "los principios de la naturaleza" son y funcionan, como hemos estudiado, a modo de tópicos que están presentes continuamente, en tanto que instancias correctoras, en todos los planos del razonamiento jurídico. De este modo, tales principios y el Derecho voluntario, se imbrincan mutuamente; las decisiones humanas, sin tener en cuenta la onestà, son actos arbitrarios, y los principios de la honestidad, por sí solos, carecen de existencia concreta y real.

Planteadas así las cosas, ¿en dónde reside la inmutabilidad del Derecho natural?, se pregunta Vico. San Agustín, apunta él mismo, nos explica que "Dios, con una ley inmutable, va defendiendo la libertad de arbitrio que nosotros tenemos".<sup>78</sup>

La teoría iusnaturalista de la Edad Moderna —pues el "Derecho natural" de la Edad Moderna no fue otra cosa que teoría *acerca de...*— supuso que la única garantía de científicidad en la elaboración jurídica consistía en seguir férreamente un método deductivo a partir desde unos axiomas. Así el "Derecho natural" se diferenciaría del Derecho positivo existente, entre otras cosas, porque el *ius naturale* habría sido construido "científicamente", esto es, mediante una deducción desde un postulado único que se suponía que era la única exigencia fundamental y básica de la "na-

75. "I fondamenti della giurisprudenza sone la ragione e l'autorità; e le regole che ne nascono, essa applica, à fatti. Di questi due fondamenti la ragione procede da necessità di natura". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 10.

76. "Adunque la tutela de'sensi e la libertà degli affetti compongono senz'alcun dubbio quel diritto naturale che gli antichi interpreti chiamavo diritto primario, e gli Stoici principî di natura; comme el dominio della ragione, l'equabilità degli affetti, la tutela del consiglio corrispondono a quel'altro naturale diritto che fu detto secundario... Or poichè UGO GROZIO contro ogni ragione fu di credere che questi due diritti così distinti veramente tra loro diversificassero". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 115.

77. "Laonde come il diritto naturale primitivo o i principi della natura sono la materia di ogni diritto volontario; così il diritto naturale secundario o i conseguenti di natura sano la forma di ogni diritto volontario, la quale, se tutta mancasse, sarebbero i diritti volontarî al tutto nullo ". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 123.

78. "S. Agostino, il quale spesso scribe che Iddio con una legge immutabile va difendendo la libertà di arbitrio che noi abbiamo". Cfr. *De universi iuris...*, cit., pág. 124.

turaleza humana". El Derecho positivo, en cambio, sería como un ordenamiento, existente de hecho desgraciadamente, que ni siquiera asume la primera de las exigencias iusnaturalistas, a saber: el establecimiento de un *principium unicum, evidens et adaequatum*.

Anselmo Desing, a mediados del siglo XVIII, examinó detenidamente estas exigencias del ius naturale et gentium. Es conveniente advertir que Desing, del mismo modo que Tholosanus, Hopper o Conring, no pretende con su extensa obra hacer un tratado que trate exclusivamente sobre el Derecho "positivo", o al que califique de "Derecho natural". Efectivamente, para un buen conocedor del Derecho, como es el caso de este autor, no tiene sentido la contraposición entre el ius naturale, de un lado, y el ius positivum, de otro, porque, siguiendo la tradición que estamos estudiando, los juristas buscan "lo que es justo", y *id quod iustum est*, "lo que es justo", es el resultado de una búsqueda en la que intervienen tanto los datos positivos como los principios más generales de la razón que solían ser llamados entonces "Derecho natural" entre los juristas.

En este sentido, Desing se opone a la primera de las pretensiones de los que quieren hacer ius naturale, es decir, un Derecho distinto del ius positivum que crea la Jurisprudencia. Por ello, siguiendo una crítica que ya se había hecho anterior y abundantemente a los tratados del "Derecho natural", Anselmo Desing explica que el fundamento del Derecho no puede ser un solo signo o "principio", como pretenden los iusnaturalistas, sino que ha de haber una pluralidad de puntos de referencia.<sup>79</sup> La razón, apunta Desing, puede errar, por lo que ella sola no puede ser la regla del Derecho natural, y por este hecho es preciso tener en cuenta una diversidad de reglas, a través de las cuales alcanzamos mediatamente la razón; es evidente que este autor no cree en la fuerza inmediata de una "Razón" que se mostraría inequívocamente a través de unos principios y unos razonamientos; él explica, más bien, que mediante muchas y diversas ayudas podemos atisbar lo que es racional.<sup>80</sup> De esta forma, siguiendo la tradición tomista –Desing cita frecuentemente a Tomás de Aquino– la razón no aparece como regla o medida, sino como aquello que es regulado y medido; es regulado por la prudencia, que tiene como fundamentos más básicos los primeros principios de la razón práctica, que no provienen de la misma razón –la razón, en es-

79. Vid. Su *De iuris naturae larva detracta*. Monachii, 1753, capítulo V, Thema XIV, que lo titula "Plura signa".

80. El escribe a este respecto que "Ratio igitur cum posse errare, et non recta esse, non est solum iudicium Iuris naturae, sed eidem opus est regulis quas ipsa ratio immediate attingat, et quibus mediantibus attingat voluntatem Dei". Cfr. *Iuris naturae...*, cit., Capítulo V, Thema XXVIII: Desing alude a la voluntad de Dios, aunque es cosa extraña en los juristas de formación prudencial, porque toda la época, desde hacía mucho tiempo, aludía a la Voluntad de Dios como fundamento último del "Derecho natural". De este modo resolvía el racionalismo jurídico moderno el problema de la obligatoriedad del "derecho natural". Haría falta un estudio sobre este tema, que se podría titular "La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo moderno".

tos autores, no es más que un instrumento que no da razón de sí mismo— sino que tienen un origen divino.<sup>81</sup>

La Jurisprudencia, que es la única “Ciencia del Derecho” o saber jurídico posible, versa sobre las acciones de los hombres, que son históricas, contingentes; sobre ella no cabe, pues, una certeza matemática, del tipo de la que pretendían los iusnaturalistas de la época, sino que únicamente proporciona una certeza moral, que sabemos que es la indicada cuando, ahora, no alcanzamos una certeza mayor sobre el tema discutido.<sup>82</sup>

Desing no acepta los mitos sobre los que estaba construido el “Derecho natural” moderno, tal como el del *status naturae*, ya que no tiene en cuenta la realidad actual porque parte desde un inexistente hombre aislado. Si el escritor escribe —explica él— para un estado que no existe, su labor es *otiosa*, puesto que no es *practica* (es preciso tener presente los significados de *otiosum* y *practicum* en los autores de formación prudencial que poco tienen que ver con los que hoy les damos).<sup>83</sup> El “Derecho natural” es la disciplina del hombre viviendo en sociedad,<sup>84</sup> y este hombre, el hombre real o social, se rige por unas leyes en las que ya está contenido el Derecho natural, tal como sucede con el Derecho romano.<sup>85</sup> “Cuando los derechos naturales se adecúan a la ciudad, de modo que en un estado actual tales derechos están contenidos en las leyes positivas, el Derecho natural consiste en el mismo Derecho positivo (*ius civile*), y no se le puede explicar, en la docencia, antes del Derecho positivo. En este sentido, Heineccius entiende que el *Ius Civile Romanorum* es el mismo Derecho natural aplicado a las acciones de los hombres”.<sup>86</sup> Quizá podemos retener, entre otras ideas, la tesis que Desing ha establecido ahora, a saber, que el Derecho natural está recogido en todas las leyes que se adecúan a las necesidades de la sociedad, de

81. “Sic iusit Rex David, Psalmum 4, v. 6 statim vero Multi dicunt: Quis ostendit nobis bona? sive unde intelligimus, quid sit iustum quod sacrificemus Deo? Et respondit illis rex: Signatum est super nos lumen vultus tui Domine” Se remite a Tomás, Suma Teológica, I-II, q. 19, art. 4. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XXV.

82. “Actio moralis non requirit certitudinem Physicam, aut demonstrationem Matephysicam, vel Mathematicam; cum ea ne possit quidem habere, quippe quae versetur in contingentibus; sed ad agendum sufficit certitudo moralis, id est talis, qua maiorum nunc non possum habere”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XI, parágrafo 2.

83. “Iuris naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema II.

84. “Iuris naturae disciplina potest scribi pro diversis statibus humanibus, quos capite I numerabimus... In omnibus his statibus perdurat Status Naturae, non aufertur, sed tantum circumscribitur et perficitur”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema III.

85. Titula el Thema II del capítulo VII: “Leges civiles saepe indicare possunt iura naturae, praecipue leges Romanae”.

86. “Iura autem naturalia ut congruunt civitati, sive ut ea in moderno statu exercenda sunt circumscripita legibus positivis, consistunt in ipso iure civile, neque adeo ante ius civile discenda sunt. Ex ipsius enim Heineccius sententia Ius civile romanum est ipsum ius naturae actionibus hominum applicatum”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo IV, Thema XXII, parágrafo 3.

modo que no es lícito presentarlo al margen del Derecho positivo, y hacer una docencia de él antes de haber explicado el Derecho positivo de cada comunidad política.

Siguiendo ideas similares a las de Vico –Desing parece no conocer a Vico, pero tampoco este último estableció nada original sobre este tema– Anselmo Desing establece extensamente que el Derecho natural es el Derecho positivo (*ius civile*) de cada Estado, que no existe un Derecho basado en la sola Razón, como pretendían los *iusnaturalistas*, sino que se requiere la intervención autoritaria del poder público.<sup>87</sup> Y es que las leyes civiles o Derecho positivo existente no constituyen un hecho más, sino que poseen fuerza normativa (*obligant in conscientia*), “ya que no son sino declaraciones del derecho natural”.<sup>88</sup>

Resulta claro, en este pensamiento romanista–prudencial, que aún perduraba en el siglo XVIII y que se perdería en el siglo XIX, que el Derecho natural no puede ser un ordenamiento jurídico que sea “previo” al Derecho positivo, o que discorra paralelamente a éste. El “Derecho natural” es, más bien, la razón humana aplicada a los asuntos prácticos que ha de resolver, siempre que esta razón no esté corrompida. Por este motivo, Desing afirma que el Derecho natural, en los grandes juristas que aún perduran como modelo –él se refiere a Bartolo y Baldo–, no es otra cosa que la sola razón de estos autores.<sup>89</sup>

## V. LOS INICIOS DE LA EDAD CONTEMPORÁNEA BAJO EL CONDICIONAMIENTO DEL RACIONALISMO MODERNO

Los juristas que inauguran la Edad Contemporánea, en plena crisis otoñal de la teoría del Derecho natural moderno, tenían las cosas muy difíciles. En efecto, Anselmo Desing había sido el último gran teórico de la jurisprudencia romanista, prudencial, que había quedado desbordada y sumergida, en la segunda mitad del siglo XVIII, por la doctrina del “Derecho natural” moderno; en consecuencia, a partir de 1760, por citar una fecha convencional, sólo se oye hablar en las cátedras universitarias de Centroeuropa de “estados de naturaleza” y “contratos sociales”, y la teoría sobre el Derecho positivo –fuera éste entendido bien como el Derecho romano, bien como el conjunto de las leyes generales dictadas por el Monarca para toda la nación– había quedado extremadamente des-

87. Vid el capítulo IX, Thema IV y V.

88. “Ita leges civiles humanae, modo non ad evertendam naturam, aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationes iuris naturae”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo I, Thema 5, párrafo 8.

89. “Ius Naturae: Ius Naturae! Tanta sapientia turgent rana quavis rudiores Bartoli et Balbuli. Est autem illis pro iure naturae sola sua ratio, quippe qua ipsa ipsissima ratio est”. Cfr. *Iuris naturae...*, cit., Proemium, párrafo 21.

cuidada, como amargamente se quejaba, por ejemplo, un jurista de la talla de J.A.L. Seidensticker.<sup>90</sup>

A esta *iusnaturalización* –valga el barbarismo– de toda la ciencia jurídica, hay que añadir un segundo factor, a saber: la extremada confusión a que había llegado el “Derecho natural” en el último tercio del siglo XVIII. Efectivamente, de un lado, después de dos siglos de hablar de “Derecho natural”, algunos de los últimos ilustrados efectivamente acabaron creyendo en la existencia de un ordenamiento jurídico “natural” que no necesitaría de ninguna sanción positiva; de este modo, el joven Gottlieb Hufeland, explicaba que en la clasificación de las Ciencias jurídicas, primero debía enseñarse el *Naturrecht*, y sólo en segundo lugar el *Positives Recht*, que se descomponía, según él mismo indicaba, en a) *Recht der Römer*, b) *Kanonische Recht*, y c) *Deutsches Recht*.<sup>91</sup> El mismo K.A. von Martini, ministro de la Reina de Austria para la legislación, enseñaba que “Las leyes naturales son como verdades matemáticas, que son deducidas, según las reglas de la Razón, desde principios innegables”.<sup>92</sup>

Pero, por otra parte, el sector mayoritario de los iusnaturalistas –que se guiaba por una idea muy confusa de lo que era el “Derecho natural”– veía en la doctrina iusnaturalista únicamente una guía para la creación de un Derecho positivo “correcto”; en este sentido, Hoffbauer, una vez que había abandonado, ya muy tardíamente, las filas kantianas, explicaba que “el Derecho natural de estos filósofos no es otra cosa que una teoría de la legislación jurídica positiva, en la medida en que se fundamenta en principios jurídicos”.<sup>93</sup>

Así pues, era difícil incluso delimitar las relaciones entre el Derecho natural y el positivo, porque ni siquiera estaba claro qué era el “Derecho natural”; y hay que añadir que algo parecido sucedía con el Derecho “positivo”, ya que bajo este nombre muchos juristas aludían fundamentalmente al Derecho romano –como era el caso, por ejemplo, de Gustav Hugo–, mientras que otros, como sucedía con Johann Stephan Pütter, se referían más bien al conjunto de la legislación positiva vigente en cada nación, dictada por la Autoridad local. Este no era, como podemos ver, el momento más propicio para clarificar los conceptos del Derecho natural y positivo, y sus relaciones mutuas.

90. Vid. *Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796*. Göttingen, 1797, per totum.

91. Vid. sus *Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft*. Jena, Zweiter Stück, 1801, pág. 39.

92. “Die natürliche Gesetze sind einfach, deutlich und hinlänglich bekannt. Wer die Natur der Dingen beobachten, und seine Vernunft gebrauchen will, dem werden sie überall unverkennbar aufstosse... Die natürlichen Gesetze sind wie mathematische Wahrheiten nach den Regeln der Vernunft aus unläugbaren Grundsätzen hergeleitet worden; sie sind also mathematisch gewiss”. Cfr. *Lehrbegriff des Naturrechts*. Wien, 1799, págs. 121-122.

93. “Das Naturrecht dieser Philosophen ist nicht anders, als eine Theorie der bürgerlichen Gesetzgebung, so weit diese auf Rechtsgrundsätze beruht”. Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt*. Hallae, 1816, pág. 6.

Sin embargo, como suele suceder frecuentemente, no faltaron autores que mostraron una extraña lucidez en momentos de confusión colectiva. De este modo, Johann Friedrich Reitemeier, mantuvo, en 1785, que el Derecho que está vigente en un Estado se compone, simultáneamente, de preceptos del Derecho natural, que son universales o iguales para todos los hombres, y normas relativas a, y dependientes del lugar y del tiempo, que unas veces son aceptables, y otras son rechazadas.<sup>94</sup> No existe una diferenciación tajante entre los principios del Derecho natural y las normas del Derecho positivo, mantiene Reitemeier, sino que en las circunstancias concretas en las que se encuentran las personas, las familias y los Estados, los principios del Derecho natural reciben una determinación (*Bestimmung*) positiva y concreta.<sup>95</sup> Su pensamiento, pues, es muy similar al de Tholosanus o Hugo de Roy.

La doctrina de Gustav Hugo es, como casi siempre, muy personal y difícilmente encuadrable en tendencias preexistentes del pensamiento jurídico. Él entiende que el Derecho proviene del azar, de hechos extraños a la voluntad del hombre, de conquistas realizadas por los pueblos más fuertes, pero también procede de la superioridad de la intelección (¿cómo traducir *Ueberlegenheit an Einsichten?*), de modo que, mientras la fuerza tiene una función más relevante en la configuración del Derecho público, la inteligencia y la capacidad de intelección de los juristas es fundamentalmente la que configura el Derecho privado.<sup>96</sup> Fue relativamente corriente –lo adelanto desde ahora– que un sector de los juristas relevantes del siglo pasado viera en el Derecho público el campo en el que se despliega la fuerza, imponiendo sus reglas más o menos arbitrarias organizativas de la sociedad, mientras que el campo del Derecho privado quedaría como el sector específicamente jurídico, difícilmente variable y, por consiguiente, donde podemos encontrar con mayor facilidad los principios del Derecho natural.

---

94. "Die Grundsätze der Vernunft sind die Richtschnur für den Gesetzgeber bey Abfassung seiner Vorschriften. Sie führen ihn alle dahin, dasjenige zu verordnen, was in allem Betracht für den Staat das Beste ist. Unter diesen Grundsätzen sind einige allenthalben anwendbar, unveränderlich und jedem Vernünftigen einleuchtend; es sind dies die Grundsätze des Naturrechts, deren Gebrauche hauptsächlich bey der Bestimmung des Rechts im Stande der Freyheit eintritt. Andere Grundsätze erlauben keine so allgemeine Anwendung, sondern sind nach Verschiedenheit der Lagen und Umstände bald zu befolgen bald zu verwerfen". Cfr. *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*. Göttingen, 1785, pág. LIII.

95. "In den individuelle und fortdaurenden Lagen, worin sich Personen, Familien und Staaten in innern und äussern Verhältniss befinden, erhalten die Grundsätze des natürlichen Rechts durch die sogenannte Gewohnheit, und in gebildeten Staaten durch ausdrückliche Gesetze, eine positive Bestimmung". Cfr. *Encyclopädie...*, cit., pág. 20.

96. "Alle positive Recht kommt von Schicksal, dem Zufalle, (der Gottheit, der Vorsehung) her, durch Uebermacht der Stärke (Eroberung) und anerkannte Ueberlegenheit an Einsichten, auf Seiten derer, die einen Satz desselben wollen, verbunden mit Angewöhnung und Consequenz, als Grundlagen der menschliche Natur. Durch die Macht wird hauptsächlich das öffentliche Rech bestimmt, durch Zutrauen zur Einsicht derer, die sie damit abgeben, das Privatrecht". Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlin, 1799. 1. Band, Einleitung, parágrafo 2.

Hugo no considera en ningún momento al Derecho natural como un ordenamiento paralelo al Derecho positivo que, en defecto de éste, rellene sus lagunas; en este sentido, aunque reconoce la existencia de lagunas en el Derecho positivo, se opone a que se considere al Derecho “natural” como un ordenamiento jurídico complementario o subsidiario.<sup>97</sup> Al contrario, el “Derecho natural” que él confusamente intuye debe ser aprehendido —explica él— desde la experiencia, desde esa experiencia jurídica que es esencial en cualquier manejo del Derecho positivo.<sup>98</sup>

En este momento, a comienzos del siglo XIX, tan confuso y sincrético, es preciso proceder con cuidado para no confundir la doctrina jurisprudencial del Derecho natural con los movimientos ya existentes que abogan por una *Philosophie des positiven Rechts*, o que, por mantener tesis historicistas, pretenden ver una justicia inmanente en cada institución jurídica positiva. Así, por ejemplo, J.H. Zirkler mantiene que la *Rechtsphilosophie* debe ser abstraída de lo que es Positivo, de modo que sea una Ciencia de la pura forma o de la Lógica (del Derecho),<sup>99</sup> y esta “forma” o esta “lógica” jurídicas han de poseer una naturaleza general y universal.<sup>100</sup> Es patente que Zirkler no describe lo que se había entendido por Derecho natural, sino que es uno de los pioneros de la doctrina de los “principios jurídicos fundamentales”, como la llama González Vicén,<sup>101</sup> que tan amplia fortuna tuvo en el ámbito de la Filosofía jurídica anglosajona bajo la forma de la Filosofía analítica del Derecho, y que, referida a Centroeuropa, se llamó, como ya he indicado, “die Philosophie des positiven Rechts”. Cuando Paul Johann Anselm Feuerbach nos indica que la Filosofía, en el Derecho, no es creadora (*schaffend*), sino solamente “configuradora” (*bildend*), porque se encuentra vinculada a una materia determinada<sup>102</sup> parece moverse dentro de una teoría semejante.

97. “Kein positives Recht kann je ganz vollständig seyn. Die unentschiedenen Fragen werden nach der Analogie desselben positive Recht, wenn dieses nicht gar zu wenig consequenz ist, zum Theil auch wohl nach der Analogie ähnlichen und benehbarter Rechte beantwortet, niemahls aber nach dem blossen sonst genannten Naturrechte, d.h. nach der blossen Metaphysik der Rechtslehre überhaupt, welche schlechterdings bey jedem positiven Rechte dieselbe seyn muss”. Cfr. Lehrbuch..., cit., Einleitung, parágrafo 9. El lector puede apreciar en este texto la influencia de la malentendida, por parte de Hugo, doctrina kantiana sobre el Derecho; una vez que ha configurado como lo ha hecho al *Naturrecht*, es incongruente que lo designe, kantianamente, como *Metaphysik des Rechts*.

98. “Ein solcher Naturrecht muss von den Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jedem positiven Rechte wesentlich sind”. Cfr. Lehrbuch..., cit., parágrafo 116.

99. “Rechtsphilosophie ist abstrahiert von dem, was unsere Wissenschaft Positives hat, eine blosser Wissenschaft der Form oder Logik”. Cfr. *Revision der wichtigsten Lehren des Positiven Rechts*. Giessen und Wetzlar, 1807, pág. 3.

100. “Woher sonst die Zufälligkeit einer jeden rechtlichen Entscheidung neben der Allgemeinheit und Nothwendigkeit, welche der unverletzliche Character des Rechts sind?”. Cfr. *Revision...*, cit., pág. 8.

101. Vid. sus *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., págs. 66 y ss.

102. “Die Philosophie, so ferne sie sich in die Grenzen einer positiven Wissenschaft begibt, ist nicht schaffend, sondern nur bildend. Sie ist da gebunden an einem gegebenen Stoff”. Cfr. *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*. 1810. He usado la edición de Surhkamp, Frankfurt/Main, 1948, pág. 27.

Por su parte, Warnkönig o Stahl parecen tener fe en una suerte de justicia ínsita de todo tipo de institución existente históricamente.

Un autor especialmente sincrético, que parece querer contentar a los seguidores de la “Filosofía del Derecho positivo”, a los historicistas, y que asume algunas tesis del saber prudencial sobre el Derecho, fue Julius Schmelzing. Este jurista se enfrenta a la tradición iusnaturalista conocida en el primer tercio del siglo XIX, y se opone, en consecuencia, a la idea de un “Derecho natural” que, por ser el “Derecho” del *status naturae*, fuera anterior a la comunidad política; a él le parece contradictorio pretender que tal “Derecho” habría existido fuera del Estado pero que, *ahora*, sería parte integrante del Derecho del Estado; o bien suponer —como según él hacen la mayoría de los escritores de estos temas— que existiría un Derecho para el estado a-social del hombre, y otro Derecho para la vida humana en sociedad. Si la fuente de ambos Derechos, el natural y el positivo, es la Razón, ¿debe comportarse esta razón contradictoriamente según la refiramos al Derecho positivo o al natural?<sup>103</sup>

La tesis que Schmelzing sostiene reiteradamente es que el Derecho positivo no está bajo ni sobre el Derecho natural, sino que lo positivo debe ser el Derecho natural mismo aplicado a cada Estado individual, el intento vivo de realizar la Idea eterna del Derecho en la individualidad viviente del Estado.<sup>104</sup> En otros momentos parece acercarse a la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, cuando explica que el Derecho natural, en su acepción más estricta y elevada, no es más que “la consideración filosófica y el tipo de exposición de todas las relaciones jurídicas y de todos los institutos jurídicos, según sus conceptos puros, que están vigentes en el Estado fenoménico”.<sup>105</sup> Más adelante, en la página 39, reitera que la “Ciencia del Derecho natural” no puede ser considerada como existiendo junto al Derecho positivo, sino que ha de ser pensada, en cada Estado concreto, como parte integrante de éste; pues en cada legislación

---

103. “Man wäre keineswegs in die Nothwendigkeit versetzt worden, das Natur-Recht auserhalb des Staates zu suchen und es doch öfters wieder auf eine ganz ungereimte und widersprechende Weise als integrierenden Theil der positiven Rechte im concreten Staate habe gelten lassen müssen. Nie wäre man, wir sovieler staats-wissenschaftliche Schriftsteller auf den Gedanken gerathen, das gewisse Rechts-Verhältnisse nur im Natur-Rechte, das andre dagegen nur in den positiven Rechten, also nur in concreten Staate, im Staate der Erscheinung... Die Quelle dieses sogenannten Natur-Recht ist ja doch die Vernunft. Die Quelle des positiven Rechts aber eben sie; also müsste die Vernunft sich im positiven Gesetze in Beziehung auf das Natur-Recht contradictorisch ankündigen?. Cfr. *Ueber das Verhältniss des sogenannten Natur-Rechts zum positiven Recht, zur Moral und Politik*. Bamberg und Würzburg, 1813, pág. 15.

104. “Das positive Recht steht also nicht unter und nicht über dem Natur-Rechte, sondern Erstes soll das auf den individuellen Staat angewandte Natur-Recht selbst seyn, der lebendige Versuch zur Realisierung der ewigen Rechts-Idee durch die lebendige Individualität der Staaten”. Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 26.

105. “Das Natur-Recht kann demnach in seiner eigentlichen wahren und höheren Bedeutung nur als: die philosophische Betrachtungs- und Darstellungs-Weise aller in dem Staate der Erscheinung gültigen Rechts-Verhältnisse und Rechts-Institute nach ihren reinen Begriffen (Grundbegriffen) erklärt werden”. Cfr. *Ueber das Verhältniss...*, cit., pág. 33.

positiva residen los principios y las verdades fundamentales y generales, en tanto que declaraciones externas de la razón iusfilosófica.<sup>106</sup>

Nicolaeus Falck, posiblemente, junto con Savigny, el jurista alemán más influyente de la primera mitad del siglo XIX, rechaza rotundamente la posibilidad de la existencia de un “Derecho filosófico” que, tal como mantenían los kantianos especialmente, pudiera ser objeto de un conocimiento apriorístico, ya que con esta forma de consideración del Derecho no captamos su naturaleza ética y, con ella, el carácter específico del Derecho.<sup>107</sup> “Pues el Derecho, prosigue Falck, solamente llega a su peculiar forma de existencia cuando un poder externo da vida a ciertos principios, un poder al que nosotros llamamos Estado”.<sup>108</sup> De estas consideraciones resulta, escribe Falck, que un “estado de naturaleza” inventado arbitrariamente, que debiera haber existido antes de que el hombre viviera políticamente, no puede ser algo ni verdadero ni operativo”.<sup>109</sup> Si la existencia del Derecho sólo es posible en el Estado, explica Falck, el Derecho natural, caso de que admitamos su existencia, ha de ser algo distinto a un Derecho racional o a una teoría de las relaciones sociales en el “estado de naturaleza” por lo que únicamente puede consistir en un conjunto de normas que son operativas (en el Derecho de) un Estado, pero que no han sido creadas por el Estado mismo.<sup>110</sup>

En consecuencia, el “Derecho natural” no puede ser entendido como un ordenamiento jurídico ni anterior al Estado ni paralelo a éste. Falck se plantea largamente el problema de las lagunas en el Derecho,<sup>111</sup> y explica que éstas han de ser resueltas, no por el sentimiento de justicia o de equidad del juez, sino por ese conjunto de “verdades jurídicas” (Rechtswahrheiten) que existen necesaria y tácitamente, al margen de la

---

106. “Die Natur-Rechts-Wissenschaft in diesem Sinne kann daher nimmer als neben dem positiven Rechte, als solches integrirend, in einem concret Staate gedacht werden. Denn in jeder positiven Gesetzgebung liegen ja ohnedem die allgemeinen Principien, die allgemeingültige Grund-Wahrheiten der Natur-Rechts-Wissenschaft, als veräusserliche Aussprüche der rechtsphilosophierenden Vernunft”. Cfr. Ueber das Verhältniss..., cit., pág. 39.

107. “Dass Rechtprinzipien nicht aus der Vernunft abgeleitet werden, oder ein Gegenstand apriorischer Erkenntnis seyn können, geht schon daraus hervor, dass es unmöglich ist, bei solcher Betrachtungsweise über das Gebiet ethischer Begriffe hinaus zu kommen, und den eigenthümliche Character des Rechts zu finden”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en “Kieler Blätter” für 1819, Ersten Band, pág. 7.

108. “Denn das Recht kommt erst in seiner eigenthümlichen Gestalt hervor, wenn eine äussere Anstalt zur Gewährleistung gewisser Grundsätze gegeben ist-eine Anstalt, die wir Staat nennen”. Cfr. *ibidem*.

109. “Hieraus erhellet zugleich, dass die Betrachtung einer erdichteten Naturzustandes, der dem Leben der Menschen in der Staatsverbindung vorhergegangen seyn soll, weder etwas Wahres noch Brauchbares liefern könne”. Cfr. *ibidem*.

110. “Wird das Daseyn des Rechts nur als im Staate möglich gesetzt, so muss das natürliche Recht, falls ein solches anzunehmen ist, etwas Anderes seyn, als ein Vernunftrecht oder als die Theorie der geselligen Verhältnisse in Naturzustande, und es bleibt kein andern Begriff übrig, als der Inbegriff solcher Normen, die zwar in einem Staate practisch sind, aber nicht durch den Staat selber hervorgebracht worden”. Cfr. *ibidem*.

111. Vid. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., págs. 8-12.

voluntad del legislador, en todo ordenamiento jurídico. Existe, pues, una *allgemeine Rechtslehre* o “ciencia jurídica natural”, que ha de ser deducida desde las necesidades de la vida, y que ha de volverse inmediatamente hacia la vida práctica.<sup>112</sup>

Estos principios jurídicos fundamentales (uso yo ahora el término “principio” en el sentido que lo usan, por ejemplo, Esser o Dworkin), componen la parte inmutable del Derecho, según Falck, la parte estrictamente científica, que no está sometida al arbitrio del legislador. Por este hecho, escribe que “Ante todo, el jurista debe estar preocupado por mantener la parte estrictamente científica del Derecho fuera del influjo de las leyes, a fin de obtener un margen para un desarrollo (del Derecho) libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo Permanente y lo Eterno (*das Bleibende und Ewige*), que se encuentra al margen del cambio histórico; todo lo demás, por el contrario, está sometido al cambio del tiempo, a las opiniones políticas e incluso al simple arbitrio”.<sup>113</sup>

En un sentido parecido al de Falck, Gustav Hugo explicará tardíamente, en la edición de su Manual de 1819, que el Derecho natural proporciona unas relaciones jurídicas que ningún Derecho positivo puede proporcionar por sí solo, y de forma similar a la de los juristas romanistas ya estudiados, Hugo mantiene que el Derecho natural es contemplado como un Derecho positivo General (*ein allgemeines positives Rechts*) que puede ser modificado en determinados extremos, pero nunca en su totalidad.<sup>114</sup>

Lo peculiar de estos autores, frente a la tradición iusnaturalista moderna, es que entienden siempre al “Derecho natural” como una parte del Derecho positivo que ya existe y que, sin embargo, no debe a su validez a unos fundamentos positivos. M. Tönsen se expresa, a este respecto, con bastante precisión; según este autor, catedrático de Derecho en la Universidad de Kiel, existe la “Ciencia de un Derecho positivo privado general” (*die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts*), que es la que él propone; se diferencia del *Naturrecht*, de la *Philosophie des positiven Rechts* o de la “Ciencia de la Legislación” (*Gesetzgebungswissenschaft*), en que estas últimas ciencias solamente proponen los criterios a

112. “Eine allgemeine Rechtslehre oder natürliche Rechtswissenschaft hingegen muss sich unmittelbar den Rechtsverhältnisse des Lebens zuwenden, und ihre Forschungen nach andern Regeln leiten”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 15.

113. “Vor allen Dingen sollten die Rechtsgelehrten bemüht seyn, den reinwissenschaftlichen Theil des Rechts von dem Einflusse der Gesetze frei zu erhalten, und für eine freie, rationelle Entwicklung Raum zu Gewinnen. Das Resultat dieser wissenschaftlichen Ergründung ist doch allein das Bleibende und Ewige, dasjenige, welches frey sein kann von geschichtliche Einwirkungen; alles Andere dagegen ist dem Wechsel der Zeiten, der politischen Ansichten und oft sogar einer reinen Willkühr unterworfen”. Cfr. *Allgemeine Betrachtungen...*, cit., pág. 16.

114. “Das Naturrecht sollte juristische Verhältnisse angeben, die um deswillen kein positives Recht angeben kann, weil keine Obrigkeit da is, und ohne Obrigkeit doch alles nur auf Treu nund Glauben, auf Moral, beruht... Das Naturrecht sah man als ein allgemeines positives Recht an, welches von dem weniger allgemeinen zwar abgeändert werden könne, aber nicht immer abgeändert sie”. Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts*. 4 edición. Berlin, 1819, parágrafo 30.

tenor de los cuales una suma determinada de reglas debe ser elevada a preceptos,<sup>115</sup> y él, en cambio, propone considerar las normas que ya poseen fuerza legal, las que componen el Derecho natural, que son aquellas normas que, aunque deben ser consideradas como parte de las reglas que tienen fuerza positiva, y que no se fundamentan, sin embargo, en un fundamento jurídico-positivo.<sup>116</sup> Estas normas, prosigue Tönsen, aunque se muestran fácticamente a través de una voluntad legisladora, no necesitan de una declaración expresa o de un acto de publicación para poseer fuerza vinculante, como es el caso de aquella norma que prohíbe disponer del cuerpo de otra persona sin fundamento jurídico.<sup>117</sup> Estas normas se diferencian del resto del Derecho positivo esencialmente en que las leyes escritas y las costumbres jurídicas varían necesariamente con la cultura de cada pueblo, mientras que éstas, por el contrario, son inmodificables, y, de hecho, rara vez sufren alguna modificación.<sup>118</sup>

Con lo expuesto hasta ahora puede apreciarse nítidamente la existencia de una corriente de juristas, en pleno siglo XIX, que rechazan tanto el "Positivismo jurídico" negador de cualquier justicia que no posea origen positivo, como a la concepción trivial y usual del "Derecho natural" que lo contempla como un ordenamiento jurídico que discurriría paralelo al Derecho "positivo". Friedrich Fischer publicó, sobre este tema, en 1837, una de las obras más completas de la primera mitad del siglo XIX, solamente superada por la de Arnold Möhl.

Fischer indicaba que existían, en 1837, dos tendencias fundamentales en la teoría jurídica. Por un lado estaba el "Derecho racional", *Vernunftrecht*, al que también llama Derecho natural "racionalista", que se

---

115 "Die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts sucht auf eine doktrinale Weise zu begründen und abzuleiten derjenigen Theil des positiven Privatrechts, welcher nicht zum geschriebenen Gesetz und zum Gewohnheitsrecht gerechnet werden kann. Diese Doktrin 1) Unterscheidet sich also von denjenigen Wissenschaften, welche man gewöhnlich unter den Namen von Naturrecht, Philosophie über das positive Recht, und Gesetzgebungswissenschaft begreift- von den beiden letztern, indem nur die Gründe enthalten, warum eine bestimmte Summe von Regeln zu gesetzliche Vorschriften erhoben werden könne". Cfr. *Grundsätze eines allgemeinen positiven Privatrechts*. Kiel, 1828, pág. 1.

116. "hier aber von Normen die Rede seyn wird, sie schon an sich gesetzliche Kraft haben; vom Naturrecht, indem dieses, wenn auch in demselben zum Theil von Regel gehandelt wird, welche für sich positive Gültigkeit haben, dieselben doch nicht durch ein positiv-rechtliches Fundament begründet". Cfr. *ibidem*.

117. "Denn die Doktrin, von der hier behandelt wird, enthält theils solche Normen welche, wenn sie auch in einem legislativen Willen factisch nachzuweisen sind, doch welche eine wörtliche Erklärung noch einen Publikationsact zu ihren verbindlichen Kraft erfordern; wie z.B. die Verpflichtung niemanden ohne rechtlichen Grund in der Disposition über seinen Körper zu stören. Cfr. *Grundsätze...*, cit., pág. 3.

118. "Der hier aufzustellende Theil des positiven Rechts unterscheidet sich daher von den übrigen wesentlich dadurch, dass letztere (das geschriebene Gesetz und Gewohnheiten) sich mit den steigenden und sinkenden Cultur eines Volks, bei einer Veränderung der äusseren und innern Bedürfnisse desselben, nothwendig verändern; bei jenen, dagegen, welcher einem Wesen nach veränderlich is, nur zufällig und unter bestimmten positiven Bedingungen eine Veränderung statt finden". Cfr. *Grundsätze...*, cit., pág. 6.

presentaba como un sistema jurídico construido a priori, solamente desde la razón pura, y que únicamente consideraba al Derecho realmente existente como objeto de su posible crítica, pero en modo alguno como una fuente de conceptos jurídicos.<sup>119</sup> En oposición estricta a esta doctrina del Derecho natural, la Filosofía del Derecho positivo situaba al Derecho existente históricamente como la única fuente de conceptos jurídicos, por lo que, de manera consecuente, la Filosofía jurídica quedaba reducida a un análisis y desarrollo de los principios y verdades contenidos en el Derecho histórico.<sup>120</sup>

Fischer entiende que el Racionalismo (*Rationalismus*) que representó Kant no llegó a sospechar, en su desprecio y minusvaloración del Derecho positivo existente<sup>121</sup> que existe un Derecho natural que se hace vigente en las sociedades humanas con necesidad inconsciente, por sí solo y de forma instintiva, a través de la naturaleza de las cosas, que se muestra mediante la inspiración del legislador.<sup>122</sup> De hecho, escribe Fischer irónicamente, la Humanidad no ha tenido que esperar a que llegaran los iusnaturalistas, y mucho menos a los moralistas, para saber qué es justo; el Derecho y la Moral son, al mismo tiempo que realidades racionales, productos naturales que proceden del impulso humano puro, adecuado y natural, así como del genio de cada pueblo y de las épocas, de la naturaleza de las relaciones humanas, tal como se nos muestran.<sup>123</sup>

Los ataques de Fischer fueron dirigidos, fundamentalmente, contra la Escuela del Derecho natural racionalista, a la que suele llamar *Rationalismus*; apenas tiene en cuenta o critica a la *Philosophie des positiven Recht*. El explica reiteradamente que el Derecho natural es una tarea de la reflexión (del *Nachdenken*) sobre la realidad, no el resultado de un

119. "Unter Vernunftrecht oder rationalistischen Naturrecht verstehen wir ein Rechtssystem, welches a priori konstruirt, oder rein aus der Vernunft und ihren Ideen heraus abgeleitete und entwickelt seyn will; welches somit das wirkliche und historische Recht und die positiven Rechtsverhältnisse nur als Gegenstand seiner Kritik, auf keinerlei Weise aber als Quelle seiner Rechtsbegriffe ansieht". Cfr. *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pág. 11.

120. "Im strenge Gegensatz hiermit betrachte die Philosophen des positiven Rechts das historische oder wirkliche gewordene Recht als die einzige Quelle der Rechtsbegriffe, wonach consequenter Weise die Rechtsphilosophie in einer blossen logische Analyse und Fortentwicklung der dem historischen Rechte zugrunde liegenden Grundsätze und Rechtswahrheiten bestehen müsste". Cfr. *ibidem*.

121. Vid. op. cit., pág. 13. Aquí vierte juicios muy fuertes contra el Derecho natural "racionalista" y, más en concreto, contra Kant.

122. "Von einem Naturrechte, das sich in der menschlichen Gesellschaft mit unbewusster Nothwendigkeit geltend gemacht, und die rechtliche Verhältnisse der Menschen, wie von selbst und instinkartig, durch die Natur der Sache, und durch Inspiration des Gesetzgeber, erzeugt hätte, hat der Rationalismus keine Ahnung". Cfr. *Ueber...*, cit., págs. 13-14.

123. "Die Menschheit hat nicht (sic en el original) aus den Naturrechtslehrer gewartet, so wenig als auf den Moralisten, um erst von ihnen zu erfahren, was Recht und Sitte sey, und sich darnach zu achten; sondern Recht und Sitte sind eben so sehr, als sie Vernunftideen sind, auch Naturgewächse, die aus dem reinen, gesetzmässigen und naturnothwendigen Grunde der menschliche Triebe, aus dem Genius der Völker und Zeitalter, und aus der Natur der menschlichen Verhältnisse, wie sich von selbst ordnen". Cfr. *Ueber...*, cit., pág. 17.

pensamiento (Denken) pretendidamente puro o a priori.<sup>124</sup> La reflexión humana debe versar, pues, sobre el Derecho real e históricamente existente, y también sobre el sentimiento de la Justicia, pero sobre el sentimiento, *Gefühl*, objetivo, no sobre las ganas o el arbitrio (die Gelüste, Willkühr), caprichoso.<sup>125</sup>

El Derecho natural es, pues, una realidad estrictamente jurídica, según Fischer, no una tarea “racional”, que se desarrolla y perfecciona según el grado de desarrollo de los pueblos.<sup>126</sup> No podemos admitir, explica este autor más adelante, un Derecho natural general, vigente para todas las épocas y todos los pueblos que —así entendido— solamente sería un Derecho pobre de los comienzos más groseros; al contrario, cada pueblo posee “su” Derecho natural, que avanza con el tiempo.<sup>127</sup> Esta perfectibilidad del Derecho natural es una consecuencia, entre otras, del hecho de que no existe una línea fija que delimite para siempre la frontera entre la Moral y el Derecho; al contrario, con el progreso de la Humanidad, esta línea se desvanece cada vez en mayor medida, de modo que la ley jurídica natural acoge progresivamente mayores contenidos morales, que elevan a la Humanidad a alturas superiores.<sup>128</sup>

Arnold Möhl representa, como ya advertía anteriormente, un pensamiento parecido al Fischer, aunque, quizá, sin tanta fe en el progreso moral de la Humanidad. Y es que tanto Möhl como Fischer siguen —a tientas, porque la escuela y se había perdido— la tradición prudencial sobre el Derecho natural y el positivo, propia de estos juristas, que se mueven exclusivamente al filo de la experiencia jurídica.

Möhl indica que el Derecho natural no puede consistir en un sistema jurídico-filosófico, que ordenara y dedujera todas las instituciones jurídicas según un criterio sistemático; no pueden existir una especie de Pandectas iusnaturalistas que acudieran en auxilio del Derecho positivo

124. En la pág. 23 hace una crítica a Hegel porque, tras reconocer la necesidad de lo que es en y por sí (an und für sich) verdadero, hace regresar el Derecho a las inseguras regiones del pensamiento, con lo que concibe al Derecho natural —sinónimo en Fischer del Derecho justo— como una tarea del pensamiento, y no de la reflexión sobre la necesidad del Derecho: “nicht durch bloses Nachdenken über seine naturnothwendigen Erscheinungen begründen wollte”.

125. “Leider ist mit der Berufung auf das Gefühl auch in der Rechtsphilosophie viel Unfug getrieben worden, indem, statt strenger Beobachtung und Analyse des allgemeinmenschlichen Rechtsgefühles, subjektives Gelüsten und willkührliche Meinung ist geltend gemacht worden”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 35.

126. Vid. la pág. 27, en donde comienza a tratar de la *Perfektibilität des Naturrechts*.

127. “und es gibt ebenso kein allgemeines, für allen Zeiten und Völker geltendes Naturrecht, welches nur ein armseliges Urrecht des rohesten Anfangs seyn könnte. Jedes Volk hat sein Naturrecht, das wieder mit der Zeit fortschreitet”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 69.

128. “Verhältniss des Naturrechts zur Moral: dass diese Gränzlinie keine Feste ist, sondern mit dem Fortschritt der Menschheit sich nach und nach verschiebt. Denn das ist eben die Aufgabe des sittlichen Fortschritts des Menschengeschlechts, dass das Sittengesetz nach und nach wieder zum Naturgesetze, das die Menschheit zur anderen höheren Natur werde”. Cfr. Ueber..., cit., pág. 66.

cuando éste no pudiera resolver un problema.<sup>129</sup> *Recht ist ein sittlicher Begriff*: el Derecho es un concepto moral, establece Möhl programáticamente; como realidad moral que es, no puede ser separado de la Moral en general, pues la misión de la vida del hombre, en su conjunto, es vivir de acuerdo con la ley moral. El origen de esta ley, de la que el Derecho es una parte, no es un invento de los hombres, sino que le es dado a éstos; el Derecho, como ha explicado Göschel, no procede de los hombres, sino que le ha sido dado a los hombres; tiene, pues, un origen religioso.<sup>130</sup> Möhl alude de vez en cuando a una Idea del Derecho, a que se encaminaría o debería dirigirse todo el Derecho históricamente existente; un resultado de este tender continuo hacia la Justicia, es que todo Derecho histórico es incompleto, imperfecto; la Filosofía del Derecho positivo, que ha desarrollado Hugo, es un auxiliar valioso del Derecho natural, pues permite disponer de criterios —basados en la utilidad— para mejorar el Derecho existente.<sup>131</sup>

Las teorías usuales sobre el Derecho natural no sirven para explicar la realidad jurídica porque solamente en la sociedad se realiza la vida del hombre y, con ella, su libertad, su dignidad, su propiedad, y en ella es donde la fuerza humana, que tiende hacia su desarrollo, es un derecho que es admitido y que debe ser afirmado; en consecuencia, no podemos

---

129. "Das Naturrecht kann und soll nicht ein philosophisches Rechtssystem aufstellen, in welchem alle unter den Menschen vorkommenden Verhältnisse und Anstalten von einem philosophischen Gesichtspunkte aus systematisch angeordnet und deducirt werden; es soll eben so wenig eine Art von naturrechtlichen Pandekten sein, aus welchem die in einem positiven Rechte nicht entschiedenen Fälle in subsidium entschieden werden könnten, es soll blos die höchsten Idee des Rechts, welche aller positiven Gesetzgebung zur Basis dienen, entwickelt". Cfr. *Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841, pág. 26.

130. "Recht is ein sittlicher Begriff und kann von der Moral nicht getrennt werden. Dem moralische Gesetze gemäss zu leben ist die Pflicht des Menschen, ihm Ansehen und Bedeutung zu verschaffen ist Pflicht der menschliche Gesellschaft, ist ihre Aufgabe, ihr Zweck. Der Ursprung dieses Gesetzes, das Recht also, kommt nicht von den Menschen, es ist ihnen gegeben, und darnach ihre Handlungen, ihre Verhältnisse zu ordnen. Das Recht ist, wie Göschel sagt, nicht von den Menschen gekommen, es ist zu ihnen gekommen. Das Recht hat daher eine religiöses Ursprung. Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., pág. 32.

131. "Mit dem Naturrechte wesentlich verbunden ist aber die Philosophie des positiven Rechts. Diese verhält sich zu dem Naturrecht, wie sich der besondere Theil zu allgemeinen Theil verhält.

Die Philosophie des Rechts, wie dieselbe zuerst Hugo bearbeitet hat, ist nämlich die Prüfung, die Kritik der in den positiven Rechte vorkommenden Instituten und Anordnungen, inwiefern dieselben die höchste Idee des Rechts gemäss sind. Das unvermeidliche Resultat dieser Prüfung wird hier freilich sein, bei der Unvollkommenheit alles Menschlichen, auch in positiven Rechte die Anwendung und Durchführung der höchsten Idee des Rechts nur unvollkommen ist, dass sich gegen Alles viel einwenden lässt, dass fast nichts den höchsten Ideen des Rechts ganz gemäss ist, dass fast Alles nur provisorisch, nicht peremptorisch rechtlich ist, dass Alles nur Stückwerk ist, das es aber noch um Vieles schlechter ein würde ohne positives Recht, dass ohne dasselbe von Realisirung der höchsten Idee des Rechts gar keine Rede sein könnte. Die Philosophie des positiven Rechts wird zum Resultate haben mit den Positiven zu versöhnen, und wir den Nutzen habe, die beste Anleitung zur Verbesserung des bestehenden Rechts zu geben, hauptsächlich durch den höhern Blick auf das positive Recht überhaupt, den sie uns verschafft. Die Prüfung aber und Kritik des positiven Rechts setzt immer jedoch das Allgemeine voraus, welches nothwendig dabei zum Grunde liegen muss und dieses Allgmeine eben ist das Naturrecht". Cfr. *Ueber das Naturrecht*, cit., págs. 27-30.

hablar de “Derecho” antes de la existencia de la sociedad humana, y los llamados “derechos fundamentales” (*Urrechte*) no existen; tales *Urrechte*, como se les suele llamar, no son otra cosa que las condiciones necesarias del existir físico y moral del hombre, de las que él dispone en sociedad, sin las cuales no puede el hombre ser pensado como hombre.<sup>132</sup>

Existen, pues, unos *Principia* o *Grundsätze* que son el fundamento de todo Derecho posible. Por este motivo, las leyes positivas no pueden ser consideradas como la fuente única del Derecho: el Derecho existe antes que las leyes, y sólo a través de éstas es convertido en reglas.<sup>133</sup> Por esta razón, un código es como un gramática, pues del mismo modo que la gramática presupone una lengua, así la ley presupone el Derecho.<sup>134</sup>

De forma coherente, y unánime, con la tradición jurisprudencial, Möhl, distingue dos elementos en el Derecho, uno permanente y eterno y otro cambiante, aquel de naturaleza moral, éste de índole política. El primero, afirma Möhl, igual que Connanus y los otros juristas que hemos estudiado, es eterno e inmodificable, y el otro es variable, pues Moral y Política, que son los componentes de todo Derecho positivo, se comportan entre sí como fin y medio. El componente moral del Derecho existe independientemente del consenso de los hombres, mientras que la dimensión política del mismo está sometida a los que los hombres acuerden, y varía según los pueblos y los tiempos, de modo que se puede decir, con Aristóteles, que constituye la medida para todo aquello que no es igual.<sup>135</sup>

En oposición completa a las doctrinas iusnaturalistas, especialmente a la kantiana, este jurista nos explica que el derecho subjetivo, entendido como una facultad que el hombre posee para hacer u omitir, se co-

---

132. “Erst durch in der Gesellschaft wird die Thatsache des Lebens, der Freiheit, der menschliche Würde, des Besitzes ein Recht, wird die Macht und das Vermögen des Menschen zur Aeusserung und Entwicklung seiner physischen, moralischen und intellectuellen Kräfte ein Recht, welches anerkannt und behaupten werden soll und muss. Vor aller menschlicher Gesellschaft kann daher von keines Rechten, es kann nicht von sogenannten Urrechte gesprochen werden. Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen des physischen und moralischen Daseins des Menschen, mit welchen er in der Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 41.

133. “Die Gesetze können aber das Recht nicht machen. Das Recht ist vor den Gesetzen bereits vorhanden und wird nur durch sie in Regeln gebracht”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 48.

134. “Ein Gesetzbuch ist gerade wie eine Grammatik; so wie diese die Sprache voraussetzt, so jenes das Recht”. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 48.

135. “Bei allen positiven Gesetzgebung muss übrigens ein beharrliches und ein bewegliches Element unterschieden werden, jenes ist das moralisch dieses das politische. Das erstere ist ewig und unveränderlich, das letztere wandelbar und veränderlich, denn Moral und Politik, welche die Bestandtheile eines jeden positiven Rechts sind, verhalten sich wie Zweck und Mittel. Der moralische Bestandtheil des Rechts besteht unabhängig von der Uebereinkunft der Menschen, hingegen der politische Bestandtheil des Rechts beruht auf der Uebereinkunft der Menschen und ist nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker verschieden und man kan denselben, um mit Aristoteles zu reden, wie die Maase betrachten, welche auch nicht allenthalben gleich sind”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 72. Como puede apreciarse repite, casi con el mismo tenor, las ideas que ya encontramos en Connanus, Tholosanus y Hugo de Roy.

responde con una obligación por parte de los otros hombres; pero no se trata, como mantenía Kant, de la obligación que corresponde a los demás de respetar esa libertad en el sujeto actuante, sino de una obligación previa a la facultad, que es la que legitima tal derecho, de modo que, donde no existe obligación, no se puede hablar de Derecho: eso es solamente el campo de la fuerza.<sup>136</sup> Esto implica que la obligación, la dimensión normativa, le adviene al Derecho desde la Moral. Frente al Derecho natural anterior, que distinguía entre obligaciones perfectas (las jurídicas) y las imperfectas, que serían las morales, Möhl establece con rara lucidez que “an und für sich” todas las obligaciones son obligaciones perfectas; si una obligación no es “perfecta”, el hombre no tendría ningún deber de obedecerla.<sup>137</sup> Todos los intentos de distinguir Derecho y Moral deduciéndolos de principios supremos distintos, han estado condenados al fracaso, como ya demostró Flatt, pues toda obligación tiene fuerza vinculante (es una *Zwangspflicht*), y todo Derecho es un derecho vinculante y coactivo.<sup>138</sup> Por tanto, Moral y Derecho poseen una fuente unitaria, que es la noción de obligación o deber, y corresponde al Estado establecer, de acuerdo con su finalidad específica, qué obligación (moral) debe ser elevada al plano jurídico.<sup>139</sup>

La legislación jurídica, explica Möhl, toma sus contenidos desde la Moral, y esto nos hace ver que Derecho y Moral no tienen como contenidos distintas obligaciones, sino las mismas. Sucede que el Estado dota algunas obligaciones de coercibilidad, y de aquí surge la diferencia entre obligaciones jurídicas (*Rechtspflichten*) y obligaciones morales (*Liespflichten*).<sup>140</sup> La fuente y el tronco unitario del Derecho y de la

---

136. “Recht im subjectiven Sinne, als das dem Menschen seiner Natur und seinen Verhältnisse nach Zukommende, als die Befugniss des Thuns und Lassens, als die Freiheit des Handelns und Nichthandelns, kann von einer gegenüberstehenden Obliegenheit, einer correspondirenden Pflicht in Andern nicht getrennt werden. Recht und Pflicht bedingen sich gegenseitig”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 39.

137. “An und für sich nämlich sind alle Pflichten vollkommene Pflichten, der Mensch soll aber seine Pflichten erfüllen, es giebt hier keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten. Da nun jeder Pflicht ein Recht gegenübersthet, so giebt es auch an und für sich keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Rechte. An und für sich giebt es nur grössere oder geringere, wichtigere oder minder wichtige Pflichten und Rechte sie sind nur dem Grade, nicht dem Wesen nach interscheiden”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit. pág. 51.

138. “Alle Versuche, den Unterschied zwischen Rechten und Pflichten aus einem obersten Grundsatz zu deducieren, sind verunglückt, wie dies Flatt überzeugend nachgewiesen hat. Jede Pflicht sollte eigentlich eine Zwangspflicht, jedes Recht ein Zwangsrecht sein”. Cfr. ibidem.

139. “Es ist daher die Aufgabe des Staats, gemäss seinem Zwecke, welcher in der Beförderung der sittlichen Vollkommenheit besteht, diejenigen Pflichten zu Zwangspflichten zu machen, welche zur Erreichung dieses Zweckes wesentlich nothwendig, oder doch sehr fördern sind”. Cfr. ibidem.

140. “Die Gesetzgebung nimmt ihren Stoff aus der Moral. Die Gesetzgebung und die Moral haben daher nicht verschiedene Pflichten zum Gegenstand, sondern dieselben. Nur verbindet die Gesetzgebung mit den für ihren Gegenstand, für ihren Zweck wichtigsten moralischen Pflichten das Merkmal des äussere Zwangs und daraus entsteht der Unterschied zwischen vollkommene und unvollkommene Pflichten, zwischen den sogenannten Rechtspflichten und Liebespflichten”. Cfr. Ueber das Naturrecht, cit., pág. 63.

Moral, la unidad original de la *obligatio*, ha sido una constante de la Jurisprudencia occidental durante muchos siglos; haber comprendido, como hizo Möhl en solitario, en medio de una época que no le era propicia —ahora tampoco lo sería—, que no puede existir un derecho sin deber previo, que “derecho” y “obligación jurídica” están al servicio de una función, un *officium* que genera un deber que da sentido y razón de ser al “derecho” y a la “obligación” de respeto por parte de los demás, es un mérito muy singular de Arnold Möhl.

## VI. A MODO DE CONCLUSIONES

La idea del *ius naturale* es, ciertamente, muy antigua; los primeros títulos del Digesto y de la Instituta bastan para demostrar, por la evidencia de sus textos, esta afirmación. Sin embargo, lo que la tradición jurisprudencial romana —y, con ella, los romanistas de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna— han entendido como *ius naturale* nada o poco tiene que ver con la idea usual a lo largo de la Edad Contemporánea.

Ciertamente, nunca han faltado soñadores, fuera de la realidad, que han entendido al “Derecho natural” a modo de ordenamiento jurídico, más o menos completo, que anularía o haría superflua la labor jurisprudencial, prudencial, con el Derecho. En este sentido, Martini, por ejemplo, en pleno siglo XVIII, época de oro del “Derecho natural” entendido en este último sentido, nos informaba de que “Raimundo de Sabunde, español de Barcelona, doctor en Medicina y Artes, en su Teología natural del año 1425, escribía que *Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes creaturas, et per naturas ipsius hominis, et per ipsummet hominem omnia probat, et per illa, quae homo certissime cognoscit de se ipso*”.<sup>141</sup>

Esta cita de Martini nos prueba que la quimera del *Derecho natural* estaba ya extendida en el siglo XV, y no hace ver, en consecuencia, que la afición del siglo XVI por la nueva “Idea del Derecho” que sustituyera a la “maraña” de la *Jurisprudentia* entonces existente se deslizó con cierta facilidad —el ambiente ya estaba preparado— por los carriles de una doctrina acerca del “Derecho natural”, en lugar de asumir la forma externa de una nueva doctrina sobre la “equidad”, como proponían Luis Vives, por ejemplo, y otros muchos. Es decir, el tópico del “Derecho natural” fue la expresión que encontró el siglo XVI para proponer un ordenamiento jurídico alternativo al Derecho jurisprudencial existente; podrían haber sido otros tópicos, pero triunfó éste históricamente. De esta forma, la doctrina del *ius naturale et gentium*, fue extraída del *Corpus Iuris Civilis* y de los comentarios de los juristas bajomedievales al Derecho

141. Cfr. el *Lectori benevolo* de C.A. Martini al libro de HOHANN OLDENDORP, *EISAGOGE seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*, cit.

Romano, en donde había estado recluída hasta entonces, y tomó una vida propia, aunque típicamente racionalista y moderna.

Así pues, lo que Kelsen solía llamar la ideología del Derecho natural es específicamente moderna, pues los juristas y teólogos anteriores al siglo XVI nunca entendieron al *ius naturale* en el sentido en que lo entendió la Modernidad; estos últimos, los teólogos, dependieron de las nociones del Derecho natural que les suministraban los juristas. Aunque es preciso reconocer que el asunto es complicado, no siempre de fácil intelección, porque lo que era el *ius naturale* en la jurisprudencia romanista estaba estrechamente vinculado, y dependía, del método jurídico entonces seguido.

En efecto, el “Derecho natural” de los jurisprudentes no era, en principio, sino un conjunto de verdades elementales prácticas que cualquier hombre puede conocer mediante su razón o su conciencia,<sup>142</sup> sin necesidad de razonamientos o de discurso argumentativo.<sup>143</sup> Por esta índole suya, al contenido del Derecho natural se le dió el nombre de “primeros principios de la razón práctica”. Estos *prima principia* no constituyen un cuerpo de doctrina independiente de la *iurisprudentia*, sino que tales principios se encuentran como “disueltos” por toda la doctrina jurisprudencial, fundamentando inferencias, facilitando pasos concretos y soluciones; por sí solos —si se me permite hablar así— estos primeros principios (el Derecho natural) no tienen existencia; únicamente se muestran en el razonamiento concreto jurídico, en los que tales principios concurren con el *ius civile*, las opiniones de los juristas, otros Derechos positivos y, especialmente, con multitud de razonamientos que se basan en la conveniencia, la lógica, la utilidad, etc, y que, juntos, componen el *ars iuris*, la Jurisprudencia o el Derecho, informado siempre por la *aequitas*.<sup>144</sup> Esta es la Ciencia de la Justicia, de la única justicia posible que no es ni “natural” ni “positiva” o que, dicho de otro modo, es simultáneamente positiva y natural, y que compone, al mismo tiempo, el Derecho “civil” y el “Derecho natural”. En consecuencia, el “Derecho natural” es una armazón más del Derecho civil, de la Jurisprudencia o Justicia, del único Derecho vinculante.

Estos primeros principios no fueron entendidos por estos autores a modo de axiomas desde los que se pudiera deducir un razonamiento; por el contrario, los principios no son más que facilidades para la inferencias y las inflexiones en los razonamientos, y están presentes en todos los grados y niveles del discurso. Unas veces, las menos, funcionan como instancias correctoras de la licitud o de la ilicitud de lo que está argumen-

142. Vid. GEORGETTE de St. Hilaire, *Precepts of Natural Law in the text of St. Thomas*. Tesis doctoral, inédita, 1962, Saint Louis University, U.S.A.

143. Vid mi estudio, *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVI*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”. XVIII (1975) págs. 286 y ss.

144. Vid. mi estudio *En torno al método de los juristas medievales*, en “Anuario de Historia del Derecho Español” (1982) págs. 637 y ss.

tando, pero normalmente se limitan a *concurrir* —el jurista *asume* estos principios— con otros muchos “principios”, extraídos del Derecho positivo, de la *aequitas*, del Derecho jurisprudencial existente o de razonamientos diversos; no se imponen siempre, como podría indicar superficial su rango de Derecho “natural”, sino que, como indico, *concurreren* en el razonamiento concreto, en donde son ubicados dentro de las exigencias del problema o *casus* y, por ello, las exigencias de justicia que ellos expresan son ampliadas o restringidas.

Esta última matización se observa paradigmáticamente en Hugo de Roy: *Iustum esse quod quaeritur*. El título mismo de su obra más conocida indica lo mismo: *De eo quod iustum est*. Para estos juristas existe la justicia, y ésta no es ni “positiva” ni “natural”; y si los primeros principios naturales “naturalizan” la Jurisprudencia, el carácter “positivo” razonamiento del jurista “positiviza” los contenidos de los primeros principios acerca de la Justicia que, por este hecho, suelen perder el rango de principios absolutos e inderogables —como hoy o la Modernidad los entendieron— y quedan reducidos a sus justos límites de tópicos, de datos concurrentes y no excluyentes del razonamiento jurídico.

Hoy nos resulta muy difícil entender esta naturaleza del razonamiento jurídico; tendemos a absolutizar las reglas y principios, y no podemos entender que la restricción de un principio no implica un recorte de él en el sentido espacial—geométrico del término, como si perdiera “parte” de su valor; establecemos, sin querer, una relación de *parte quo ad partem, et de toto quo ad totum*,<sup>145</sup> y esto no se corresponde con la realidad. No es así como los principios y reglas quedan asumidos en el razonamiento jurídico; nos resulta difícil entender —decía antes— que para estos juristas a los que he aludido, los datos provenientes del *ius civile*, del *ius naturale*, de la *aequitas* o de cualquier razonamiento aceptable, no son sino dimensiones o vertientes distintas —a veces contrapuestas— de las exigencias que plantea el caso. Ninguna de ellas puede pretender la exclusividad en nombre de su origen superior; la *jurisprudencia prudencial* no atendió a los “orígenes” de los principios o normas, sino a su juego específico al servicio de la justicia concreta de un caso; el origen era útil para justificarse por el uso de ese principio o norma, pero una vez pasada la fase de la autojustificación, el jurista debía demostrar el encaje del principio que arguía con las exigencias de la justicia, y en este momento del razonamiento, poco importaba que fuera “natural” o “positivo”.

---

145. Pedro de Bellapertica, ya en el siglo XIII, había denunciado este hecho, y rechazó que el “Derecho natural” pudiera derogarse *in particularitate*, pero no *in sua totalitate*. Esto suponía establecer una relación de *toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, que es absolutamente inadecuada al derecho. *Solutio ista* —concluye Bellapertica— *non valet unum obolum*. Vid. mi estudio *El Derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” (1981) pág. 77.

Por otra parte, ya hemos tenido ocasión de estudiar que las exigencias concretas del *casus*, que eran exigencias de justicia, borraban toda distinción entre el dato positivo y natural; ambos tipos de argumentos quedaban fundidos en la *aequitas* y, por este hecho, Francisco Connanus, y tras él otros muchos juristas, llegan a mantener que cualquier razonamiento conveniente, útil, constituye “Derecho natural”.

Es posible que parte de la culpa de tantos malentendidos la tenga la expresión “derecho natural”, que usaron los modernos. Efectivamente, cuando se comienza a hablar del *ius naturale*, en el siglo XVI, esta expresión ocupa el lugar de la *Justitia*, palabra o idea que aparecía ante muchos de los progresistas de la época como anticuada o desprestigiada. Por ello, en lugar de la *justitia*, o de la *aequitas* (término más antiguo<sup>146</sup>), la jurisprudencia racionalista que se inicia en el siglo XVI tomó la denominación de “derecho natural”, con la consiguiente cosificación y rigidez que implicaba este nombre para los contenidos de este “derecho”. El “derecho natural” de la Modernidad ha cumplido la función histórica –sin que ahora entre a estudiar más detenidamente este hecho<sup>147</sup>– de servir de nombre o rótulo de la jurisprudencia racionalista de la Edad moderna. Los *iusnaturalistas* modernos, en efecto, que especialmente en el siglo XVIII solían ser profesores de Matemáticas –personas ajenas al trabajo jurídico– concibieron a la ciencia jurídica como compuesta de *normas* que van de arriba a abajo. Por este camino desaparece el saber que versa acerca de los modos de analizar los problemas y en su lugar entra una jerarquía de “normas” de fundamento inexplicado.

No captaron, pues, que en lugar de una *impresión* de las normas, “de arriba a abajo” (efectos del pensamiento espacial aplicado a la Filosofía práctica), es la base fáctica, los hechos, los que reclaman “su” solución. Y que esta realidad, lejos de ser amorfa o indolente (como la llamaba Stammler) es la instancia que en definitiva selecciona las normas y principios que aparentemente le serán “aplicados”. Se trata del eterno juego de la Realidad con las pretensiones que aportamos los hombres. Pero explicitar esto con detenimiento queda para otro estudio.

---

146. Vid. mi estudio *En torno al método de los juristas medievales*, cit., págs. 630 y ss.

147. Vid. mi estudio *Nuestros prejuicios acerca del llamado “derecho natural”*, en “*Persona y Derecho*”, 27 (1992) págs. 21-200.