



Revista de estudios histórico-jurídicos
ISSN 0716-5455 *versión impresa*

Rev. estud. hist.-juríd. n.19 Valparaíso 1997



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
Sección Historia del Pensamiento Jurídico
XIX (Valparaíso, Chile, 1997)

**ANSELMO DESING O LA REHABILITACION DE LA CIENCIA
JURIDICA EN LA ILUSTRACION ALEMANA**

LETICIA CABRERA
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ (ESPAÑA)

El siglo XVII entendió como principal misión del conocimiento filosófico jurídico la construcción de "sistemas" de pensamiento¹, de forma que la jurisprudencia perdió su carácter de estudio analítico-sintético de problemas concretos y asumió la forma de propuestas de conjuntos totales de posibles ordenamientos jurídicos que comprendían por igual el derecho público y el privado. La tendencia deductivista que pretendía extraer todo el derecho desde un único principio supremo y universal² se vio reforzada en los siglos XVII y XVIII porque los pensadores de ese tiempo entendían que no se alcanzaba un auténtico rigor en la reflexión, si ésta no se hallaba concatenada en una serie de principios y conclusiones todos ellos derivados de uno primero y evidente. Esto fue debido, entre otras causas, a la revolución científica que caracterizó a esta época: el siglo XVII es el siglo de Bacon, de Kepler, de Galileo, de Descartes. El progreso científico y su metodología inductiva y deductivista" empezó a invadir el campo de la reflexión en todos sus ámbitos, como es especialmente patente, por ejemplo, en los vínculos que existen entre el entonces considerado pensamiento científico dominante y el pensamiento político-jurídico en la obra de Hobbes. También se puso de manifiesto en la figura de Samuel Pufendorf, que fue el primer jurista que consideró que la *demostración*, es decir, dotar a un saber sobre el hombre de tal certidumbre que no sea posible dudar de su conocimiento (que es el modo cotidiano de proceder en las Matemáticas), no sólo es posible, sino que es necesaria en el estudio del nuevo "derecho natural"³. Así, en términos generales, podemos decir que en el terreno jurídico, y programáticamente a partir de Grocio⁴, se fue imponiendo una nueva forma de abordar el estudio del derecho que culminó con la aparición de una nueva Ciencia del Derecho que fue llamada "derecho natural". Esta forma de proceder se caracteriza, como hemos dicho, por partir de un principio único y evidente, que pretendidamente procede de la sola razón, para, a partir de él, ir desgranando conclusiones que, por estar apoyadas en ese primer principio racional, son demostrables y evidentes en sí mismas. La razón, a partir de este momento, aparece como un mecanismo que avanza según resortes o palancas basadas en

la utilidad. Ya no es ese *intellectus* que pondera, que mide o que valora según las diferentes circunstancias que concurren en un momento dado, sino que, por el contrario, prescinde aparentemente de valoraciones y actúa sólo por "impulsos racionales".

Este proceso de racionalización del pensamiento jurídico llegó a su cima en el siglo XVIII, cuando la Ciencia Jurídica creyó en mayor medida en la unidad e invariabilidad de la razón. La razón "es la misma para todos los sujetos pensantes, para todas las naciones, para todas las épocas, para todas las culturas"⁵. Por eso, todo pensamiento que parta, que se apoye o que se deduzca de la sola y exclusiva razón, sin inferencias fenoménicas o empíricas de ningún tipo, ha de ser tenido por cierto y verdadero. En el ámbito de la cultura alemana que fue en la que en mayor medida se desarrolló este "derecho natural", el telón de fondo fue en su última etapa la *reine Vernunft*, la razón pura según fue expuesta (más o menos) por la Filosofía crítica kantiana. Los seres humanos devinimos "esencias racionales" (*vernünftige Wesen*), y el derecho natural consistió en *calcular* lo que es debido a cada esencia racional según la esfera de libertad (*Freiheitssphäre*) que le pertenece. La ausencia de consideraciones utilitaristas, que aún dominaban en el iusnaturalismo de Pufendorf, Thomasius o Gundling, prestaba una mayor "necesidad racional" a este iusnaturalismo de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX⁶.

Interesa destacar que el nuevo derecho natural que tiene como base estos rasgos que acabamos de exponer, partió desde Grocio con una pretensión de universalidad⁷ y, a partir de Hobbes y Pufendorf, con una fuerte impronta anticatólica. Quedó circunscrito a los círculos protestantes, que pronto lo erigieron en bandera contra el catolicismo⁸. La nueva disciplina del derecho natural jugó un papel muy importante en las guerras de religión que ocuparon a Europa en el siglo XVII. Se llegó incluso a considerar, en el empeño de desprestigiar toda la cultura filosófica, teológica y jurídica anterior a la Reforma que, antes de Grocio, no había existido ninguna doctrina del derecho natural. Este autor fue considerado como el fundador de esa "nueva ciencia". Y el desprecio por la jurisprudencia medieval y la escolástica católica fue la tónica general de los tratados de derecho natural protestantes⁹.

Durante el siglo XVII y en los primeros años del XVIII la batalla parece ganada por los "nuevos doctores" del derecho natural, porque la respuesta católica o de corte romanista no consistió en otra cosa que en el silencio o en la prohibición de determinadas obras¹⁰. Pero a mediados del siglo XVIII aparece la primera reacción católica importante contra las pretensiones confesionales o secularizadoras de los iusnaturalistas. En 1743, Ignatius Schwarz dio a conocer en sus *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, un derecho natural y de gentes que poco tenía que ver con el propio de los iusnaturalistas modernos. Y en 1753, Anselmo Desing, abad de la congregación benedictina del Monasterio de Endsdorf, Baviera, publicó su *Iuris Naturae larva detracta* (obra de contenido especialmente crítico con el nuevo derecho natural, como su título indica) y el *Ius Naturae liberatum ac repurgatum a principiis lubricis et multa confusione per doctores heterodoxos inducti*. Ambos autores, junto con Juan Francisco Finetti (*De Principiis iuris naturae et gentium*, 1777), conforman la más importante reacción católica frente al iusnaturalismo moderno, y el empeño por tratar de rescatar algunos rasgos básicos de la tradición anterior (la visión jurisprudencial) del derecho natural.

Anselmo Desing nació en Amberg, el 15 de marzo de 1699. Desde pequeño, y a raíz de la temprana muerte de su padre, recibió una enseñanza de carácter universal, que despertó en él su interés por las Matemáticas, la Geografía, la Historia, las lenguas latinas y griegas, la música, la pintura, etc. En otras palabras, muy pronto despertó en él el afán por saber. Desde su ingreso en la congregación benedictina de Endsdorf en 1717 destacó del resto de sus compañeros. De hecho, en 1723 el director P. Korbinan Grätz destaca a Desing con las siguientes palabras: "*Anselmus Desing oensdorfensis, humanista praestissimus, necnon ob*

memoriae et iudicii praestantiam specialiter considerandus: quo aptiorem ad Jura nullum habui, dignus, qui ad illud genus studii etiamnum applicetur; habuit elegantissimam orationem in honorem D. Ivonis"¹¹. Sus publicaciones fueron tempranas (su primera obra, la *Cosmographia* aparece publicada en 1727, si bien la redacción concluyó antes, en 1724) y abundantes. En ocasiones pone de manifiesto su capacidad y velocidad de trabajo, como es el caso de su "*Ensayo de una historia griega*", en cuyo prólogo nos dice haberla escrito en tan sólo diez días¹². Si tal hecho es cierto, no podemos más que asombrarnos, puesto que dicha obra consta de 183 páginas y llega hasta Cimón. Durante los años 1725-1731, Desing fue maestro de Humaniora en Freising, actividad que le reportó enormes satisfacciones, y desde 1736 hasta 1744 prestó sus servicios en la Universidad de Salzburgo, primero como profesor ordinario de Matemáticas, más tarde ocupó una plaza de profesor de Ética e Historia y, durante el curso de 1741/42 fue nombrado Decano de la Facultad de Filosofía¹³.

Precisamente, durante esta época universitaria, sufrió Desing una de las mayores decepciones de su vida cuando, movido por su afán de renovar el sistema de enseñanza que se seguía en la Universidad, así como la sustitución de los viejos manuales por otros más novedosos, se ganó la enemistad de sus compañeros. Estos no llegaron a comprender las intenciones de Desing, quien no estaba de acuerdo con los métodos escolásticos que ellos empleaban y, durante las elecciones a Rector son numerosos los testimonios que descalifican a Desing precisamente por su afán renovador¹⁴. Precisamente, fue esto lo que acabó por convencerle para dejar la Universidad en 1744.

Pero estos avatares no deben oscurecer el mayor éxito de Desing, que se sitúa en el campo de la Historia, precisamente donde posee una mayor formación¹⁵. Este éxito consiste en que, en su momento y en las escuelas católicas, hizo desaparecer los viejos libros que bastantes estudiantes manejaban entonces, para ser sustituidos por los suyos¹⁶. Fue tal la trascendencia de su obra que llegó a ser utilizada incluso en escuelas no católicas. Pero, además, también dedicó tiempo a la cronología y al método. Prueba de ello fue la publicación de su *Methodus contracta*, primera obra conventual de Ensding que, si bien mereció el reconocimiento general, fue criticada por el hecho de contener menciones a obras no católicas, lo cual da muestras del talante conciliador y de la cultura universal de Desing.

Simultáneamente, y sobre todo en el último periodo de su vida, Desing se vio impulsado a los estudios filosóficos, sobre todo en torno a la obra de Wolff, con la cual tropezó accidentalmente, cuando buscaba manuales para la Academia de Kremsmünster¹⁷. Fruto de este impulso, entre los años 1752 y 1754 aparece publicado un nuevo trabajo: se trataba de una obra de once tomos dedicados a la filosofía y a las visiones jurídicas del Enciclopedismo y racionalismo propio de la Ilustración. También toca aspectos relacionados con el proceso de secularización de aquella época. Precisamente, uno de estos trabajos fue su *Iuris naturae larva detracta* y su *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*¹⁸. El motivo principal que movía a Desing a escribir estas obras era defender a la Iglesia católica y a los católicos de las teorías escritas por autores anticatólicos. El problema era que año tras año las nuevas generaciones estaban estudiando en las Universidades las ideas filosóficas empapadas de "ilustración". Desing se vio en la obligación de poner de manifiesto el tono sesgado de esas nuevas doctrinas a través de sus escritos¹⁹. Por eso dirige su obra contra los escritos de profesores como Pufendorf y Wolff, aunque también arremete contra Thomasius, Heineccius y Hobbes, si bien en menor medida. Como consecuencia de esta preocupación, renace en Desing ese interés por cambiar el sistema de enseñanza, especialmente en el ámbito universitario.

Él es conocedor del *ius commune*, por eso rechaza la noción de derecho natural como un conjunto de preceptos inmutables y eternos, que se aplicarían sin más a la vida cotidiana. Es partidario de una concepción romanista de la justicia o de lo justo natural, según la cual, todo

lo justo es acorde o preceptuado por el derecho natural, de forma que éste "no se encuentra en los cielos de la especulación, sino dentro de los Derechos realmente existentes"²⁰. El derecho natural es la razón humana aplicada a los casos particulares y concretos, y resolverá de forma adecuada siempre que dicha razón no esté corrupta. Por este motivo, Desing afirma que el derecho natural, en los grandes juristas que aún perduran como modelo -se refiere, concretamente, a Bartolo y a Baldo- no es otra cosa que la sola razón de estos autores²¹.

Pero existe una diferencia fundamental entre esta razón que utiliza Desing para el derecho natural y la que manejaron los iusnaturalistas de su época. Estos últimos acuden a la razón como primer principio (y único) a partir del cual se van desgranando los restantes conceptos que integran el derecho natural. Es decir, bastaba con partir de un principio que fuera racional para, si las deducciones están adecuadamente hechas, desde un punto de vista meramente *lógico*, se puedan hallar soluciones conformes a ese sistema de derecho natural. Esto es fácilmente observable, por ejemplo, en una de las inteligencias posibles de la obra de Pufendorf. Él parte de la *socialitas* como primer principio racional fundamentador de todo el derecho natural. A partir de este principio, todo lo que sea conforme con él, todo lo que fomente la sociabilidad, formará parte del contenido del derecho natural, y lo que, por el contrario, la perturbe, se considerará como prohibido por éste²². La razón, aquí, es sólo un instrumento o herramienta de trabajo que aparentemente actúa sin valoraciones ni ponderaciones, sólo impulsada por resortes lógicos o puramente mecánicos²³.

No es esta la *ratio* que propone Desing. Él no compartía este afán racionalista, porque tiene en cuenta la otra vertiente de la racionalidad humana conocida como *intellectus* que, al margen de cálculos de conveniencias, muestra los primeros principios *normativos* de la racionalidad. Es importante insistir en esta aclaración porque la pieza fundamental de las construcciones iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII está constituida, como acabo de exponer, por la "razón" término que fue presentado en un sentido más poético que no práctico y que, como es lógico, así planteado, adquirió un sentido equívoco en manos de los iusnaturalistas modernos. Por eso Desing se esforzó en aclarar que, dado que la razón humana puede errar (en cuyo caso ya no sería "recta"), no puede, por sí sola, ser indicio o principio único del derecho natural sino, simplemente regla o medida de las obras a las que la misma razón pueda llegar a alcanzar²⁴. En otras palabras, la razón necesita "algo" sobre lo que razonar. No puede construir por sí sola, desvinculada de las cosas, la "realidad" que está llamada a regular. La razón necesita para su despliegue el mundo real, las cosas, las circunstancias históricas de los hombres; por eso, la razón utilizada de forma aislada y solitaria, como primer y único principio en el que apoyar todo el Derecho natural no puede ser, a juicio de Desing, *recta razón*, sino que será una razón errada y, el derecho natural construido a partir de ella, un falso derecho natural.

¿Qué es lo que nos han ofrecido, entonces, los iusnaturalistas bajo el nombre de "derecho natural"?, se pregunta Desing. "El derecho natural descrito por Pufendorf y Heineccius no es tal derecho natural, sino un derecho 'civil' adornado con algunas ideas expoliadas a la Ética y a la Teología moral"²⁵. Además, estas obras que tanta difusión y fama habían alcanzado entre las universidades europeas, exponiendo un derecho natural pretendidamente "nuevo", están realizados, a juicio de Desing, "ineruditamente" o desde la ignorancia. Si se hubieran tomado la molestia de leer atentamente a dos o tres de los casuistas o de los jurisconsultos, habrían encontrado en ellos todo eso que dicen "de nueva invención", mucho más ampliamente tratado, con muchas razones y argumentos cuidadosamente expuestos²⁶.

Y es que "un nuevo método no hace una nueva ciencia"²⁷. Si el derecho natural es aquello que se deduce de la recta razón, o de la sociabilidad (como pretende, por ejemplo Pufendorf), o del amor a sí mismo, ¿es que antes de Grocio nadie tuvo una recta razón? ¿Nadie fue

socio? ¿Nadie amó a Dios o al prójimo? ¿Todos se odiaban a sí mismos?"²⁸.

1. LA CONTRASECULARIZACION O LOS "PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO NATURAL

Desing tiene un concepto del derecho natural algo más complejo que la simple deducción lógica. Para explicarlo, él recurre a la diferenciación de dos órdenes distintos de principios: los principios indicativos y los principios constitutivos. Los principios constitutivos del derecho natural se encuentran en aquel ser del cual procede o se manifiesta la ley o el derecho natural mismo, y este ser no puede ser otro más que Dios, ya que, en cuanto que es esencialmente autor, es también esencialmente dueño y señor de todo lo creado. Y, en consecuencia, es también el que juzga y hace la ley. Por tanto, los principios constitutivos del derecho natural son uno y están formados o representados por "Dios o la voluntad de Dios o la razón de Dios"²⁹.

También recurrió a este argumento en su *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*. En este texto, el motivo al que apunta Desing para justificar la función de Dios en la constitución del derecho natural, se apoya en el carácter creado y dependiente del hombre, como criatura que no existe per se sino por participación en la Creación, al igual que el resto de las criaturas. Es decir, además de que las naturalezas de las cosas son muchas y diferentes entre sí, y por ello el razonamiento práctico ha de tener muchos y diferentes puntos de reflexión, sin que sea posible una única reductibilidad de las cosas *metafísicas*, el hombre depende de Dios. Por eso, aunque las naturalezas de las cosas pueden cambiar, nunca lo harán de forma total o completa, y, desde luego, no por sus propias fuerzas, sino que en todo caso precisarán una *potestas* "de fuera"³⁰. Y todo esto porque, repite Desing, la existencia del hombre es accidental, no existe por sí mismo. Y su naturaleza es *participada*.

El abad de Ensdorf insistió con especial interés en el carácter *participado* de la natura humana porque fue propio de la modernidad que se manifestó abiertamente con Samuel Pufendorf suponer o postular unas *qualitas morales* que 'pertenecían' sin más a cada hombre. Anteriormente, los escolásticos españoles que integraron la Segunda Escolástica, sólo habían reconocido derechos subjetivos naturales fundados en la ley natural promulgada por Dios³¹, porque aunque conocieron y usaron la terminología de la *qualitas moralis*, no se atrevieron a mantener el sinsentido de un derecho innato que existiría al margen de cualquier ley³². Hugo Grocio sí recurrió a la figura de la *qualitas moralis personae competens*³³, pero este holandés mantuvo confusa y contradictoriamente la dependencia de las facultades 'naturales' del hombre respecto de la ley eterna de Dios³⁴. Pufendorf fue quien postuló la desvinculación de los derechos innatos del hombre frente a Dios, ya que ordenó considerar a la naturaleza "contradistinta" (*contradistincta a Deo*) de cualquier ley eterna³⁵. A partir de Pufendorf se inició, de este modo, la secularización de la cultura político-jurídica, y fue lógico que John Locke diera por supuesta, sin mencionarla expresamente, la categoría de la "naturaleza contradistinta de Dios".

Desing, en oposición a esta tesis, afirmó que la consecuencia más general del hecho antes expresado sería la siguiente: Debe existir una causa por la cual todas las naturalezas son o existen: y de la cual todas dependen esencialmente. Es decir, de esta primera causa han recibido todas las criaturas la plena existencia, por ella se han de conservar, regir y ordenar como fin último³⁶. Esta primera causa es Dios, a cuyo imperio se ordenan todas sus criaturas, y Él es el mismo derecho natural³⁷. En consecuencia, los que pretenden estudiar y enseñar un derecho natural sin referencia a Dios, sin la utilización de ningún dato procedente, por ejemplo de la Revelación, sino desde la sola razón humana, se equivocan y lo que hacen es

construir un derecho natural "inventado"³⁸.

2. LA COMPLEJIDAD REPRESENTADA POR LOS "PRINCIPIOS INDICATIVOS" DEL DERECHO NATURAL

Esta ley eterna, que es la misma Razón de Dios, se conoce mediante la razón participada-creada que tiene el hombre. Esta razón participada no alcanza a conocer inmediatamente la razón divina, sino que lo hace mediatamente, a través de signos, conexiones, circunstancias, etc., que constituyen lo que se denomina principios indicativos del derecho natural³⁹.

Principio indicativo del derecho natural o de las obligaciones naturales del hombre es "todo aquello que contribuya e ilustre al intelecto para el conocimiento de sus obligaciones o de la voluntad del Legislador"⁴⁰. En consecuencia, el concepto de derecho o ley natural que maneja Desing, no es un concepto acabado o perfilado, lo cual es fiel reflejo de la teoría romanista del Derecho natural pre-moderno de la que Desing se hace eco. Porque en ella no existe una ley completa y perfecta que nos indique a los hombres qué es Derecho natural, pues existen realidades múltiples y distintas, irreductibles unas a otras, con exigencias diferentes y a veces opuestas, que son fuentes del derecho natural. Por eso los principios indicativos o promulgativos del derecho natural no pueden ser ni uno solo ni tan evidentes como pretendían los *moderni*. Y ello por varias razones: En primer lugar, porque Dios no puede prescribir de una sola forma todo lo que significa su voluntad. Además, si lo hubiera hecho de esta forma, dando a conocer su voluntad a través de un solo signo, y éste fuera o quedara oscuro para el conocimiento humano no tendríamos más remedio que "inventarnos", que acudir a la propia ocurrencia, para conocer el contenido o los preceptos del derecho natural (la voluntad de Dios, en última instancia)⁴¹.

En segundo lugar, si el principio indicativo o promulgativo del derecho natural fuese uno y evidente, como pretenden los iusnaturalistas, ¿por qué surgen tantas dudas y contradicciones entre ellos mismos? De hecho, explica Desing, se nos ha revelado un Decálogo, mucho más completo que un *principium* único, y cuando queremos aplicarlo a la vida concreta surgen mil dudas acerca de cual sea la voluntad divina; lo que nos indica que hasta el Decálogo, con componerse de muchos principios distintos, es insuficiente⁴². Si hasta en el Derecho civil, en donde tenemos un código, ¿qué hacemos cuando dudamos en su aplicación? Recurrimos a los usos, al consenso, a los intérpretes, al *arbitrium boni viri*, al espíritu del tiempo y del lugar, etc.⁴³.

Además, los principios indicativos del derecho natural no pueden ser uno ni evidentes porque si su función consiste en indicar la voluntad de Dios (como primer Legislador), si la voluntad del Señor fuera evidente para sus siervos, nosotros seríamos tan omnisapientes como Él. El hombre, como criatura de Dios, debe contentarse con tratar de descubrir su imperio y voluntad a través de los diferentes signos que él ha dado, y de esta forma contentarse con obtener cierta certidumbre sobre los contenidos del derecho natural, ya que la evidencia plena sobre él no está a su alcance⁴⁴.

Por tanto, un solo principio no es suficiente para conocer o comprender todo el contenido del derecho natural, ya sea considerado este principio como la sola razón humana, la sociabilidad pufendorfiana o el instinto de conservación hobbesiano. "*unum signum non potest sufficere generi humano*"⁴⁵, como pretenden los iusnaturalistas, sino que ha de haber una pluralidad de puntos de referencia. Y es que no puede discernirse la justicia de una acción -en definitiva, si es o no conforme al derecho natural- haciéndola descender desde un único principio. A través de esta vía podemos correr muchos riesgos, y así podríamos considerar como justas acciones

que, por sentido común, son contrarias al derecho natural. Por ejemplo, si se considera este primer principio como la paz social, todo lo que sea conforme con dicha paz deberá ser calificado de justo. Y así puede ser que matar al inocente, en un momento determinado, pueda contribuir a la paz y, en consecuencia, fuera ordenado por el derecho natural⁴⁶.

No pueden darse unos principios que sean infalibles en todos los casos. A veces resolverán adecuadamente, pero otras veces, según las circunstancias, no se ajustarán al caso concreto, a la vida práctica. "Aunque ello no signifique que no exista ningún principio"⁴⁷. Y es que Desing, formado en la tradición romana y tomista, está haciendo referencia a los llamados primeros principios de la razón práctica, que constituyen el fundamento más básico y elemental del derecho natural y de la justicia. Estos principios de la razón práctica son evidentes para todos los hombres, y tienen además carácter inmutable⁴⁸. Pero, como hemos dicho, son muy básicos y elementales, por lo que no nos sirven cuando nos enfrentamos a cuestiones de orden cotidiano; éstas están más bien determinadas por la "naturaleza de las cosas", por las circunstancias, que son las que indican, en un momento determinado, qué principio -en definitiva, qué bien- debe prevalecer, si la paz, la sociabilidad, la vida o el arbitrio individual. Pero sin que exista una jerarquía rígida de tales valores, sino que son las cosas, las circunstancias concretas, las que determinarán cuál va a prevalecer. En algunos casos será la vida, en otros puede ser un fuerte interés económico que haga estallar una guerra y, por consiguiente, arriesgar esa misma vida que, anteriormente ha jugado un papel preferente⁴⁹. En otras palabras, aunque el Derecho natural es siempre *una* solución justa, en su uso difiere y está integrado por varias reglas y medidas, precisamente porque se trata de una solución a *un* caso concreto y determinado. Por ejemplo, siempre será una obligación de derecho natural atender a los hijos, pero, en algunas ocasiones, esta obligación pasa por distintos "calibres" para ser enjuiciada. Así, en el caso de una separación, habrá que atender a las circunstancias económicas, profesionales o personales para hacer recaer esta obligación en uno de los cónyuges o en ambos, y con igual o desigual carga. Esto es, más o menos, lo que en el siglo XVI mantenía Albertus Bolognetus⁵⁰: Los preceptos del Derecho natural convienen, se aplican a todos los hombres de todos los tiempos y lugares, pero no siempre con la misma medida⁵¹.

Y es que la recta razón en la que consiste el derecho natural no es una realidad que esté ya constituida, terminada o perfilada, de forma que deductivamente extraigamos de ella las normas que guían nuestra actuación. Por el contrario, como ya indiqué, se trata de algo más complejo. La recta razón es, *simultáneamente*, aquello "dado" de lo que partimos y también la meta a la que hemos de llegar (determinada según el caso) y los medios que hemos de concretar. La recta razón es, por tanto, "norma" o medida activa y, a la vez, medida pasiva.

Por eso, afirma Desing, los que admiten únicamente la sola razón como instrumento de trabajo, pretendiendo deducir desde este único principio moral especulativo todos los dogmas, realizan una labor inútil. Porque los asuntos morales son particulares y contingentes y no se pueden deducir desde un principio universal y especulativo, sino que, por el contrario, se refieren a un fin práctico⁵². Es decir, la materia moral trata sobre negocios singulares; versa sobre relaciones entre los hombres, que somos seres contingentes y de comportamientos puramente accidentales. Por esta razón, por tratar sobre lo singular, no puede ofrecernos una seguridad en sus planteamiento al estilo de las Matemáticas o de cualquier otra ciencia demostrativa. Lo moral no puede demostrarse porque fluctúa y varía perpetuamente. Así, por ejemplo, apoderarse de una cosa ajena, en un momento determinado, puede que sea injusto, pero también puede suceder que, con la aparición de nuevas circunstancias sobreañadidas, esta acción se convierta en justa⁵³.

Por eso no es adecuado tratar al derecho natural como si de una *ciencia* se tratara, utilizando

un método analítico-sintético o resolutivo-compositivo. No es una materia demostrativa y, por lo tanto, no se puede pretender partir de una hipótesis para deducir desde ella todo su contenido. Esta labor está llamada al fracaso. Es más, aunque pudiera comprobarse que el derecho natural deviene de un único principio, la investigación sobre éste no interesa al derecho natural mismo, sino que sería más bien algo propio de la Metafísica o de la Lógica⁵⁴. Además, y en segundo lugar, el fin de la moral no es demostrativo, porque, como ya indicaron Aristóteles y Sto. Tomás de Aquino, la moral no tiene por objeto el *conocer* sobre los asuntos, sino el hacer. Su objeto no es la *verdad*, sino el *obrar*⁵⁵.

En consecuencia, los preceptos del derecho natural que nos traen los heterodoxos no son necesarios ni útiles para resolver las causas públicas⁵⁶. Y es que, cuando se trata de llevar a la práctica jurídica todas estas cuestiones, Desing expone beligerantemente el salto que existe entre la nueva disciplina de Derecho natural y la tradición del *ius commune*. Si el derecho natural está determinado por la recta razón y coincide con lo justo concreto, o, en otras palabras, todo lo que es justo es preceptuado por el derecho natural, y para determinar lo justo hay que estar al hilo de las circunstancias, poco importa para resolver un contrato de arrendamiento o una hipoteca saber cuál es el primer principio adecuado y evidente capaz de englobar en él todas las soluciones jurídicas. Tarea, por lo demás, bastante difícil dada la irreductibilidad de lo concreto. La sola razón no sólo es inútil para la vida foral, sino que es, además, adversa; puede llevar a conclusiones erróneas, puesto que desconoce cualquier ley, costumbre u ordenanza por encima de ella, que le ayude a enjuiciar⁵⁷.

3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

El concepto que mantiene Desing sobre el derecho positivo es también dependiente de la filosofía jurídica jurisprudencial. Al igual de lo que entiende por derecho natural, este autor se muestra muy apegado a la tradición romanista. Así, sigue fielmente el pensamiento de la *jurisprudencia* cuando afirma que las condiciones o requisitos para que una ley humana sea justa deben ser: en primer lugar, que sea conforme al derecho natural; en segundo lugar, que se ordene al bien común de la ciudad, y por último, que esté promulgada por un superior; es decir, debe estar *ordenada*, revestida de autoridad, porque la ley positiva no puede ser un simple *consejo*. Luego, otras condiciones serán la promulgación, la claridad, la generalidad, etc⁵⁸. A través de esta vía, la ley humana deja de ser un simple mandato y aparece revestida por un contenido moral: la ley humana obliga no sólo en el foro, sino, sobre todo, obliga en conciencia, dada su relación con la ley natural y, por participación, con la ley eterna⁵⁹.

Aquí es donde radica el pilar principal del pensamiento de Desing para hacer frente a las teorías modernas del derecho natural: No hacer otro derecho paralelo al ordenamiento positivo, bajar al derecho natural de su pedestal abstracto y desencarnado y volver a la tradición del *ius commune*⁶⁰. No en vano Desing declara que las leyes humanas positivas "*non sunt nisi declarationes iuris naturae*"⁶¹. No se trata, pues, de dos disciplinas distintas, sino que el derecho positivo, si es adecuado, contiene en sí mismo al derecho natural⁶². Es decir, que el derecho natural está recogido en todas las leyes que se adecúan a las necesidades de la sociedad, de 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 política⁶³.

Porque el derecho positivo no supone una derogación o lesión del derecho natural; por el contrario, su razón de obligar deviene, precisamente, de su relación con la ley natural y la divina. La ley humana no es más que "una" perfección de la ley natural. Perfección porque

los preceptos concretos de derecho natural que conoce el hombre son pocos y muy genéricos. Sólo a través del derecho humano, o del derecho de gentes, podemos dar respuesta a los problemas cotidianos. El derecho de gentes es, pues, derecho humano, porque está realizado por los hombres en consonancia con las necesidades de la comunidad, y atendidas las tradiciones y los consensos; pero no es ajeno al derecho natural y divino, puesto que su justicia interna (es decir, su rasgo de *derecho*) deriva de estos últimos. La ley humana positiva es verdadera ley cuando, además de responder a la *utilitas*, no lesiona o es conforme a los postulados básicos de la recta razón; en definitiva, al derecho natural⁶⁴. Por eso, Desing mantiene que no es correcto el estudio de las cuestiones referidas al derecho natural en una disciplina nueva y alejada del propio derecho civil. Y mucho menos con anterioridad a este último. Desing, como ya expliqué, fue un hombre preocupado por el sistema de enseñanza en las escuelas y en la universidad, de ahí su insistencia en recordarnos que las "*leges civiles saepe indicare possunt iura naturae, praecipue leges romanae*"⁶⁵.

¹. Cfr. CASSIRER, E., *La Filosofía de la Ilustración*. Trad. Eugenio Imaz. Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 21.

². Vid. CARPINTERO, F., "*Mos italicus*", "*mos gallicus*" y *el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, en "*Ius Commune*" VI (1977), págs. 151 y ss.

³ Cfr. PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Gentium libri octo*. Ed. G. Mascovius, reprint. 1759, Frankfurt am Main, 1967, L. I, cap. II, parágrafo 2, pág. 23. Al respecto, Vanda Fiorillo afirma: "In particolare, Pufendorf respinge tutto ciò che Aristotele nell'Etica Nicomachea aveva sviluppato in senso contrario all'assimilazione dei problemi morali a quelli che trovavano soluzione in criteri affini al metodo matematico. In limine alla sua opera maggiore, infatti, egli dichiara programmaticamente di voler estendere il metodo matematico allo studio del diritto naturale". *Tra egoismo e socialità. Il giunaturalismo di Samuel Pufendorf*. Jovene editore, Napoli, 1992, pág. 7.

⁴ "Grocio busca descender de los primeros principios generalísimos para atender a la diversificación de los mismos a través de otros principios intermedios y de conclusiones más o menos próximas". BRUFAU PRATS, Jaime, *La actitud metódica de Pufendorf y la configuración de la Disciplina Iuris Naturalis*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 32. Es precisamente por razón del método, que se puede denominar a Grocio como un autor "moderno", porque en cuanto al contenido, las reminiscencias clásicas y escolásticas de su obra resultan evidentes, como bien han puesto de relieve numerosos autores, entre ellos, PASSERIN D'ENTREVES, A., *La dottrina del diritto naturale*. Milano, 1962, pág. 75; o CARPINTERO, F., *Nuestros prejuicios acerca del llamado "derecho natural"*, en "*Persona y Derecho*" 27 (1992), págs. 99 y ss.

⁵ CASSIRER, E., *La Filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 26.

⁶ Vid. por ejemplo, CARPINTERO, F., *La Cabeza de Jano*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, págs. 31 y ss.

⁷ Me refiero, concretamente, a la consideración del derecho natural como un ordenamiento eterno e inmutable, valedero para todos los tiempos y lugares. Vid., por ejemplo, PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Gentium*, cit., L.II, cap. IV, parágrafo 5, pág. 181.

⁸ "La nueva ciencia moral distinta de la "escolástica" y el nuevo "derecho natural", conocido usualmente como racionalista o moderno para diferenciarlo del escolástico-católico, son creaciones genuinamente protestantes que surgen en el siglo XVII en tono polémico con la cultura establecida hasta entonces". CARPINTERO, F., *La modernidad jurídica y los católicos*, en "*Anuario de Filosofía del Derecho*" V (1988), pág. 384. Vid. también, del

mismo autor, *Una introducción a la Ciencia Jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, págs. 28 y ss.

⁹ "Ius Naturae Protestantium unice tendere ad Catholicam religionem evertendam". A. Desing, *Iuris Naturae larva detracta*. Monachii, 1753, Consilium scriptionis larvae detrahendae, parágrafo 21, pág. 5.

¹⁰ Cfr. CARPINTERO, F., *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., págs. 404 y ss.

¹¹ Cfr. STEGMANN, I., *Anselm Desing, abt von Ens Dorf (1799-1772). Ein Beitrag zur geschichte der Aufklärung in Bayern*. Kommissions-Verlag R. Oldenbourg, München, 1929, pág. 13. Resulta curioso que el P. Korbinian Grätz destacara en Desing las mismas cualidades o capacidades con las que posteriormente destacaría: como profesor de Humaniora y como defensor de la concepción jurídica católica.

¹² "Cum anno 1735... convalescerem, domi me adhuc continens ita sereno capite fui, ut omnia sponte occurrerent animo. Hinc igitur inter decendium sine ullis fere subsidiis (excepto Xenophonte, Plutarcho, Nepote, Aristotele, Petavio) scripsi hanc Graecorum historiam, praeter alia. Quam negotia dein alia interruperunt et abitus Salisburgum". El texto no llegó a publicarse, pero se encuentra en la Biblioteca Universitaria de Munich (Cod. Ms. 2°359).

¹³ Cfr. STEGMANN, I., *Anselm Desing...*, cit., págs. 38-45.

¹⁴ Desing es llamado por sus compañeros "Rector de Rectores", y es tachado de dictador y de dominar al Rector actual P. Gregor Horner, quizá por su carácter fuerte y por su afán de perfeccionismo. En una carta al P. Eliland Bayr, Superior de la Misión de Schwarzach, se comentan las lamentaciones que despierta Desing en el ámbito universitario: "Lamentaris de magnifico P. Rectore et ecce sociam lamentatorum habes totam universitatem, professores non minus quam victores aliosque, et non tantum super Rectorem ipsum, sed etiam Rectoris Rectorem P. Desingium Reformatorem et Dictatorem Universitatis, in cuius manu est cor magnifici P. Rectoris". Cfr. STEGMANN, I., *Anselm Desing...*, cit., pág. 53.

¹⁵ La inclinación de Desing hacia la Historia queda puesta de manifiesto en una carta, escrita en 1725 a su profesor de Teología en Michelfeld, el P. Corbinian Grätz, más tarde abad de Rott. a. Inn. En ella, Desing recuerda que desde siempre había sentido un especial atractivo hacia esta materia. Ya en sus años de juventud había leído libros de contenido histórico, con tanto celo que su madre no conseguía quitárselos durante las comidas: "*Neque vero vacuus ad illud studium accedo. Historici enim argumenti libros legi a pueritia, ita ut neque prandenti eos e manibus evellere nequiverit indignata mater. Tum politicos inspexi non contemnedos*". Cfr. I. Stegmann, *Anselm Desing...*, cit., pág. 8.

¹⁶ Por ejemplo, su obra *Historica Auxilia oder historischer Behülff*, publicada en 1733, no estaba pensada como un libro de enseñanza, sino como libro de lectura. Sin embargo, la obra encontró el aplauso general y fue vendida rápidamente a pesar de su gran extensión: 724 páginas, en su primera edición, llegando a alcanzar, en la última, ocho tomos a los que en 1748 se le añadieron tres tomos más que contenían la historia del nuevo tiempo. Esta obra tuvo tal éxito que llegó a sustituir el libro hasta entonces utilizado en las escuelas católicas e, incluso, en las no católicas. Cfr. STEGMANN, I., *Anselm Desing...*, cit., págs. 30 y 31.

¹⁷ Cfr. STEGMANN, I., *Anselm Desing...*, cit., pág. 29.

¹⁸ Los títulos completos de estos once tomos son: *Opuscula varia. 5 partes. Salisburgi, 1752*. (Esta obra no ha sido encontrada). *Regnum rationis hodiernum nihil praestantibus esse vetere, et multos de regnos rationis multa crepantes confuse et indefinite loqui, demonstratur*. Pedeponti, 1752. *Diatribes circa methodum Wolfianam in philosophia practica universali h.e. in principiis iuris naturae statuendis adhibitam, quam non esse methodum, nec scientificam ostenditur*. Pedeponti, 1752, 1754. *Spiritus legum bellus an solidus? Disquisitio contra librum: L'esprit des loix*. Pedeponti, 1752, 1754. *Praejudicia reprehensa praejudicio majore, ubi ostenditur, eso qui saepe hortantur nos omnia praejudicia ponere, hoc ipsum ex praejudicio majore plerumque dicere. Auctor spiritus legum, tu in hoc argumento versetur, examinatur*. Pedeponti, 1752, 1754. *Hypodigma politicum iuris naturae, eso, qui ratione sola in iure naturae utendum docent, aut ludere, aut modernum hominum statum demutare et magistratibus ac reipublicae periculum creare*. Pedeponti, 1753, 1754. *Iuris naturae larva*

detracta compluribus libris sub titulo iuris naturae prodeuntibus, ut Puffendorffianis, Heineccianis, Wolfianis, etc. Pedeponti, 1753, Fol. min. Ius naturae liberatum ac repurgatum a principiis lubricis et multa confusione per doctorem heterodoxos inductis. Monachii, 1753. Fol. min. Ius gentium redactum ad limites suos, quos novi quidam doctores perruperant. Monachii, 1753. Fol. min. Opes sacerdotii num reipublicae noxiae? Ex rerum natura, sana politica et communis sensu generis humani examinatum. Pedeponti, 1753. Ad eminentissimum principem Angelum Mariam S.R.E. Tit. S. Praxedis Cardinalem Quirinum etc. Replica pro clarissimo viro Abrahamo Gotthelf Kaestnero etc. super methodo Wolfiana scientifica aut mathematica. Aug. Vindel. Et Monachii, 1754.

¹⁹ Desing se expresa en los siguientes términos: "*Cum tamen in fundo nihil horum, sed collineatio eorum haec sit, ut catholicam ecclesiam faciant exosam falsis praeceptis; ut sibi plausum in orbe Germanico faciant, ut specie melioris scientiae nobilitatem nostram ad se pelliciant, pellectam corrumpant*". Vid. I. Stegmann, Opus cit., pág. 81.

²⁰ CARPINTERO, F., *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 409.

²¹ "*Juvenuli enim auditores, etiamnum a matre (ut saepe solet) rubentes ad omnia capita occinere solent: Ius Naturae: Ius Naturae! Tanta sapientia turgent rana quavis rudiores Bartoli et Balbuli. Est autem illis pro iure naturae sola sua ratio, quippe quae ipsa ipsissima ratio est*". A. Desing, *Iuris Naturae larva detracta*, cit., Consilium scriptionis larvae detrahendae, parágrafo 21, pág. 5.

²² "*His positis, adparet, fundamentalem legem naturalem esse hanc: Cuilibet homini, quantum in se, colendam et servandam esse societatem. Ex quo consequitur, qui qui vult finem, vult etiam media, sine quibus finis obtineri nequit: omnia, quae ad istam socialitatem necessario et in universum faciunt, iure naturali praecepta: quae eandem turbant aut abrumpunt, vetita intelligi. Reliqua autem praecepta sunt tantum velut subsumptiones sub hacce generali lege, quorum cuidentiam lumen illud naturale hominibus insitum insinuat*". PUFENDORF, *De Officiis hominis et civis*. Giessae, 1731. Lib. I, cap. III, parágrafo IX, págs. 75 y 76

²³ A finales del siglo XVIII, los integrantes de la Escuela kantiana no se contentaron con hacer suya "la noción de sistema que ya era usual desde un siglo antes; llevados por su afán de pureza racional, exigieron que el principio inordinante de todos los conocimientos, es decir, el axioma o postulado básico, fuera la razón misma, es decir, la estructura propia de la razón y, en este sentido explicaba Zachariä que "los conocimientos no-sistemáticos no cuentan ante la razón. Pues una ciencia es una pluralidad de conocimientos que la razón recibe a través de sí misma, a los que comunican su forma; y en la medida en que la razón es razón por esta forma, del mismo modo los conocimientos sólo pueden ser racionales en la medida en que se adecúan a tal forma. Dicho brevemente: razón y conocimiento científico son palabras equivalentes". Cfr. CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*, cit., pág. 31.

²⁴ "*Ratio ergo nec est solum nec primum principium indicativum Iuris naturae. Ratio igitur cum possit errare, et non recta esse, non est solum indicium Iuris naturae, sed eidem opus est regulis, quas ipsa ratio immediate attingat, et quibus mediantibus attingat voluntatem Dei, utens, iis tanquam speculis aut specillis*". A. Desing, *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. XXIX, pág. 28.

²⁵ "*Ius Naturae a Puffendorffio et Heineccio descriptum, non esse Ius Naturae promissum sed particulare Iuris Civilis, ornatum aliquot spoliis Ethicae ac Theologiae moralis*". A. Desing, *Op. cit.*, cap. XIV, pág. 142. Vid. Sauter, *Iuris naturae larva detracta, Eine Naturrechtskritik aus dem 18. Jahr.*, en "Zeitschrift für öffentlichen Recht" VIII (1928).

²⁶ "*Inerudite fecerunt: nam si vel duos tresque ex solis casuistis, et ex Jurisconsultis attente legissent, omnia illa, quae a se dicunt de novo inventata esse, reperissent uberrime tractata, perque multas rationes et argumentationes pulcherrime stabilita*". A. Desing, *Op. cit.*, cap. XV, Them. I, parágrafo 1, pág. 147.

²⁷ "*Nova methodus non facit novam scientiam. Ius civile Romanum alii per commentaria ad singulas leyes ediderunt: alii per causas: Heineccius nuper per concisos paragrafos et*

naturali ordine saepe in praeposterum mutato. Nam igitur Lauterbachius, num Heineccius inventores sunt Iuris Romani, et ante hos ignoratum fuit in orbe Ius Romanum? sicut isti crepant, ante Grotium, et maxime Puffendorffium ignoratum fuisse ius naturae?". DESIGN, A., Op. cit., cap. XV, Them. I, parágrafo 4, R. 1, pág. 147.

²⁸ *"Si dicunt, conferri debere cum recta ratione, aut cum Socialitate, aut cum amore, aut cum studio conservandi sese. Respondeo: Ergo ante grotium nemo habuit rectam ratione? nemo socius fuit? nemo amavit Deum ac proximum? omnes sese intermerunt?"*. DESING, A., Op. cit., cap. IV, Them. XI, parágrafo 4, pág. 17.

²⁹ *"Pricipium Iuris seu Legis Naturae duplex considerari potest: Constitutum et Indicativum. 1. Primo Principium Constitutivum est illud ens, a quo lex procedit seu fertur. Hocque Principium est DEUS sive voluntas DEI, aut RATIO DEI. 2. Fieri enim nequit ut natura ab alio creetur, et mox a creatoris potestate aliena ab alio legem accipiat. Is qui esencialiter est auctor, est esencialiter dominus: Essencialiter Dominus esencialiter jubet, ac legem fert"*. Desing, Op. cit., cap. V, Them II, parágrafo 1 y 2, pág. 21. Vid. también *Ius Naturae liberatum ac repurgatum a principiis lubricis et multa confusione per doctores heterodoxos inductis*. Monachii, 1753, cap. III, Praemonitio y Them I, pág. 5.

³⁰ *"In nullius harum naturarum potestate est conservatio sui ipsius a mutatione: Sic homo in momenta singula est obnoxius morti"*. Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit. cap. II, them. II, parágrafo 17, pág. 3.

³¹ "El derecho siempre nace de la relación... entre el sujeto y el objeto, pero no es una cualidad del sujeto como mantendrán los modernos más adelante. Para su nacimiento se necesitan, además de esta relación, unos requisitos determinados, exigidos por la naturaleza de las cosas o por las leyes; por tanto, se exige una situación concreta rodeada de circunstancias concretas. Una vez adquirido el derecho, éste no permanecerá como una facultad absoluta frente a los demás como pensaban los modernos; si existe una causa legítima, podrá sufrir agresiones por parte de otros individuos sin que por ello suponga una injuria". MEGÍAS, Cfr. J.J., De la facultad moral a la cualidad moral: *El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" IX (1992), pág. 332.

³² Por ejemplo, comenta Folgado que el adjetivo moralis que contiene la definición suacreriana, si bien es típica de este autor -porque los escolásticos anteriores aunque habían hecho referencia a esta característica, no la habían introducido en su definición-, no implica en Suárez el individualismo típico de la modernidad. Cfr. FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. Ed. Pax Iuris, San Lorenzo de El Escorial, 1960, págs. 217-222.

³³ En su *De iure belli ac pacis*, parágrafo IV del primer capítulo del libro II, expone su idea del derecho como una "*qualitas moralis personae, competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*". Esta definición se encuentra en la página 2 de la edición de Amstelodami, de 1651.

³⁴ Vid. por ejemplo, CARPINTERO, F., *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" IV (1987), págs. 477-522.

³⁵ Cfr. PUFENDORF, S., *De Iure Naturae et Gentium*, cit., Lib. II, cap. II, pág. 157.

³⁶ *"Conclusio omnio hactenus dictorum haec est. Existere causam per se omnium ceterarum naturarum: ab hac omnes ceteras naturas essentialiter pendere, i. e. ab hac accepisse omne esse, ab hac conservari, ab hac regi, et ordinari ad finem"*. Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum...*, cit., cap. II, them. II, parágrafo 17, pág. 4.

³⁷ *"Hoc autem ipsum est Ius NATURAE seu Imperium Entis primi ac summi rationale in omnes a se productas et conservatas naturas. Nam illud ens primum, a quo est omnis nostra natura, est esencialiter et indispensabiliter Dominus creatae omnis naturae: Et natura omnis creata est esencialiter serva illius"*. Ibidem.

³⁸ *"Corollarium. Infeliciter docent discuntque Ius naturae, qui ea quae ad Deum Deique conjunctionem pertinent aut obliviscuntur; aut studio omittunt; aut jubent ab iis abstrahi,*

tanquam impertinentibus; aut parcissime de iis tractant, cum sint toti in officiis vilioribus explicandis; aut denique docent divina habent pro mediis ad consequenda profana. Quae aut singula aut universa in novorum multis libris, quibus nomen iuris naturae sine causa inscribunt, invenire est". Ibidem.

³⁹ Cfr. Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit., cap. III, Them. XVII, pág. 7. Vid. también *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. VI, párrafo 7, pág. 22.

⁴⁰ "*Principium Indicativum, seu Principium cognoscendi Iuris vel rectius loquendo MEDIUM deveniendi ad agnitionem obligationis homini naturalis est omne illud quod iuvat vel illustrat intellectum ad agnoscendam obligationem suam seu voluntatem Legislatoris*". Desing, *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. V, pág. 21

⁴¹ Cfr. Desing, *Op. cit.*, cap. V, Them. VI, párrafo 1 y 2, pág. 22.

⁴² "*Si unum est, et illud evidens, unde tot dubitationes de Iure Naturae? Habemus Decalogum manifestum: cum tamen ad applicationem venit; mille modis dubitamus, num hoc num illud sit voluntatis divinae: Ergo praeter decalogum requiritur aliquid*". Desing, *Op. cit.*, cap. V, Them. VI, párrafo 3, pág. 22. Resultan también muy esclarecedoras las explicaciones que da COCCEIUS en su obra *Resolutiones dubitorum circa hypothesin nostram de Principio Iuris naturae*. Francofurti ad Viadrum, 1705.

⁴³ "*In Iure civili signum unum habemus codicem: ubi de eius applicatione dubitatur, quid sit? Usus, Consensus temporum locorumque et alia vocatur in consilium; et sic demum statuitur de voluntate legislatoris, absque metu processus in infinitum*". Desing, *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. VII, párrafo 2, pág. 22.

⁴⁴ Cfr. Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit., cap. III, Them. II, pág. 5. "*Servus ergo, id est, homo debet inquirere in voluntatem et imperium Domini Dei. Cum enim haec imperii significatio non possit esse plane evidens (Them II). Ipse tamen sine imperii agnitione servus esse, sive servitium rationale praestare, non possit; Necesse est ipsum contendere ad certitudinem saltem quia plenam evidentiam non potest*". *Op. cit.*, cap. III, Them. III, pág. 5.

⁴⁵ Desing, *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. VII, pág. 22. Y continúa afirmando: "*Quia unum pro omnibus datum debet esse generale. Sed de generalis huius principii aplicacióne infinitae dubitationes oriuntur. Hae dubitationes non tolluntur per ipsum generale principium, cum circa illud ipsum nascantur. Ergo debent tolli per aliquid aliud significativum voluntatis dei pro casibus particularibus, cuius indicii adiumento fiat applicatio: si nempe generale signum et particularia conspirent*".

⁴⁶ "*Si Pax ex amore et societate sufficeret ad actionem justam ponendam, et vicissim; justum esset necare innocentes peccare etc. propter pacem obtinendam*". Desing, *Op. cit.*, cap. XI, Them. XIII, párrafo 2, pág. 92.

⁴⁷ Cfr. Desing, *Op. cit.*, cap. III, Them. XVII y XVIII, págs. 13 y 14.

⁴⁸ Cfr. *Op. cit.*, cap. II, Them. IX, párrafo 1 y 2, pág. 6 y 7. "Estos principios no se limitan a normas tales como respetar la vida o prohibir los robos, sino que forman buena parte del entramado del Derecho y de la Moral, y la *iurisprudencia* romana los expresó normalmente bajo formas de brocados. Así, por ejemplo, una de estas normas es la que expresa que el derecho no puede nacer sin una causa (*ius sine causa nasci non potest*), principio que es una de las bases necesarias de cualquier ordenamiento y de cualquier actividad jurídica".

CARPINTERO, F., *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 319.

⁴⁹ Al respecto, F. Carpintero explicita esta vertiente del pensamiento romanista: "Así pues, el contexto, las circunstancias, determinan el Bien que debe prevalecer: son las circunstancias las que (salvo casos extremos) seleccionan los principios de la justicia aplicables el caso, y no al revés: Los principios no se imponen en la grandeza de su sublimidad; en la vida real aparecen más bien como seres suplicantes que piden que se les tenga en cuenta. Y como la elección suele ser entre lo que simplemente es "mejor" o "peor", como ya indiqué, el principio grandioso puede quedar postergado: el contexto vital decide". ¿Hay que admitir la "falacia *iusnaturalista*"?, en "Persona y Derecho" 29.1 (1993), pág. 131.

⁵⁰ Albertus Bolognetus nació en Bolonia, en 1536. Fue jurista y también Cardenal y Nuncio

apostólico en varias zonas de Italia, en concreto en la Toscana y en Venecia. Falleció en 1585. Su obra tiene fuerte importancia para la historia del pensamiento jurídico porque fue uno de los primeros autores que pretendió exponer en tono general o de principios el método propio de la jurisprudencia romanista.

⁵¹ "*Prima causa est, quia quamvis universalia naturae praecepta omnibus hominibus et locis et temporibus convenient, non tamen semper et ubique et singulis eadem modo eademque mensura conveniunt... Sic justum ipsum naturalem, licet sit semper unum et idem, atque a se ipso minime differet, varias tamen regulas et quasi mensuras habet*". *De lege, iure et aequitate disputationes*. Witebergae, 1594, cap. VII, 8, pág. 153.

⁵² "*Etiam admissa sola ratione frustra laborant, qui omnia dogmata volunt reducere ad unum principio primum morale speculativum. Quia moralia sunt particularium et contingentium, nec deducuntur es uno universalis speculativo, sed referuntur ad unum finem practicum etc.*". Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit., cap. III, Them. XXIII, pág. 15.

⁵³ "*Primo, quia materia moralis est de negotiis singularibus: singularium autem scientia non est demonstrativa per causam; cum mutantur perpetuo et fluant, et in hoc apponantur Mathematicis. v.g. ablatio rei alienae in particulari iam est injusta; iam, cum nova circumstantia novumque indicium accesserit, sit justa; iam vero iterum injusta deprehenditur ex alio accidente*". Loc. cit., pág. 16. "*Ius naturae practicum est, in quo nemo desiderat prima omnium principia, ceteris omissis, adhiberi*". Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. V, Them. VIII, parágrafo 2, pág. 22.

⁵⁴ "*Quodsi etiam constare hoc posset, nihil interest Iuris naturae, devenire ad primum; sed haec forte Metaphysici aut Logici posset esse cura. Ius naturae practicum est, in quo nemo desiderat prima omnium principia, ceteris omissis, adhiberi*". *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. V, them. VIII, parágrafo 2, pág. 22.

⁵⁵ "*Altera Ratio D. Thomae est; Quia scientiae moralis finis non est demonstratio. Aristoteles II. Ethicor. cap. II. sic habet: Opus morale suscipimus non contemplationis gratia, sed ut boni fiamus. Finis ergo intentus in hac scientia non est sui negotii cognitio, sed opus: nec est veritas, sed bonum*". *Ius naturae liberatum ac repurgatum...*, cit., cap. III, them. XXIII, parágrafo 6, pág. 16. En *Iuris Naturae larva detracta*, también insiste en este aspecto "ocioso" de la nueva disciplina de derecho natural: "*Iuris Naturae disciplina est practica scientia certae rationis vivendi pro statu natura. Practicam dico, quae apta est et ordinatur ad exsequendum quod scitur. Iuris Naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica*". Cap. III, Them. I y II, pág. 11.

⁵⁶ Cfr. Desing, Op. cit., cap. XV, Them. VII, pág. 152. Y añade: "*Nihil prosunt hi libri ad forum civile contentiosum, nempe advocatis, iudicibus, assessoribus. I. In foro enim pronuntiandum est secundum leges in foro receptas, quales in Germaniae Provinciis sunt iura Statutaria, et in earum subsidium Ius Romanum. Ac deridiculo haberetur advocatus in causa civili allegans Puffendorffium, Grotium, Wolffium; vel Judex secundum illum pronuntians: aequae ac videretur iudex sententiam ferens ex legibus Platonis, aut Ciceronis, aut Charondae, Zoroastris, Zaleucci, Solonis aut Draconis*". *Ibidem*.

⁵⁷ "*Ipsimet hi auctores excluserunt se a fore; cum ex sua doctrina exesse jusserunt leges Romanas et omnes civiles, statueruntque ac jusserunt, ex sua mente decisionem justi a sola ratione petendam esse. Id quod foro iudiciario plane adversum est, quod tum demum ratione sola utitur, cum lex nulla superet, nulla consuetudo, observantia, aut denique nulla receptae communes opiniones*". Op. cit., cap. XV, Them V, parágrafo 2, pág. 152.

⁵⁸ Cfr. *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit., cap. VII, Them. XIII, pág. 44.

⁵⁹ Op. cit., cap. VII, Them. XIII, pág. 44.

⁶⁰ Por ejemplo, ya en el siglo XIII, Bellapertica, jurista francés, mantenía que: "*Differentia est inter ius gentium et ius primaerum: ius primaerum fuit introductum per peritiam iuris naturalis: et ius gentium bipartitum est. Quaedam de iure gentium producta sunt in esse instinctu naturali, sicut religionem erga deum habere, ut parentibus, et patriae pareamus:*

quid perfectior est natura hominum quam brutorum... Quaedam vero sunt introducta per constitutionem cum auctus est populus. Et non poterat regi per peritiam naturalem necessarium fuit quod constitutiones introducta essent, et constituerent venditionem et emptionem". Lectura Institutionem. Lugduni, 1536. Reprint de Forni, Bologna, 1972, pág. 123. Y durante el siglo XVI, Pierre de la Grègoire (Petrus Gregorius Tholosanus) seguía manteniendo la misma línea: "Neque naturalia omnia quae sunt incorruptibilia et immutabilia sunt... Atque in iure naturale esse immutabile, quandiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illud naturale habet rationem et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subductis columnis rationis et aequitatis, iustum dissolvitur. Quod accidit, quando rationes quae aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia maiori aequitate: ut si quod antea prodierit, alio adminiculo incipiunt esse nocivum et perniciosum". Syntagma Iuris Universi atque legum pene omnium rerumpublicarum praecipuarum in tres parte digestum. Lugduni, 1582. Parte II, Lib. XI, Cap. I, 7-8, pág. 148.

⁶¹ *"Ita leges civiles humanae, modo non ad evertendam naturam (cuius domini non sumus) aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationes iuris naturae". Desing, Iuris Naturae larva detracta, cit., cap. I, Them. V, parágrafo 8, pág. 2.*

⁶² Por eso, la diferencia que existe entre la ley positiva humana y las leyes naturales no consiste en que las últimas se den a conocer desde la sola razón, sin ninguna autoridad precedente, o que las positivas se conozcan desde la sola autoridad, sin ninguna razón precedente o subsiguiente. Las leyes humanas carecen de obligación y, por tanto, no son verdaderas leyes, si no se conforman con lo natural y lo divino. Cfr. Desing, *Ius Naturae liberatum ac repurgatum*, cit., cap. III, Them. XXV, parágrafo 12, pág. 23.

⁶³ Cfr., Desing, *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. IV, Them. XXII, pág. 20. Más adelante añade: *"Iura autem naturalia ut congruunt Civitati, sive ut ea in moderno statu exercenda sunt circumscripita legibus positivis, consistunt in ipso iure civili, neque adeo ante ius civile discenda sunt. Ex ipsius enim Heineccii sententia ius civile romanum est ipsum ius naturae, actionibus hominum applicatum". Ibidem.*

⁶⁴ *"Ius gentium est ius humanum, quia ex facto et arbitrio hominum pendet et oritur; constituiturque plerumque solo consensu, traditione, observantia; interdum etiam tabulis scriptis aliisque signis, ut lapidibus terminalibus... eatenus ius Gentium est ius naturale seu divinum... Ius Gentium est Ius humanum commune societatum, derivatum a lege naturali. Desing, Ius Naturae liberatum ac repurgatum, cit., cap. VII, Them. XII, pág. 44.*

⁶⁵ *"Hae enim longo usu populi prudentis constitutae, a multis praeterea gentibus bonae sanaeque habitae usuque retentae, ab Imperatoribus catholicis editae, propositaeque; ab Ecclesia catholica in paucis correctae; ab hodierna tota Europa morum ac juris acutissima iudice publice receptae in scholas, in fora sunt. Quod aegerrime aut numquam fieri posset, si naturae adversarentur. Quodmodo enim id fugeret tot cultissimas rationes tanto tempore?". Desing, Iuris Naturae larva detracta, cit., cap. VII, Them V, pág. 32.*

© 2007 Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Casilla 1415
Valparaíso-Chile

Teléfono: (56-32) 2273087

Fax: (56-32)2273429

Valparaíso, Chile

 e-Mail
dirder@ucv.cl