



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Contreras, Sebastián

La determinación del Derecho en Domingo de Soto y Francisco Suárez

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXV, noviembre, 2013, pp. 655-680

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173829696021>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

8. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO
EN DOMINGO DE SOTO Y FRANCISCO SUÁREZ
[Determination of Law in Domingo de Soto and Francisco Suárez]

SEBASTIÁN CONTRERAS*
Universidad de los Andes, Santiago, Chile

RESUMEN

Entre los principales tópicos de la ciencia jurídica escolástica está el problema de la *derivatio per modum determinationis*. Según enseña Tomás de Aquino, la determinación ha de entenderse como una de las maneras de derivarse la ley humana desde la ley natural. Tal ejercicio hermenéutico, que se asemeja a la tarea de un artesano al que se le ha encomendado la construcción de una casa, se convierte, entre los autores de la Neoescolástica del siglo XVI, en el principal foco de atención de los estudios sobre la naturaleza y necesidad del derecho humano. El trabajo examina esta materia en Domingo de Soto y Francisco Suárez.

PALABRAS CLAVE

Determinación del Derecho – Ley natural – Ley positiva – Ley humana.

ABSTRACT

The problem of *derivatio per modum determinationis* is among the main subject matters of the Scholastic legal science. According to Thomas Aquinas, determination should be construed as one of the ways in which human law is derived from natural law. Such hermeneutic exercise, which resembles the tasks of an artisan that has been entrusted the construction of a house, turns, among the Neo-Scholastic authors of the 16th Century, into the main focus of attention of studies of nature and need of human law. This article examines this issue in Domingo de Soto and Francisco Suárez.

KEYWORDS

Determination of law – Natural law – Positive law – Human law.

RECIBIDO el 19 de febrero y ACEPTADO el 31 de julio de 2013

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Dirección postal: San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: sca@miuandes.cl

I. PANORAMA SOBRE LOS ACTUALES ESTUDIOS ACERCA DE LA ESCUELA DE SALAMANCA

1. En los últimos años, la Escuela de Salamanca se ha convertido en uno de los principales objetos de estudio entre los investigadores del pensamiento español¹. Los esfuerzos por posicionar las doctrinas salmantenses en las discusiones universitarias han marcado el trabajo de especialistas de todas partes del mundo. La presente investigación se encuadra, precisamente, dentro de esta tendencia de volver sobre el pensamiento de los autores de la “Escuela neotomista”² o “Escuela tomista del siglo XVI”³, como la llama Ulrich Horst.

El esfuerzo por revitalizar las doctrinas de los teólogos y juristas salmantinos puede verse en Alemania, por ejemplo. En este país se ha llevado adelante una significativa tarea de edición de fuentes escolásticas. Tal ha sido el trabajo de los profesores Matthias Kaufmann y Joachim Stüben, entre otros, quienes se han encargado de reproducir algunos de los principales escritos iusfilosóficos de Francisco de Vitoria⁴, Domingo de Soto⁵, Francisco Suárez⁶ y Luis de Molina⁷.

La misma tendencia se ha ido repitiendo en Francia, Italia y Portugal. Los estudios de Simona Langella⁸, Jean-Paul Coujou⁹, Mauro Mantovani¹⁰ y Gonçalo

¹ En este sentido, dicen ZORROZA, María Idoya - BARRIENTOS GARCÍA, José, “Presentación. Moral y política en la Escuela de Salamanca”, en *Anuario Filosófico*, 42 (2012) 2, p. 242: “en estos últimos años, el desconocimiento que lamentaban aquellos pioneros en el estudio de la Escolástica española va dejando paso cada vez más a una serie de proyectos de investigación que, poco a poco, van completando un panorama bibliográfico especializado, que permite sopesar la originalidad y continuidad de su pensamiento, sus propuestas metodológicas y sistemáticas, sus aportaciones en las distintas disciplinas y su peso específico para el pensamiento posterior”.

² Véase: REEDER, John, *Escuela de Salamanca*, en PERDICES DE BLAS, Luis - REEDER, John (coordinadores), *Diccionario de pensamiento económico de España (1500-2000)* (Madrid, Síntesis, 2003), p. 432.

³ Véase: HORST, Ulrich, *La doctrina de la infalibilidad papal en Matthias Joseph Scheeben y su prehistoria*, en *Scripta Theologica*, 21 (1989), p. 155.

⁴ Nos referimos a *De lege. Über das Gesetz* (Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2010) y *De iustitia. Über die Gerechtigkeit* (Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2012).

⁵ Se trata de *De iustitia et iure. Über die Gerechtigkeit und das Recht* (Stuttgart, Frommann-Holzboog Verlag, 2013).

⁶ Nos estamos refiriendo a *De pace. De bello. Über den Frieden. Über den Krieg* (Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2013).

⁷ Se trata de *De iure et iustitia. Über das Recht und die Gerechtigkeit* (Stuttgart, Frommann-Holzboog) en preparación.

⁸ Entre sus trabajos, destacan: *Teologia e legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria* (Genova, Glauco Brigati, 2007), *De legibus. Francisco de Vitoria* (Salamanca, EUSAL, 2010) y *Teologia y ley natural* (Madrid, BAC, 2011).

⁹ Por ejemplo: *Pensée de l'être et théorie politique le momento suarézien* (Lovaina-Paris, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie - Peeters, 2012); y *Droit, anthropologie & politique chez Suárez* (Perpignan, Artège, 2012).

¹⁰ En particular, nos referimos a “*An Deus sit*” (*Summa Theologiae* I, q. 2). *Los comentarios de la “Primera Escuela” de Salamanca* (Salamanca, San Esteban, 2007); *La discussione sull'esistenza di Dio nei teologi domenicani a Salamanca dal 1561 al 1669. Studio sui testi di Sotomayor, Mancio, Medina, Astorga, Báñez y Godoy* (Roma - Salamanca, Angelicum University Press - San Esteban, 2011); y *Francisco de Vitoria y sus sucesores (1530-1560) sobre la “demostración” de la existencia*

Pistacchini¹¹ dan cuenta de este asunto. En general, se trata de investigaciones sobre manuscritos desconocidos, encontrados en diversas bibliotecas de Europa. Langella, por ejemplo, se ha encargado de analizar algunas variantes del texto de *De legibus* de Vitoria presentado por Vicente Beltrán de Heredia. Mantovani, por su parte, ha dedicado sus esfuerzos al análisis de la cuestión *An Deus sit* de la *Summa Theologiae* en salmantenses de la primera y segunda generación. Pistacchini, por último, se ha detenido en el estudio de algunos aspectos de la teoría jurídico-filosófica de Francisco Suárez.

También España se ha encaminado en esta dirección. Los profesores Miguel Anxo Pena¹² y José Barrientos García¹³ han liderado este movimiento en las universidades de Salamanca y Pontificia de Salamanca. El primero se ha dedicado al estudio general de la Escuela salmantina. El segundo, por su parte, a los problemas de moral económica y al estudio de los manuscritos de Pedro de Aragón. También en Salamanca, el profesor Dionisio Borobio¹⁴ ha dedicado sus investigaciones al estudio de la teología sacramental de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Melchor Cano.

En la Universidad de Navarra, los profesores Juan Cruz¹⁵ e Idoya Zorroza han trabajado duramente en la edición de manuscritos académicos de autores escolásticos, así como en la publicación de textos de literatura secundaria sobre la Escuela salmantina y sus doctrinas metafísicas y teológico-jurídicas¹⁶. En particular, destaca el hecho de que esta universidad ha organizado, en conjunto con la profesora Laura Corso de Estrada, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, una serie de simposios sobre la recepción de la teoría del derecho tomista y medieval entre los autores del llamado Siglo de oro español¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, uno de los principales aportes de los estudiosos

de Dios. Los comentarios universitarios salmantinos a la cuestión II de la Primera Parte de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino (Salamanca, UPSA, 2006).

¹¹ Nos referimos a Francisco Suárez. *De legibus. Livro I. Da lei em geral* (Lisboa, Tribuna, 2004).

¹² Destacamos: *Aproximación bibliográfica a la(s) "Escuela(s) de Salamanca"* (Salamanca, UPSA, 2008), *La Escuela de Salamanca. De la Monarquía hispánica al Orbe católico* (Madrid, BAC, 2009), *El concepto de "Escuela de Salamanca"* (Salamanca, EUSAL, 2006); y *De la primera a la segunda Escuela de Salamanca* (Salamanca, UPSA, 2012).

¹³ Por ejemplo: *Lucha por el poder y por la libertad de enseñanza en Salamanca* (Salamanca, Ediciones de la Diputación de Salamanca, 1990); *Fray Luis de León y la Universidad de Salamanca* (San Lorenzo de El Escorial, Ediciones Escorialenses, 1996); *Repertorio de moral económica (1536-1670). La Escuela de Salamanca y su proyección* (Pamplona, EUNSA, 2011); *Luis de León. Escritos desde la cárcel. Autógrafos del primer proceso inquisitorial* (San Lorenzo de El Escorial, Ediciones Escorialenses, 1991); *El tratado De Justitia et Jure (1590) de Pedro de Aragón* (Salamanca, EUSAL, 1978).

¹⁴ Nos referimos, en particular, a: *El sacramento de la penitencia en la Escuela de Salamanca. Francisco de Vitoria, Melchor Cano, Domingo de Soto* (Salamanca, UPSA, 2006).

¹⁵ Por ejemplo, con su trabajo: *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de oro* (Pamplona, EUNSA, 2009).

¹⁶ Para una revisión del catálogo de trabajos publicados por la Línea de Pensamiento Español: <http://www.unav.es/pensamientoclasico/publicaciones.html>

¹⁷ Se trata de los congresos *De iustitia et iure*, de los cuales hemos tenido la oportunidad de participar ya en tres ocasiones.

españoles sobre la filosofía y teología del Siglo de oro ha sido el trabajo del profesor Juan Belda Plans¹⁸. Su investigación sobre la Escuela de Salamanca ha marcado el desarrollo de ese esfuerzo por volver sobre el pensamiento de los escolásticos renacentistas. Paralelamente, los trabajos de Ignacio Jericó¹⁹ han sido de especial importancia para la revitalización de las investigaciones sobre la filosofía y teología salmanticenses.

Chile, por cierto, no ha quedado ajeno a este esfuerzo por volver al estudio de las fuentes salmantinas. El profesor Alejandro Guzmán Brito²⁰, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, ha dedicado uno de sus últimos trabajos al análisis de la noción de derecho subjetivo entre los pensadores de la Neoescolástica. Por su parte, el profesor Santiago Orrego²¹, académico e investigador de la Facultad de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, se ha concentrado en la reproducción y análisis de manuscritos de Luis de León, Diego Mas y Pedro de Ledesma, directamente en lo referido a la metafísica de estos autores.

2. A pesar del interés que ha despertado en los últimos años la Escuela de Salamanca, interés que hemos intentado delinear en los párrafos precedentes, aún no se ha trabajado el problema de la determinación en los autores de la Escolástica española. Los estudios sobre el pensamiento salmantino se han volcado, principalmente, a los asuntos metafísicos. También la naturaleza jurídica del *ius gentium* ha tenido cierta importancia en el estudio de la obra de los juristas y teólogos de Salamanca²². Sin embargo, hasta ahora, ha quedado pendiente la investigación sobre la necesidad de las normas positivas y su manera de derivarse desde los principios del derecho natural, lo que se ha denominado *derivatio per modum determinationis*.

Si bien existen dos trabajos sobre esta temática, uno de Joaquín García-

¹⁸ Nos referimos a *La Escuela de la Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI* (Madrid, BAC, 2000); EL MISMO, *Historia de la Teología* (Madrid, Palabra, 2010); y *Grandes personajes del Siglo de oro español* (Madrid, Palabra, 2013).

¹⁹ Por ejemplo: *Autoridad de la Iglesia y autoridad de la Escritura* (Madrid, Agustiniiana, 2007); *La Escuela de Salamanca del siglo XVI* (Madrid, Agustiniiana, 2005); *La fe católica en los salmantinos del siglo XVI* (Madrid, Agustiniiana, 1999); *Bartolomé Carranza de Miranda. Seis circunstancias que marcaron una vida en el siglo XVI* (Salamanca, San Esteban, 2006).

²⁰ En concreto, nos referimos a: *El derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI* (Madrid, Iustel, 2009).

²¹ Por ejemplo: *La actualidad del ser en la Primera Escuela de Salamanca* (Pamplona, EUNSA, 2004) y *Dios y su imagen en el hombre. Lecciones inéditas de Fray Luis de León sobre el Libro I de las Sentencias* (1570) (Pamplona, EUNSA, 2008).

²² Pueden considerarse, por ejemplo, los trabajos de CASCELLI DE AZEVEDO, Luiz Henrique, *Ius gentium em Francisco de Vitoria. A fundamentação dos direitos humanos e do direito internacional na tradição tomista* (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008); de LUTZ-BACHMANN, Mathias, *Acerca del concepto de normatividad del Derecho: ius gentium en Francisco Suárez y Tomás de Aquino* (Pamplona, EUNSA, 2011); y *Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des ius Gentium bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquin* (Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2010); y de Ángel Poncela: *Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes en la Escuela de Salamanca* (León, Celarayn, 2010).

Huidobro²³, profesor del Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes, y uno de Tomás Alvarado²⁴, investigador del Instituto de Filosofía de la Universidad Católica de Chile, en ninguno de ellos se ha conseguido detallar con precisión la naturaleza de este mecanismo de producción del derecho positivo. En el estudio de Alvarado sólo se ha tratado el problema de la determinación desde una óptica metafísica o metajurídica. No se han analizado todos los pasajes del *Corpus Thomisticum* en donde Tomás de Aquino se refiere a este problema. Mucho menos se ha revisado la recepción de la doctrina tomista de la determinación entre los autores escolásticos.

En el trabajo de García-Huidobro, donde sí se analiza la naturaleza de la determinación, y que, por lo mismo, hemos considerado como punto de partida de nuestros razonamientos, no se trata, sin embargo, el carácter electivo o arbitrario de las determinaciones. Tampoco se estudia la función creativa o aplicativa que pueden tener las normas positivas. Luego, pese a que este trabajo se refiere directamente al tema de la *derivatio per modum determinationis*, lo hace solamente desde I-II, q. 95, a. 2 y de *In Ethicorum* V, lect. 12. No considera los otros textos tomistas, ni tampoco las aportaciones de los teólogos y juristas de la Escuela de Salamanca²⁵.

3. En razón de lo expuesto, en el presente trabajo se intenta profundizar en la doctrina escolástico-salmantina sobre la determinación del derecho. Con esta investigación pretendemos hacernos parte del movimiento de revitalización de los estudios sobre la Escuela de Salamanca del que hemos hablado hace un instante. Ahora bien, y puesto que esas investigaciones pertenecen, por lo general, al ámbito de la metafísica, hemos decidido acercarnos a las doctrinas de los maestros salmantinos desde una perspectiva diferente: la filosofía del derecho.

Debido a que una investigación de este tipo sobre la recepción de la doctrina tomista de la determinación en todos los maestros de la Escolástica española sería inabarcable, hemos decidido delimitar nuestro trabajo a dos de los principales autores salmantincenses: Domingo de Soto y Francisco Suárez. Este trabajo, de este modo, intenta hacerse cargo de un asunto no tratado por los estudiosos de la ciencia jurídica. De ahí su novedad, a pesar de que los autores que han trabajado alguna temática teológica o filosófica de la obra de los juristas salmantinos hayan debido, de alguna u otra manera, referirse, con mayor o menor fortuna, al problema de la necesidad y naturaleza de la ley humana.

²³ Se trata del siguiente trabajo: *El proceso de determinación a partir de la ley natural en la filosofía jurídica de Tomás de Aquino*, en *Philosophica*, 14 (1991), pp. 177-204.

²⁴ Nos referimos a la tesis de licenciatura en Derecho titulada: *La determinación del Derecho en Santo Tomás* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993).

²⁵ Dado que en este lugar no analizamos el detalle de la doctrina tomista de la derivación por determinación, sugerimos revisar: CONTRERAS, Sebastián, *Santo Tomás y la doctrina de la determinación del derecho. Análisis de textos tomistas*, en *Ciencia Tomista*, 140 (2013) 450, pp. 83-122; CONTRERAS, Sebastián, *Ley natural y determinación del derecho positivo*, en *Revista Praxis Filosófica*, 33 (2011), pp. 207-226; y CONTRERAS, Sebastián, “*Adiaphora*” e indeterminación en el derecho, en *Pensamiento*, 65 (2012), pp. 51-77.

4. La elección de los autores también supone una novedad. No desconocemos que Francisco Suárez ha de ser, posiblemente, el escolástico de mayor atractivo para los investigadores del Siglo de oro, pero, hasta ahora, la gran mayoría de los trabajos en donde se intenta presentar su obra jurídica lo caracterizan como un antecesor de las ideas positivistas, el principal defensor del voluntarismo jurídico en la Salamanca del siglo XVI²⁶.

Tal aserto nos parece inadecuado. Refleja, en nuestra opinión, una lectura incompleta de su obra. Es cierto que, a propósito de la naturaleza del imperio, Suárez pone el énfasis en la voluntad, pero no elimina de su teoría la operación del entendimiento en orden a la formación de la ley; sólo establece que el movimiento determinativo del acto de imperio pertenece al apetito.

Luego, a pesar de que la doctrina mayoritaria vea en las ideas del Eximio una renuncia de las principales intuiciones jurídico-filosóficas del tomismo, nos parece que los planteamientos de Francisco Suárez son perfectamente coherentes con las enseñanzas de la escolástica tradicional, sobre todo en lo que se refiere al problema de la determinación del derecho, que es nuestro objeto de estudio²⁷.

La elección de Domingo de Soto es, todavía, de mayor novedad. Hasta ahora, sólo se ha considerado su obra jurídica madura, el *De iustitia et iure*, pero nada se ha escrito sobre sus comentarios al *De lege* y al *De iustitia* de la *Summa*. El primero se encuentra editado desde hace unos años. Del segundo, en cambio, sólo disponemos de un código en la biblioteca vaticana. Tampoco se ha estudiado su pensamiento jurídico a partir de sus relecciones y opúsculos. Mucho menos los matices iusfilosóficos de sus comentarios al *De sacramentis*. En todos estos textos hemos visto importantes aportes del escolástico a la teoría de la determinación. Sin ir más lejos, por ejemplo, cuando el maestro Segoviano se refiere al problema de los sacramentos, distingue entre los aspectos de derecho divino y los aspectos de derecho humano que los rodean. Éstos son materia de determinación, señala, porque su regulación ha sido entregada, completamente, a la autoridad de la Iglesia²⁸.

²⁶ Por ejemplo: BASTIT, Michel, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez* (Buenos Aires, Educa, 2005), pp. 65 ss. De la misma manera: VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, Presses Universitaires de France, 2003); HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural* (Pamplona, EUNSA, 1996); y ANDRÉ-VINCENT, Philippe Ignace, *La notion moderne de droit naturel et le volontarisme: de Vitoria et Suarez à Rousseau*, en *Archives de philosophie du droit*, 8 (1963).

²⁷ Un estudio pormenorizado de las fuentes salmantinas nos conduce a esta conclusión: Francisco Suárez ni es el responsable de la comprensión voluntarista de la ley ni ha marcado un vuelco en las doctrinas escolásticas sobre la naturaleza del derecho y del acto de imperio. Por el contrario, en su interpretación del derecho positivo y natural, el Eximio no hace otra cosa que seguir las conclusiones de los *thomistae*, limitando el accionar de la voluntad del gobernante a los juicios y prescripciones del entendimiento práctico. De este modo, al igual que los grandes juristas de la teología dominicana, también en Suárez encontramos la necesidad de conjugar inteligencia y voluntad en la determinación del derecho y la ley. Véase: SUÁREZ, Francisco, *De anima*, XII, 3,7.

²⁸ SOTO, Domingo de, *Commentariorum Fratris Dominici Soto Segobiensis. In quantum Sententiarum. De Sacramentis in genere*, t. 1, p. 89.

II. LA DOCTRINA DE TOMÁS DE AQUINO SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Tanto Domingo de Soto como Francisco Suárez, cuando tratan de la derivación por determinación y la naturaleza de la ley humana, parten de las reflexiones de Tomás de Aquino. Por esta razón, conviene iniciar nuestra investigación con algunas alusiones a la enseñanza del teólogo medieval sobre la naturaleza de la determinación. Antes bien, es preciso indicar al lector que las conclusiones del maestro de Aquino sobre este asunto son, en realidad, escasas. Por eso, cuando nos refiramos a su doctrina de la ley, nos apoyaremos en las conclusiones de los escolásticos renacentistas y de los autores del tomismo contemporáneo. Y esto por una simple razón: en materia de determinación, según nos parece, las ideas del Aquinatense (todavía demasiado generales) deben ser “determinadas” a la luz de los dichos de sus comentadores.

Ahora bien, Tomás de Aquino explica la naturaleza de la determinación apelando solamente al caso de la especificación de las penas y a la analogía entre la tarea del legislador y la actividad del artesano²⁹. La principal referencia a esta comparación se encuentra en la q. 95, a. 2 de la I-II, pero esta idea ya está presente en los comentarios al *Liber Sententiarum*³⁰. Si bien el empleo de esta comparación como medio para explicar la naturaleza de la determinación es insuficiente, no obstante ello parece interesante, porque, en efecto, no existe una única manera de diseñar una casa³¹. Muchos diseños diferentes son, sin ninguna duda, bastante razonables. Y es más: mientras que ciertas características del proyecto serán determinadas por las necesidades de la persona o la familia que ocupará la vivienda, otras serán, simplemente, materia de estilo y gustos³².

²⁹ También se ha propuesto otra comparación para dar cuenta de esta proximidad entre la tarea legislativa y las obras del arte. CARNELUTTI, Francesco, *Discorsi in torno al Diritto* (Padova, Cedam, 1961), III, pp. 266 ss., ha indicado que las actividades de determinación del derecho son similares a la tarea de un anatomista que disecciona un cuerpo al hacer la autopsia: así como no se puede diseccionar sin preparar los bisturíes, tampoco se puede ejercer esta tarea de construcción de las normas positivas sin considerar los principios morales que subyacen a las reglas del derecho positivo o civil y las diversas circunstancias en las que el legislador lleva a cabo su tarea de determinación.

³⁰ THOMA AQUINAT., *In Sententiarum*, III, d. 37, q. 1, a. 3.

³¹ GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *La recepción de la doctrina aristotélica sobre el Derecho natural en el Comentario de la Ética a Nicómaco de Santo Tomás de Aquino*, en *Anuario Filosófico*, 32 (1999) 1, pp. 238-239.

³² GEORGE, Robert, *Entre el Derecho y la Moral* (Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009), pp. 51-52. Y así, el autor propone el siguiente ejemplo: “consideremos la cuestión de la altura del techo. Si bien algunas posibilidades quedan excluidas por consideraciones prácticas –por ejemplo, con un techo de un metro y medio de altura sería imposible vivir en la casa para la mayoría de las personas, y un techo de quince metros de altura por lo general sería caro y poco útil–, no existe un principio arquitectónico que determine que los techos deben tener dos metros y medio o tres metros de altura, o alguna medida intermedia, o un poco más o menos elevada. Para llevar a cabo la tarea asignada, el arquitecto se empeñará en elegir una altura de techo que armonice con las demás características de su proyecto, entre ellas, las características –como la altura de las puertas– que en sí mismas son también fruto de varias *determinationes*”.

Es importante notar, en todo caso, que la analogía que hace Tomás de Aquino entre la tarea del legislador y la actividad del artesano no es arbitraria. En nuestra opinión, esta comparación representa un punto de contacto con una de sus principales intuiciones en materia política, en concreto, aquella que da inicio a sus comentarios al texto de la *Política* del Estagirita: *ars imitatur naturam*³³. Así, aunque, *prima facie*, “lo que es artificial” se contrapone a “lo que es natural”³⁴, esto no quiere decir que no exista alguna vinculación entre “lo que es por el arte” y “lo que es por la naturaleza”. De hecho, en el ejercicio de su actividad constructiva, el artesano se sirve de instrumentos naturales que utiliza como patrón, en tal manera que, escribe Tomás de Aquino, “tanto más perfecta es la obra del arte, cuanto más imita la natural”³⁵.

La misma idea se repite en sus *Comentarios a la Física*. Tomás de Aquino insiste en que las tareas productivas toman como punto de referencia “aquello que es *secundum naturam*”. La razón de esto “es que el principio de las operaciones artificiales es una forma de conocimiento, y todo nuestro conocimiento proviene del sentido a partir de las cosas sensibles y naturales; por ello, en las cosas artificiales obramos por semejanza con las naturales”³⁶.

Si nuestra lectura es correcta, lo que está intentando decir Tomás de Aquino es que, al igual que en las tareas productivas, donde el artesano sigue las realidades de la naturaleza como puntos de comparación, así también en la tarea de legislar, la autoridad política pone en práctica su actividad de creación del derecho a partir de unos principios naturales, los que considera como modelos de su arte³⁷. Esto, nos parece, es coherente con el texto de Tomás de Aquino, porque, como señala en sus *Comentarios a la Política*, “el arte puede remitirse a las cosas naturales y usarlas para perfeccionar su propia obra, pero no puede perfeccionar a la misma naturaleza”³⁸. Luego, el legislador, cuando determina el derecho natural, no realiza

³³ THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, proemium. Por supuesto que el concepto de “arte” usado en este pasaje no equivale al empleado por Tomás de Aquino en sus comentarios a la *Ética*: “arte” significa acá, no un hábito o disposición del intelecto práctico, sino un principio general de todas las acciones humanas. Véase: THOMA AQUINAT., *De Regno*, 1, c. 2.

³⁴ Sugerimos revisar el tratamiento que hace Jean Domat sobre la contraposición entre “natural” y “artificial” en el contexto de la teoría de las leyes. Véase: DOMAT, Jean, *Traité des lois*, en *Oeuvres complètes* (Paris, Alex Gobelet, 1835), I, pp. 60 ss.

³⁵ THOMA AQUINAT., *De Regno*, 1, c. 2. Sin embargo, escribe Tomás de Aquino que la naturaleza “sólo dispone algunos principios y presta en cierto modo a los artífices el modelo para obrar”. THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, proemium.

³⁶ THOMA AQUINAT., *In Physicorum*, II, lect. 4, n. 113.

³⁷ Esto se prueba, nos parece, por las palabras de Tomás de Aquino, cuando señala: “si la ley humana pudiera definir quienes son los mejores por su mente, ordenaría sin duda que, conforme a lo natural, estos hombres fuertes fuesen los predominantes”. THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, lect. 4, n. 47.

³⁸ THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, proemium. De acuerdo con esto, concluye Tomás de Aquino: “por todo esto es evidente que la razón humana, frente a aquellas cosas que existen por naturaleza, sólo es cognoscitiva; en cambio, frente a aquellas cosas que son a causa del arte, no sólo es cognoscitiva sino también productora. Por esto, es necesario que las ciencias humanas que se refieren a las cosas naturales sean especulativas, en cambio las que se refieren a las cosas que el hombre produce, sean prácticas, es decir, que procedan imitando a la naturaleza”.

una actividad constructiva *ex nihilo*, sino que procede a partir de unas verdades naturales que son el principio de su operación³⁹. Estas verdades son simples⁴⁰, y permiten que el legislador proceda de lo primero a lo posterior⁴¹, de principios de justicia absolutamente generales, y, por ello, insuficientes para regir la conducta de los hombres, a reglas de la acción más particulares, que consideran las distintas circunstancias en las que se llevan a cabo los actos humanos.

La tarea del legislador, en consecuencia, supone el paso de unos pocos principios naturales⁴², simples e imperfectos, a unas reglas de justicia complejas y perfectas⁴³, en una forma de arte que tiene como finalidad hacer más concretas aquellas verdades universales de la justicia natural⁴⁴. Sólo así se explican las palabras de Tomás de Aquino en orden a señalar que “todo juicio de la razón práctica se funda en ciertos principios naturalmente conocidos”⁴⁵.

En la determinación no existe un encadenamiento axiomático entre las normas de justicia natural y las normas del derecho civil o positivo (como sí lo hay en el iusnaturalismo racionalista). De manera que, como enseña Finnis, no debe buscarse una razón para todo lo establecido por la ley humana, porque, de hecho, no siempre existe una razón para que el contenido de una ley sea X en vez de Y⁴⁶.

Dicho esto, las normas obtenidas por vía de determinación, se derivan, no por consideraciones especulativas acerca de lo bueno o lo malo moral, sino por medio de razonamientos prácticos que toman en cuenta las distintas circunstancias en las que se realiza la acción. Luego, en la determinación no se trata de conocer un único modo de actuar que sea correcto, sino de decidir un modo de obrar adecuado para la comunidad de que se trate, esto es, de elegir uno entre los muchos medios disponibles para lograr un mismo fin⁴⁷.

³⁹ Y, en este sentido, “todo factor cultural, toda cosa hecha o constituida por el hombre depende, en su radical posibilidad de existir, de un factor natural. Toda actividad del hombre, toda posibilidad suya de hacer o tener algo depende de su propio ser, de las tendencias y capacidades a él inherentes y de los bienes que lo constituyen”: HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural* (Pamplona, EUNSA, 2011), p. 112.

⁴⁰ THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, proemium.

⁴¹ THOMA AQUINAT., *In Physicorum*, II, lect. 13, n. 174.

⁴² THOMA AQUINAT., *In Politicorum*, I, proemium.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ En este sentido, “el hombre tiene que adquirir el entendimiento de los principios prácticos antes de que pueda colocar su entendimiento en uso práctico, y que su primer entendimiento de esos principios ocurre en su experiencia natural de las cosas físicas sensibles y con respecto a ella”: BROCK, Stephen, “*Ars imitatur naturam*”. *Un aspecto descuidado de la doctrina de Santo Tomás sobre la ley natural*, en ALVIRA, Rafael (editor), *El hombre. Inmanencia y trascendencia* (Pamplona, EUNSA, 1991), I, p. 387.

⁴⁵ THOMA AQUINAT., *Summa Theologiae*, I-II, q. 100, a. 1. Como señala la filósofa española GONZÁLEZ, Ana Marta, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino* (2ª edición, Pamplona, EUNSA, 2006), pp. 262-263: “por estas [...] razones, la fórmula *ars imitatur naturam* resulta adecuada para la elaboración de normas que siempre tienen un carácter más o menos general, y se asocian a límites infranqueables, al tiempo que permite abrir un campo de juego para la creatividad prudencial de la razón práctica; en este caso, en su uso político”.

⁴⁶ Véase: FINNIS, John, *The Truth in Legal Positivism*, en EL MISMO, *Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 177.

⁴⁷ POOLE, Diego, *Derivación de la ley humana por vía de determinación y por vía de conclusión*.

Ahora bien, porque una consecuencia necesaria de la ley natural, por muy lejana que se encuentre de sus principios más generales, pertenece a la ley natural⁴⁸, las leyes del derecho positivo no pueden derivarse de esos principios de justicia por vía de conclusión, ya que en éstas siempre existe un elemento creativo por parte de la autoridad política. Por esta causa, además de las normas deducidas desde la ley natural por vía de conclusión, que traducen más o menos inmediatamente esos preceptos de justicia⁴⁹, deben darse una serie de reglas concretas que cubran todos esos casos de la vida social en donde la tarea del legislador no consistirá en una traslación tan directa del derecho natural al sistema jurídico⁵⁰.

Esto sólo puede tener lugar si aceptamos la posibilidad de un agregado de normatividad que no puede ser reducido a una tarea lógico-deductiva por parte del legislador, tal como se muestra en el siguiente ejemplo: ante un problema ambiental concreto, el derecho natural podría exigir que se adoptase alguna medida para solucionarlo, pero sin prescribir ningún modelo en particular entre las diversas posibilidades razonables para tratar el asunto⁵¹. “Elegida la alternativa que se considere más adecuada, el derecho natural tampoco dictará una única solución correcta si, por ejemplo, se tuviera que realizar una elección entre tolerar un determinado grado de contaminación ambiental y sacrificar una medida determinada de desarrollo económico, u otro tipo de compromiso prudencial. En aquellos casos en que se debe llegar a este tipo de medidas prudenciales, la justicia natural exige únicamente que las decisiones se adopten mediante procedimientos que tengan adecuadamente en cuenta los derechos e intereses de todas las partes afectadas”⁵².

Porque las leyes positivas se originan en el poder creativo de la autoridad, que añade determinaciones a la ley natural en aquello que ésta ha guardado silencio, es posible decir que la ley humana no se encuentra en una relación directa e inmediata con los principios naturales, que son su fundamento. No existe una conexión necesaria o conceptual entre la ley positiva y los principios naturales⁵³: por ejemplo, una norma jurídica como “está prohibido ir a más de 35 m/h” no

Una relectura del art. 11 de la q. 100 de la I-II de la Suma Teológica de Santo Tomás a la luz de la diversa estructura del razonar especulativo y práctico, comunicación presentada en las XLV Reuniones Filosóficas de la Universidad de Navarra, abril de 2008 (texto no editado).

⁴⁸ THOMA AQUINAT., *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1023.

⁴⁹ Véase: GEORGE, Robert, *Il Diritto naturale nell'età del pluralismo* (Torino, Lindau, 2011), pp. 89 ss.

⁵⁰ Véase: GEORGE, Robert, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 79.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 81.

⁵² *Ibíd.* De la misma manera, escribe George: “entender el principio práctico básico que identifica la salud como un bien [...] y la preservación de la salud humana como una meta importante es una operación fácil. Partiendo de esto, un legislador moderno podrá ver sin dificultad, por ejemplo, la necesidad de idear un sistema de regulación de la circulación de vehículos como forma de proteger la salud y la seguridad de los conductores y los peatones. En este aspecto, el bien común –al que el legislador debe servir y fomentar– claramente exige tal sistema, pero del derecho natural no se podrá deducir directamente un modelo perfecto de regulación del tráfico”.

⁵³ Véase: FINNIS, J., *The Truth in Legal Positivism*, cit. (n. 46), pp. 179 ss.

se encuentra exigida por la moral mientras no sea válidamente establecida por la autoridad del Estado⁵⁴.

Pero esto no significa que no exista ningún tipo de vinculación entre los principios morales y el derecho de ley: precisamente porque se trata de normas derivadas, las razones que tiene la autoridad para establecer sistemas de derecho positivo incluyen razones morales⁵⁵, y sólo en la medida que las determinaciones incluyan aspectos de ley natural pueden ser consideradas como fuentes de justicia. En caso contrario, no serán verdaderas determinaciones, sino *corruptio legis*, como enseña Tomás de Aquino.

Todo esto nos permite concluir que las normas positivas son, en alguna medida, objetos culturales⁵⁶, esto es, construcciones autoritativas del legislador que disponen sobre lo justo para una ciudad particular⁵⁷. Se trata, en este sentido, de normas cuya juridicidad es extrínseca o accidental⁵⁸, porque la raíz de su racionalidad no procede inmediatamente de lo justo natural, sino directamente de la autoridad legítima del Estado, “que establece como justo algo que hasta ese momento resultaba indiferente en materia de justicia”⁵⁹.

En fin, por su carácter derivado, la ley positiva contiene el derecho natural, mas no lo instituye⁶⁰, “ya que éste no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo, dándole la fuerza de autoridad”⁶¹. Con todo, así como la ley positiva no da fuerza al derecho natural, tampoco puede restársela o disminuirla, ya que la voluntad de los hombres no puede convertir en lícito aquello que es directamente contrario a los bienes básicos o a los principios naturales⁶².

III. DOMINGO DE SOTO Y LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

No hay que olvidar que Tomás de Aquino fue doctor común de los salmanticenses durante casi todo el siglo XVI, e incluso durante gran parte del siglo XVII. De ahí que cuando Domingo de Soto se pregunta por la naturaleza de la deter-

⁵⁴ Véase: FINNIS, John, *On the Incoherence of Legal Positivism*, en *Notre Dame Law Review*, 75 (2000), p. 1609.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 1607 ss.

⁵⁶ Véase: FINNIS, John, *Legal Reasoning and Practical Reason*, en EL MISMO, *Reason in Action* (Nueva York, Oxford University Press, 2011), pp. 219-220.

⁵⁷ THOMA AQUINAT., *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1021.

⁵⁸ Véase: MASSINI, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho. La justicia* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005), p. 42.

⁵⁹ MASSINI, Carlos Ignacio, *La ley natural y su interpretación contemporánea* (Pamplona, EUNSA, 2006), p. 171.

⁶⁰ THOMA AQUINAT., *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, a. 5.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Por este motivo, las elecciones o valoraciones definidas por la autoridad, que es la que lleva a cabo este proceso de creación de las normas positivas, “sólo pueden hacerse una vez que se han excluido aquellas acciones intrínsecamente incorrectas, como el homicidio, el robo o el adulterio; esta exclusión decisiva de los tipos naturalmente incorrectos de acción es lo que forma la parte central de la ley natural”; así: MASSINI, Carlos Ignacio, *Determinación del Derecho y prudencia*, en *Sapientia* (en prensa).

minación, no hace más que seguir las conclusiones y dichos del llamado *Doctor sanctus*. De este modo, acepta tanto la cuestión de la utilidad de la ley humana como la idea de la doble derivación de la ley humana desde la ley natural, aunque discute, por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica del derecho de gentes.

Soto, cofundador de la Escuela salmantina junto con Vitoria, escribe que a diferencia de lo justo natural, que es simplemente necesario, esto es, independiente de toda determinación humana, el Derecho positivo obliga solamente porque pareció bien así, es decir, porque así lo juzgaron los hombres⁶³: “Por ejemplo, que el que reciba diez restituya todo, no es justo porque los hombres así lo establecieron, sino por su naturaleza. Así como el fuego no es fuego porque a los hombres así les plazca, sino que es su naturaleza. Y así, la razón formal de derecho natural consiste en que *per se* obliga. Pero que los prisioneros sean rescatados por tal o cual precio, o que ofrezcamos cabras y no ovejas en sacrificio, que son los ejemplos de Aristóteles, no es *per se* justo, sino porque los hombres así lo establecieron”⁶⁴.

Supuesto lo anterior, pertenece al derecho natural únicamente aquello que es bueno de suyo y sin orden a otra cosa. Por lo tanto, lo que es bueno por convenio de los hombres, y no esencialmente, pertenece al derecho positivo, porque se trata de un derecho consagrado por la concertación de los hombres, sancionado únicamente por su utilidad y conveniencia para el logro del bien común. Por eso sus preceptos no son absolutos o necesarios *per se*, sino únicamente por referencia a otra cosa, es decir, a un orden que conviene a la conservación de la justicia natural.

Ahora bien, no es el interés de Soto el mero replicar las ideas de Tomás de Aquino sobre la determinación⁶⁵. Esto se ve claramente en el hecho de que el maestro salmantino no se conforma con señalar que el derecho civil es el que se obtiene por vía de especificación desde el derecho natural; o que, por la indeterminación de lo justo natural, se hace necesario este derecho humano-positivo. Lo que realmente se ha propuesto el dominico al recoger la doctrina tomista de la *determinatio*, es abordar la cuestión del modo en que esta forma de derivación de la ley humana es llevada a cabo. Porque, si del derecho de gentes sabemos, por Tomás de Aquino, que se deduce conclusivamente desde el derecho natural

⁶³ Luego, sostiene Soto, se trata de un derecho indiferente por su naturaleza, pero obligatorio a partir de la institución humana (*De justitia*, ms. 781 ottob. lat., q. 57, a. 2).

⁶⁴ SOTO, D. de, *De justitia*, ms. 781 ottob. lat., q. 57, a. 2.

⁶⁵ Sin perjuicio de esto, su explicación sobre la *derivatio per modum determinationis* es casi idéntica a la de Santo Tomás: “por dos títulos se deriva la ley humana de la ley natural. En primer lugar: a la manera como la conclusión particular se deduce de los principios comunes, como sucede en el orden especulativo; y según esto la ley no matarás, no robarás, etc., se deriva de la ley natural como conclusión que se deduce de aquel otro principio: no harás a otro lo que no quieres que te hagan a ti. En segundo lugar: por aquel proceso según el cual lo común se acomoda a lo particular, como ocurre en las ciencias prácticas, en las que el arquitecto aplica el arte común de edificar a hacer esta casa en concreto, y, porque hay que hacer ventanas, se hagan de este modo concreto; de la misma manera también la ley humana aplica lo general a lo particular; así de aquel principio general, que los malhechores deben ser castigados, deduce en particular que al homicida se le da muerte, al que golpeó sin llegar a matar se le ampute una mano, a otro, que sea desterrado, etc.” (SOTO, Domingo de, *De legibus*, q. 95, a. 2).

primario, del derecho positivo o civil, lo único que sabemos es que su modo de derivación se asemeja al trabajo del artista.

Según esto, observa Soto que el derecho positivo nace a partir de un principio natural y de otra premisa que añade la voluntad humana. “Y así no se deduce por vía de ilación, sino por la determinación de un principio general en una ley especial”, como en el siguiente ejemplo: “las cosas deben venderse en su justo precio; pues bien, el precio del trigo, teniendo en cuenta estas circunstancias de tiempo y lugar, es de cinco siclos”⁶⁶. Propuesto este caso, concluye Soto que el razonamiento que da origen al derecho positivo desde el derecho natural tiene la siguiente estructura: una premisa mayor, aquella que concierne al derecho natural, cual es que “las cosas deben venderse en su justo precio”; una premisa menor, que es la que depende de la voluntad de los hombres: “mas para establecer el precio del trigo hay que tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar”; una conclusión: “por razón de estas circunstancias, dicho precio será de cinco ciclos”. Y de la misma manera, aduce Soto, se concluye que “el ladrón debe ser ahorcado”⁶⁷.

Esto supuesto, es la diversidad de circunstancias, “la diversidad de los asuntos y de los hechos humanos”⁶⁸, lo que impele al legislador a resolver lo que aquí y ahora debe tomarse por justo, aunque no caprichosamente, sino en virtud de lo que sea más conveniente para la consecución de este bien común. Sólo así se explica que, además de lo justo por naturaleza, “la razón humana haya discurrido otras muchas leyes en conformidad con la diversidad de circunstancias. Y así, por ejemplo, una vez corrompida la naturaleza, el derecho de gentes estableció la división de las propiedades y cada pueblo estableció leyes propias conforme a la manera de ser de sus súbditos y a la condición de los lugares, como sucedió con las leyes de la prescripción, de la venta, y de otros contratos que existen entre los hombres”⁶⁹, o incluso, como dice Carranza, como sucedió con las normas sobre el ayuno de cuaresma⁷⁰, o las que disponen el uso de imágenes dentro de los templos⁷¹.

También Tomás de Aquino admite que los ayunos que son de precepto pertenecen a lo justo positivo. Esto porque tales prácticas fueron mandadas por los concilios de obispos y corroboradas por las costumbres de los fieles. Estas determinaciones no atentan contra la libertad del pueblo elegido, “sino que más

⁶⁶ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, III, q. 1, a. 3.

⁶⁷ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, III, q. 1, a. 3.

⁶⁸ RAMOS-LISSÓN, Domingo, *La ley según Domingo de Soto* (Pamplona, EUNSA, 1976), p. 126.

⁶⁹ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, I, q. 4, a. 3. Las normas que fijan el precio del rescate en una libra, o las que establecen que la ofrenda de los dioses sea de una cabra y no de dos ovejas, se obtienen, asimismo, por vía de determinación. Todas ellas, en su conjunto, conforman el derecho positivo, que es, según la tesis de Soto, el que “no está determinado que sea de esta o de otra manera, sino que se determina cuando se establece”. Por este motivo, se trata de un derecho “propio de una ciudad cualquiera, o de un reino cualquiera”, como lo son “el derecho de prescripción, o hereditario, o de primogenitura”, los cuales son distintos entre los distintos pueblos.

⁷⁰ También Domingo de Soto considera que el ayuno es materia de determinación. Véase: SOTO, D. de., *De legibus*, q. 95, a. 2.

⁷¹ CARRANZA DE MIRANDA, Bartolomé, *Catechismo Christiano*, fol. 215v.

bien son útiles para impedir el ser esclavos del pecado, el cual va contra la libertad espiritual⁷². De aquí les viene precisamente su caracterización de normas positivas, porque, además de que estas determinaciones proceden de la actividad creativa de la autoridad eclesiástica, han surgido por la necesidad de reforzar en los hombres la vida virtuosa⁷³.

Dado lo expuesto, existiendo un ámbito de la realidad social que sea indiferente ante lo justo natural, puede el derecho positivo, por ejemplo, convertir en lícito lo que sin la intervención de la autoridad política no estaría sino en contra del derecho por naturaleza, aunque “no como si el derecho humano pudiese prejuzgar contra el derecho natural derogándolo en algún punto, sino porque puede poner, por parte del objeto, una circunstancia en virtud de la cual deje de ser de derecho natural lo que lo sería si no existiese esa circunstancia”⁷⁴. Un ejemplo de esto lo vemos a propósito del derecho de prescripción, porque, según enseña la tradición salmanticense, al que posee de buena fe algo ajeno, pasado todo el tiempo para prescribir, y habiendo cumplido las disposiciones de la ley, aún cuando el derecho natural ordena la restitución de lo ajeno, le es lícito el retenerlo a pesar de que se entere que es de otro.

Tal derecho de prescripción, que ha sido introducido por la voluntad de los hombres, es sólo uno de los casos en donde los neoescolásticos, como Soto, han visto una aplicación de la doctrina de las *determinationes*. No significa esto que todo lo referido al derecho de prescripción pertenezca al ámbito de lo indiferente. La existencia misma de la prescripción (tanto de la adquisitiva como de la extintiva) pertenece a la ley natural, porque su existencia la debemos a una condición de nuestra naturaleza: su finitud. Sin embargo, la especificación de un cierto plazo de prescripción o de los procedimientos legales exigidos para que ésta opere jurídicamente, no son más que elecciones de la autoridad. Luego, “¿qué tiempo se ha de fijar para la prescripción? Esto no está determinado por el derecho natural, sino que queda a la determinación de las leyes positivas”⁷⁵. Y así, la misma razón natural manda que estas leyes cambien de tiempo en tiempo, y de ciudad en ciudad⁷⁶; de ahí que Soto escriba que “uno es el derecho de los atenienses, y otro el de los romanos”⁷⁷.

Con todo, esta variación de las normas positivas existe, como ya hemos intentado mostrar, porque respecto de ciertas materias “hay una indiferencia en cuanto a lo que es propio de la naturaleza humana, y desde esa indiferencia e indeterminación se entiende la múltiple diversidad de formas que adquiere lo que

⁷² THOMA AQUINAT., *Summa Theologiae*, II-II, q. 147, a. 3.

⁷³ THOMA AQUINAT., *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

⁷⁴ MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, I, disp. 4, 9. Por ejemplo, Soto observa, en materia de derecho sacramental, que no todo lo que hace la Iglesia en cuanto a los sacramentos ha sido instituido por Cristo. Las formas y los modos como la Iglesia celebra estos ritos tienen un ámbito de indiferencia o indeterminación. De ahí que corresponda a las autoridades eclesiásticas pronunciarse normativamente sobre esas materias. Véase: SOTO, D. de, *Commentariorum Fratris Dominici Soto Segobiensis. In quantum Sententiarum. De Sacramentis in genere*, t. 1, p. 89.

⁷⁵ CATHREIN, Victor, *Filosofía del Derecho* (Madrid, Reus, 1958), p. 201.

⁷⁶ COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Relectio cap. Quanvis pactum. De pactis*, lib. VI, 4.

⁷⁷ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, III, q. 1, a. 3.

es propio del derecho positivo”⁷⁸, que, incluso, observa Soto, “puede estorbar la voluntad del dueño, y también contra su misma voluntad privarle de sus bienes”⁷⁹, como sucede en el caso de las expropiaciones por causa del interés común.

En definitiva, concluye nuestro autor, “cuando una cosa no sólo no es contraria al derecho natural, sino que además es conveniente según el tiempo y lugar, en este caso la voluntad humana, si es que se halla investida de la pública autoridad, puede hacer que lo que se estableció sea justo. Y, en este caso, como dijo Aristóteles, lo que antes no expresaba nada, desde este momento lo expresa”⁸⁰. Así, “es necesario descender de los mismos principios universales a lo particular, para acomodarlos a las circunstancias de lugar y de tiempo”⁸¹, aunque no como si la tarea del legislador se llevara a cabo con una absoluta libertad inventiva, sino como si sus disposiciones encontraran un marco de referencia normativo y de legitimidad en la ley natural.

IV. FRANCISCO SUÁREZ Y LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Supóngase que, accidentalmente, y sin otorgar testamento, muere un matrimonio joven, ambos hijos únicos y huérfanos de padre⁸². Éstos han dejado un niño recién nacido que no se sabe a quien entregar en custodia por la muerte de sus progenitores. Nuestra justicia dispone que en cualquier causa de familia se debe decidir según lo que sea más conveniente al “interés superior del niño”⁸³.

La posible salida a este conflicto está en la entrega de la custodia del menor a alguna de sus dos abuelas: la paterna o la materna. Sin embargo, podría suceder que el juez, “una vez contemplada la situación de cada una de las posibles tutoras y advirtiendo que resultan igualmente competentes —edad, estado de salud, domicilio, compromiso con el cuidado del menor, nivel socioeconómico, etc.— para ejercer la tutela del menor, no tenga más remedio que otorgársela a una de ellas sin más motivos para dicha elección que sus intuiciones”⁸⁴.

Como se ve, en muchos casos la tarea de determinación del derecho se reduce a un problema discrecionalidad. La iusfilosofía contemporánea ha insistido, por este motivo, en que para ser en sí misma autoritativa a los ojos de un hombre razonable, una determinación debe ser coherente con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, aunque no tiene por qué ser necesariamente, ni siquiera

⁷⁸ ZORROZA, María Idoya, *Fundamentos morales del contrato y de la propiedad en Domingo de Soto*, en CRUZ, Juan (editor), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto* (Pamplona, EUNSA, 2007), p. 215.

⁷⁹ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, IV, q. 5, a. 1.

⁸⁰ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, III, q. 1, a. 2.

⁸¹ SOTO, D. de, *De iustitia et iure*, I, q. 5, a. 1.

⁸² El ejemplo pertenece, en su versión original, al profesor ETCHEVERRY, Juan Bautista, *Objetividad y determinación del Derecho* (Granada, Comares, 2009), p. 195. Decimos “en su versión original”, porque le hemos introducido algunas modificaciones para ajustarlo a nuestra explicación sobre la naturaleza de la determinación.

⁸³ Véase la Ley N° 19.968, artículos 16, 17, 22, 63 y 105,

⁸⁴ ETCHEVERRY, *Objetividad*, cit. (n. 82), p. 195.

usualmente, la determinación que él mismo habría hecho si hubiera tenido la oportunidad de legislar⁸⁵.

Esto nos enfrenta al problema del papel de la voluntad en la tarea de determinación de los principios naturales. En nuestra opinión, el autor que de mejor manera ha tratado este asunto ha sido el teólogo español Francisco Suárez, conocido en la historia del pensamiento como el Eximio. En su opinión, la ley es algo que, *formaliter*, pertenece al campo de la voluntad⁸⁶. Lo que define al imperio legislativo es el constituirse en una suerte de *intimatio voluntatis*⁸⁷, “un signo manifestativo de la voluntad del que manda”⁸⁸, esto es, “del depositario legítimo del poder público”⁸⁹.

De acuerdo con lo anterior, en la tesis de Suárez lo propio de las leyes es estar referidas a relaciones entre desiguales, entre uno que es superior y unos que son inferiores. Esa relación se establece y existe con el objetivo de que el individuo sea gobernado y dirigido en su conducta. Por esto la ley no es un *consilium* indicativo sobre lo bueno o lo malo moral, sino un precepto dado por un superior a un súbdito acerca de algo que éste debe hacer o debe dejar de hacer. Y la razón de esto es simple: el *consilium*, a diferencia de la *lex*, es meramente indicativo, nunca preceptivo⁹⁰.

El centro de la doctrina suareciana radica, de esta forma, en el problema de la eficiencia de la ley. Las normas se definen como principios de regulación de la conducta que inducen a obrar de tal o cual manera “por medio de un vínculo moral creado por la voluntad del legislador y aceptado por la voluntad del súbdito”⁹¹. Tal vinculación es posible, solamente, si es que se afirma un poder normativo con capacidad de mover al ciudadano a la ejecución de la acción. Este poder, escribe Suárez, radica en la potencia apetitiva, “ya que el entendimiento más bien mueve en cuanto a la especificación, y por eso más bien que mover se dice que dirige”⁹².

En este sentido, el entendimiento no tiene poder para obligar al individuo al cumplimiento de la ley. Es, por esta causa, jurídicamente impotente: “el entendimiento lo único que puede es mostrar la necesidad que hay en el objeto mismo, y

⁸⁵ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1989), p. 289.

⁸⁶ SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, I, 5, 13.

⁸⁷ SUÁREZ, F., *De legibus*, II, 2, 8.

⁸⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, I, 5, 25. La ley, por esta causa, consiste en la voluntad misma. De ahí que, en lo relativo a la moralidad de los actos, “su virtud o maldad depende inmediatamente de su conformidad con alguna ley, y no de su conformidad o disconformidad con el juicio de la razón”. FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, II, 5, 2.

⁸⁹ GONZÁLEZ, Zeferino, *Filosofía elemental. Moral. Nomología* (Madrid, Imprenta de Polícarpo López, 1876), p. 456.

⁹⁰ SUÁREZ, F., *De legibus*, I, 12, 4.

⁹¹ MADRID, Raúl, *El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley*, en SOTO KLOSS, Eduardo (editor), *El Derecho, un arte de lo justo* (Santiago, Universidad Santo Tomás, 1999), p. 59.

⁹² SUÁREZ, F., *De legibus*, I, 5, 15.

si no la hay en el objeto, el entendimiento no puede dársele”⁹³. Lo anterior supone que “el juicio de la inteligencia aún no tiene razón de ley o de prohibición, sino que es solamente un conocimiento de lo bueno y de lo malo”⁹⁴, un simple indicio. Por esto no induce a la acción, sino que solamente muestra la obligación que la ley o el derecho suponen para el individuo⁹⁵.

Esto sucede, piensa el Eximio, por el hecho de que el juicio de la inteligencia que define un objeto como bueno o malo no es el acto de un superior, que es lo que representa el *quid* de la ley, “sino que puede serlo de un igual o de un inferior, y por ello carece de toda fuerza obligante”⁹⁶. Luego, sólo la voluntad del gobernante tiene poder para mover a la voluntad de los ciudadanos, por lo que la ley es, ante todo, una *intimatio voluntatis*.

Pese a que la voluntad tiene un carácter preeminente en la determinación de lo bueno y lo malo moral, Francisco Suárez, al igual que Tomás de Aquino, sostiene que la justicia de las leyes positivas, en cuanto normas derivadas del derecho natural⁹⁷, dependerá de su grado de conformidad con los principios morales, aunque en este caso se trate de leyes que obligan inmediatamente por la voluntad del gobernante.

Justamente porque las leyes positivas deben ser conformes con el derecho natural, el problema de la determinación, piensa Suárez, no se resuelve sólo analizando el papel que toca a la voluntad en la creación del derecho. En opinión del Eximio, el acto de determinación supone una “voluntad razonada”, esto es, una voluntad que sigue las indicaciones de la recta razón en la determinación de lo bueno o lo malo moral. Y así, escribe: si bien “la voluntad hace bueno al hombre dispositivamente en la vida temporal, porque es el principio de movimiento, y por tanto la bondad moral se realiza en la voluntad; sin embargo, eso lo tiene en cuanto se conforma con su norma, que es la recta razón”⁹⁸. De modo que, tanto

⁹³ SUÁREZ, F., *De legibus*, I, 5,15.

⁹⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, II, 6,6.

⁹⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, II, 6,6.

⁹⁶ SUÁREZ, F., *De legibus*, II, 6,6.

⁹⁷ Véase: SUÁREZ, F., *De legibus*, III, 21,10. La *determinatio* es explicada por el Eximio de la siguiente manera: “por lo dicho puede entenderse cómo en toda ley humana [...] se cumple lo que enseña Santo Tomás, que toda ley humana se deriva de la ley natural. En efecto, la ley humana puede ser de dos clases. Una es solamente explicativa de la obligación natural, por ejemplo, la ley que prohíbe el robo o el homicidio o la usura, y en general toda aquella que manda o prohíbe algo que por una deducción necesaria se deriva de los principios de la ley natural como necesario para la honestidad de las costumbres, según observó Soto. Otra es la ley humana la cual añade una obligación especial que no podría deducirse ni con evidencia ni con probabilidad de los principios naturales, como es la ley que prohíbe llevar armas de noche o no sacar del reino determinadas cosas, y otras semejantes”. En este caso, “la ley natural manda algo sólo en general, v. g. que se deben pagar tributos, que se deben castigar los maleficios, y de este principio la prudente razón deduce que conviene determinar una cantidad fija de tributo o de castigo; esta determinación la añade libremente el legislador humano con su prudencia y con el poder que Dios le ha dado, sirviéndose en las leyes civiles de la razón natural, según se ha demostrado antes; por eso se dice muy bien que la ley humana se deriva de la natural a manera de determinación”.

⁹⁸ SUÁREZ, F., *De anima*, III, 9,8.

el acto de la razón, como el acto de la voluntad, son igualmente indispensables, “y constituyen en síntesis inseparable la sustancia de toda ley”⁹⁹.

Supuesto eso, Suárez no rechaza la intervención de la razón en la creación de la ley o del derecho. Es necesario que el intelecto determine a la voluntad; lo contrario es inconcebible¹⁰⁰. Y la razón es la que sigue: el intelecto gobierna a la voluntad y al ser humano en su totalidad¹⁰¹. Por eso, las ideas de Suárez sobre la determinación no son las propias del voluntarismo extremo, aunque así se haya planteado. Lo que hace el maestro jesuita es posicionar al entendimiento en el papel que, en su opinión, le corresponde en el acto de imperio: bajo el dominio de la voluntad. Porque, como puede concluirse de su iusfilosofía, “la ley indica racionalmente las conductas correctas, pero [...] aquello por lo que la ley obliga o crea el deber de ser obedecida, más allá del simple consejo o indicación, ha de consistir en un acto de imperio, esto es, de la voluntad de quien tiene poder para imponer su voluntad”¹⁰².

En este sentido, para que lo bueno pase a ser debido y lo malo pase a ser prohibido, “es necesario el acto de una voluntad superior y cualificada que lo ordene como tal”¹⁰³. Sin embargo, “la ley requiere dos cosas: moción y dirección, bondad, por así decirlo, y verdad, esto es, juicio recto acerca de lo que debe ser hecho, y voluntad eficaz para mover a la acción”¹⁰⁴, esto aunque dicho juicio recto acerca de lo que debe ser hecho se vuelva inmediata y realmente ley a partir del acto de la voluntad de aquel que la establece¹⁰⁵.

A pesar de entregarle una preeminencia a la voluntad en lo que respecta a la tarea legislativa, señala Suárez que el imperio, como acto de la voluntad, sigue a un consejo de la inteligencia sobre la justicia e injusticia de las cosas. Un ejemplo de esto lo vemos cuando Suárez declara que “la ley se deriva de la intrínseca naturaleza de la cosa, y no de la voluntad humana”¹⁰⁶. Esto pone de manifiesto que antes que el arbitrio de la autoridad competente, lo que define a una ley como

⁹⁹ RECASENS, LUIS, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927), p. 86 (por ambas citas).

¹⁰⁰ COUJOU, Jean-Paul, *Pensée de l'être et théorie politique le moment suarézien* (Lovaina-Paris, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie-Peeters, 2012), II, p. 220.

¹⁰¹ SUÁREZ, F., *De anima*, XII, 3,7.

¹⁰² CARPINTERO, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido* (Madrid, Encuentro, 2008), pp. 200-201.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 200-201.

¹⁰⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, I,5,20.

¹⁰⁵ PISTACCHINI, Gonçalo, “Introdução”, a SUÁREZ, Francisco, *De legibus. Livro I. Da lei em geral* (Lisboa, Tribuna, 2004), p. 121. Es importante notar que, desde el punto de vista de su contenido, la posición de Suárez puede ser caracterizada como un intento de balance crítico entre las tendencias intelectualistas y voluntaristas dominantes entre los pensadores medievales y renacentistas. Se trata de una doctrina que busca hacer justicia al carácter esencialmente complementario de las funciones que cumplen el intelecto y la voluntad en la vida moral. Véase: VIGO, Alejandro, *Francisco Suárez*, en OTADUY, Javier (coordinador), *Diccionario general de derecho canónico* (Navarra, Aranzadi, 2012), pp. 400-404.

¹⁰⁶ SUÁREZ, F., *De legibus*, II,17,9.

tal es su racionalidad o su conformidad con el orden de la justicia, en cuanto que únicamente la razón puede captar la naturaleza de las cosas¹⁰⁷.

Precisamente en el punto donde los autores discuten el quiebre de Suárez con la tradición precedente, hemos visto el posible punto de tangencia entre la propuesta del Eximio y las ideas de la escolástica salmantino-vitoriana: en la determinación de la moralidad de las acciones indiferentes. Respecto de aquello que es indiferente al derecho de naturaleza, que es el mínimo en la concepción de la iusfilosofía clásica, la función normativa no pertenece a la razón sino a la voluntad, porque en aquellas acciones u omisiones cuya justicia es indeterminada, la inteligencia no puede inclinarse a una o a otra alternativa sin más (como en el mencionado caso de las abuelas), de suerte que es un movimiento del apetito el que define su racionalidad o injusticia¹⁰⁸.

Ocorre, de este modo, que con relación a las materias indiferentes, “la voluntad produce una necesidad que no había en el objeto: así, por ejemplo, en materia de justicia, hace que la cosa valga tanto o cuanto, y en materia de otras virtudes, que en este caso particular sea obligatorio hacer una cosa que en otras circunstancias de suyo no lo sería”¹⁰⁹. Sin embargo, si el acto es, por su naturaleza, intrínsecamente malo, esto es, contrario a la recta razón, “la ley humana [...] nunca puede mandarlo, porque no es separable de él malicia que lo constituye”¹¹⁰.

Por razón de lo expuesto, critica Suárez la posición de aquellos que han planteado que únicamente pueden ser materia de las leyes humanas los actos que han sido mandados o prohibidos por la ley natural o divina. Tal planteamiento es abiertamente erróneo, escribe, porque “consta por la práctica que esas leyes mandan muchas cosas que antes no eran necesarias”¹¹¹. Y es más: “aún las cosas que están mandadas de una manera general por la ley divina o natural, pueden determinarse de distintas maneras”. Esto se ve claramente en la reglamentación de los delitos, porque la ley humana con prudente libertad determina la clase de pena correspondiente para un ilícito particular¹¹². De ahí que, concluye el Eximio, “dicen los teólogos que algunas cosas son malas porque están prohibidas por la ley y la voluntad humana, ya que de suyo no eran malas; luego anteriormente a la ley eran indiferentes, pues si hubiesen sido buenas, la ley no hubiese podido hacerlas malas”¹¹³.

En consecuencia, ante las materias indiferentes, no es la razón la que puede

¹⁰⁷ CRUZ, Juan, *La costumbre como fundamento del derecho de gentes*, en CRUZ, Juan (editor), *La gravitación moral de la ley según Francisco Suárez* (Pamplona, EUNSA, 2009), p. 28.

¹⁰⁸ Con todo, es importante advertir que “cuando los discípulos de Tomás de Aquino hablan de la voluntad humana o del libre albedrío del hombre, no desligan la voluntad de la recta razón, es una voluntad recta. Lo cual significa que en esta materia es grande el margen de decisión de la voluntad del gobernante, pero en modo alguno es incurrir en el voluntarismo pues son numerosos los límites de la potestad legislativa de la autoridad pública”. CASTILLO, Juan, *El mundo jurídico en Fray Luis de León* (Burgos, Universidad de Burgos, 2000), p. 186.

¹⁰⁹ SUÁREZ, F., *De legibus*, I,5,15.

¹¹⁰ SUÁREZ, F., *De legibus*, III,15,18.

¹¹¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, III,13,13.

¹¹² SUÁREZ, F., *De legibus*, III,15,14.

¹¹³ SUÁREZ, F., *De legibus*, III,15,16.

especificar lo que sea conveniente para cada caso. Ante lo que es indiferente, la inteligencia no es capaz de precisar un enunciado normativo que pueda dar cuenta de aquello que para el caso concreto ha de ser tomado como conveniente o inconveniente. De manera que sólo la voluntad puede establecer formalmente este juicio de conveniencia o inconveniencia de lo indeterminado por la ley divina¹¹⁴. Así, dada esta doctrina de la determinación, siendo la voluntad esencialmente activa y dueña de sus actos, “puede encaminar su esfuerzo hacia la dirección que más se le antoje, incluso hacia las direcciones más opuestas”¹¹⁵. Esto porque, escribe nuestro autor, la voluntad “no está determinada solamente a una cosa, sino que de suyo es indiferente a obrar esto o aquello, y a obrar o no obrar, una vez puestos todos los requisitos para la operación”¹¹⁶.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Allí donde se requiere de una ley positiva para resolver un problema de coordinación, “a menudo sucede que aparecen como razonables un gran número de posibles soluciones, todas ellas con incommensurables ventajas y desventajas ciertas”¹¹⁷. Esto se debe a la indeterminación de los principios naturales, que no pueden (y no sólo no pueden, sino que no deben) detallar con toda precisión su contenido.

Lo anterior no supone un defecto en la tarea de legislar. Ocurre que el derecho es un fenómeno circunstanciado: es la diversidad de los asuntos humanos lo que impele al gobernante a resolver lo que aquí y ahora debe tomarse por justo. Por esta causa, no existe un sistema jurídico que sea válido para todas las sociedades. No existe, tampoco, una única salida para todas las controversias judiciales. La actividad de determinación (o creación) del derecho conlleva una tarea de prudencia y un esfuerzo hermenéutico de tal envergadura, que la autoridad habrá de decidir en cada caso el mejor curso de acción normativo según las condiciones particulares de su comunidad.

Tal es el ámbito de discrecionalidad que posee el gobernante, que un aspecto esencial de la determinación es el hecho de que hay cosas que empiezan a ser justas por la pura voluntad humana. Por ende, y porque, como ha enseñado Suárez, lo que define a la determinación es un acto de la voluntad, el espacio de libertad que tiene la autoridad es el máximo. Esto, sin embargo, no puede llevar al legislador a pasar por alto el *éthos* particular de su comunidad política, porque, como ya lo hemos señalado, el derecho es, formalmente, un fenómeno circunstanciado. Tampoco justifica a la autoridad para contravenir los principios naturales.

Que las contingencias históricas de la sociedad civil juegan un papel preponde-

¹¹⁴ Véase: MURPHY, James Bernard, *The Significance of Customary Law in the Philosophy of Francisco Suárez*, ponencia presentada en la Conferencia anual de filosofía cristiana, 2006.

¹¹⁵ LÓPEZ, Antonio, *Causalidad y libertad en Suárez y en la polémica “De auxiliis”*, en *Logos. Anales del seminario de metafísica*, 3 (2001), p. 93.

¹¹⁶ SUÁREZ, Francisco, *Disputationes metaphysicae*, XIX, 2, 11.

¹¹⁷ GEORGE, Robert, *Kelsen y Santo Tomás sobre “la doctrina de la ley natural”*, en *Persona y Derecho*, 42 (2000), p. 83.

rante en la determinación de lo justo es algo que ha enseñado el propio Domingo de Soto. En su opinión, además de las reglas de la equidad, la razón humana ha tenido que descubrir “otras muchas leyes en conformidad con la diversidad de circunstancias. Y así [...] cada pueblo estableció leyes propias conforme a la manera de ser de sus súbditos y a la condición de los lugares, como sucedió con las leyes de la prescripción, de la venta, y de otros contratos que existen entre los hombres”¹¹⁸.

Si bien “es necesario descender de los mismos principios universales a lo particular, para acomodarlos a las circunstancias de lugar y de tiempo”¹¹⁹, esto no equivale a concebir la tarea del legislador como la puesta en ejercicio de una libertad absoluta. La discrecionalidad del gobernante es máxima, ciertamente, la autoridad no está obligada a decidir en un sentido determinado, pero eso no significa que su tarea de creación del derecho se pueda ejercitar fuera de los márgenes de lo razonable: la determinación supone el ejercicio de un importante ámbito de libertad, pero dentro del marco de referencia normativo y de legitimidad de la justicia natural.

Por tanto, a pesar de entregarle una preeminencia a la voluntad en lo que respecta a la tarea legislativa, la determinación no equivale a arbitrariedad jurídica. Así lo ha entendido Francisco Suárez, quien sostiene que antes que el arbitrio de la autoridad competente, lo que define a una norma como obligatoria es su racionalidad o su conformidad con el orden de la justicia, en tanto quesólo la inteligencia puede captar la naturaleza de las cosas¹²⁰.

Ahora bien, dado que lo que decide la autoridad, una vez resguardos los principios del derecho natural, es lo justo en esas coordenadas de espacio y tiempo, las normas establecidas por el poder del Estado se añaden al conjunto de obligaciones que “por naturaleza” debe cumplir el ciudadano. La explicación de Luis de León, discípulo de Domingo de Soto y maestro de Francisco Suárez en las aulas salmantinas, es la que de mejor manera describe este fenómeno: si el derecho natural es el fundamento de la justicia de las determinaciones, y, como enseñan los escolásticos, lo justo, una vez establecida la ley, es cumplir con esa determinación, el deber de obedecer las normas positivas pertenece también al derecho natural: primero, porque una vez mandado, el contenido de la ley humana tiene condición de justo y bueno, necesario para conservar la virtud; “segundo, porque la ley natural, nacida de la inclinación natural que tiene el hombre a la vida civil y política, manda que el hombre obedezca al gobernante o al que lo representa, ya que sin esta obediencia no puede durar la vida en sociedad”¹²¹.

En definitiva, en la medida que se crean contenidos de justicia inexistentes por derecho natural, se va configurando el ámbito de los “*mala quia prohibita*”. En esta zona del sistema jurídico, el derecho promulgado (o positivo) intenta promover el bien común prohibiendo o exigiendo cierta clase de acciones cuya moralidad no había sido definida *ex ante*. En concreto, lo que hace la autoridad

¹¹⁸ SOTO, D. de., *De iustitia et iure*, I, q. 4, a. 3.

¹¹⁹ SOTO, D. de., *De iustitia et iure*, I, q. 5, a. 1.

¹²⁰ Véase: SUÁREZ, F., *De legibus*, II, 17, 9.

¹²¹ LEÓN, Luis de, *De legibus*, V, 3.

es ordenar nuevas razones para la acción, que, a pesar de que se fundan en el derecho natural, no existían sino hasta después de su determinación por parte del poder del Estado¹²².

En este sentido, lo esencial de la determinación radica en que el derecho natural no especifica cuál es la solución más adecuada para cada uno de los problemas sociales que deben ser enfrentados por la autoridad política. El gobernante no está obligado a tomar una decisión en un sentido determinado al momento de dar vida a las normas del derecho positivo; sólo debe tomar una decisión que excluya otras alternativas posibles.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, Tomás, *La determinación del Derecho en Santo Tomás* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993).
- ANDRÉ-VINCENT, Philippe-Ignace, *La notion moderne de Droit naturel et le volontarisme: de Vitoria et Suarez à Rousseau*, en *Archives de Philosophie du Droit*, 8 (1963).
- BARRIENTOS GARCÍA, José, *El tratado "De Justitia et Jure" (1590) de Pedro de Aragón* (Salamanca, Eusal, 1978).
- BARRIENTOS GARCÍA, José, *Fray Luis de León y la Universidad de Salamanca* (San Lorenzo de El Escorial, Ediciones Escorialenses, 1996).
- BARRIENTOS GARCÍA, José, *Lucha por el poder y por la libertad de enseñanza en Salamanca* (Salamanca, Ediciones de la Diputación de Salamanca, 1990).
- BARRIENTOS GARCÍA, José, *Luis de León. Escritos desde la cárcel. Autógrafos del primer proceso inquisitorial* (San Lorenzo de El Escorial, Ediciones Escorialenses, 1991).
- BARRIENTOS GARCÍA, José, *Repertorio de moral económica (1536-1670). La Escuela de Salamanca y su proyección* (Pamplona, Euns, 2011).
- BASTIT, Michel, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez* (Buenos Aires, Educa, 2005).
- BELDA PLANS, Juan, *Grandes personajes del Siglo de oro español* (Madrid, Palabra, 2013).
- BELDA PLANS, Juan, *Historia de la Teología* (Madrid, Palabra, 2010).
- BELDA PLANS, Juan, *La Escuela de la Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI* (Madrid, BAC, 2000).
- BOROBIO, Dionisio, *El sacramento de la penitencia en la Escuela de Salamanca. Francisco de Vitoria, Melchior Cano, Domingo de Soto* (Salamanca, Upp, 2006).
- BROCK, Stephen, "Ars imitatur naturam". *Un aspecto descuidado de la doctrina de Santo Tomás sobre la ley natural*, en ALVIRA, Rafael (editor), *El hombre. Inmanencia y trascendencia* (Pamplona, Euns, 1991).
- CARNELUTTI, Francesco, *Discorsi in torno al Diritto* (Padova, Cedam, 1961).
- CARPINTERO, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido* (Madrid, Encuentro, 2008).

¹²² FINNIS, John, *Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho*, en KRAMER, Matthew (compilador), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012), pp. 43-44.

- CARRANZA DE MIRANDA, Bartolomé, *Comentarios sobre el “Catechismo christiano”* (Madrid, Editorial Católica, 1972).
- CASCELLI DE AZEVEDO, Luiz Henrique, *Ius gentium em Francisco de Vitoria. A fundamentação dos direitos humanos e do direito internacional na tradição tomista* (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008).
- CASTILLO, Juan, *El mundo jurídico en Fray Luis de León* (Burgos, Universidad de Burgos, 2000).
- CATHREIN, Victor, *Filosofía del Derecho* (Madrid, Reus, 1958).
- CONTRERAS, Sebastián, *Adiaphora e indeterminación en el Derecho*, en *Pensamiento*, 65 (2012).
- CONTRERAS, Sebastián, *Ley natural y determinación del Derecho positivo*, en *Revista Praxis Filosófica*, 33 (2011).
- CONTRERAS, Sebastián, *Santo Tomás y la doctrina de la determinación del Derecho. Análisis de textos tomistas*, en *Ciencia Tomista*, 140 (2013) 450.
- COUJOU, Jean-Paul, *Droit, anthropologie & politique chez Suárez* (Perpignan, Artège, 2012).
- COUJOU, Jean-Paul, *Justicia y fuerza en Suárez (1548-1617) y Pascal (1623-1662)*, en ZORROZA, María Idoya (editora), *Virtudes políticas en el Siglo de oro* (Pamplona, Euns, 2013).
- COUJOU, Jean-Paul, *Pensée de l'être et théorie politique le momento suarézien* (Lovaina-Paris, Éditions de l'Institut Supérieur de Philosophie-Peeters, 2012).
- COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Opera omnia* (Salamanca -Venecia, 1577-1581).
- CRUZ, Juan, *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de oro* (Pamplona, Euns, 2009).
- CRUZ, Juan, *La costumbre como fundamento del Derecho de gentes*, en CRUZ, Juan (editor), *La gravitación moral de la ley según Francisco Suárez* (Pamplona, Euns, 2009).
- DOMAT, Jean, *Traité des lois*, en *Oeuvres complètes* (Paris, Alex Gobelet, 1835).
- ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del Derecho* (Granada, Comares, 2009).
- FINNIS, John, *Legal Reasoning and Practical Reason*, en EL MISMO, *Reason in Action* (Nueva York, Oxford University Press, 2011).
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1989).
- FINNIS, John, *On the Incoherence of Legal Positivism*, en *Notre Dame Law Review*, 75 (2000).
- FINNIS, John, *Sobre los caminos de Hart: el Derecho como razón y como hecho*, en KRAMER, Matthew (compilador), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral* (Madrid – Barcelona - Buenos Aires, Marcial Pons, 2012).
- FINNIS, John, *The Truth in Legal Positivism*, en EL MISMO, *Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *El proceso de determinación a partir de la ley natural en la filosofía jurídica de Tomás de Aquino*, en *Philosophica*, 14 (1991).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *La recepción de la doctrina aristotélica sobre el Derecho natural en el Comentario de la Ética a Nicómaco de Santo Tomás de Aquino*, en *Anuario Filosófico*, 32 (1999) 1.
- GEORGE, Robert, *Entre el Derecho y la Moral* (Navarra, Aranzadi -Thomson, 2009).
- GEORGE, Robert, *Il Diritto naturale nell'età del pluralismo* (Torino, Lindau, 2011).
- George, Robert, *Kelsen y Santo Tomás sobre “la doctrina de la ley natural”*, en *Persona y Derecho*, 42 (2000).

- GONZÁLEZ, Ana Marta, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino* (2ª edición, Pamplona, Eunsas, 2006).
- GONZÁLEZ, Zeferino, *Filosofía elemental. Moral. Nomología* (Madrid, Imprenta de Policarpo López, 1876).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI* (Madrid, Iustel, 2009).
- HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del Derecho natural* (Pamplona, Eunsas, 1996).
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural* (Pamplona, Eunsas, 2011).
- HORST, Ulrich, *La doctrina de la infalibilidad papal en Matthias Joseph Scheeben y su prehistoria*, en *Scripta Theologica*, 21 (1989).
- INCIARTE, Fernando, *El reto del positivismo lógico* (Madrid, Rialp, 1974).
- JERICÓ, Ignacio, *Autoridad de la Iglesia y autoridad de la Escritura* (Madrid, Agustiniiana, 2007).
- JERICÓ, Ignacio, *Bartolomé Carranza de Miranda. Seis circunstancias que marcaron una vida en el siglo XVI* (Salamanca, San Esteban, 2006).
- JERICÓ, Ignacio, *La Escuela de Salamanca del siglo XVI* (Madrid, Agustiniiana, 2005).
- JERICÓ, Ignacio, *La fe católica en los salmantinos del siglo XVI* (Madrid, Agustiniiana, 1999).
- LANGELLA, Simona, *De Legibus. Francisco de Vitoria* (Salamanca, Eusal, 2010).
- LANGELLA, Simona, *Teología e legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria* (Genova, Glauco Brigati, 2007).
- LANGELLA, Simona, *Teología y ley natural* (Madrid, BAC, 2011).
- LEÓN, Luis de, *De legibus o Tratado sobre la ley* (Madrid, CSIC, 1963).
- LÓPEZ, Antonio, *Causalidad y libertad en Suárez y en la polémica “De auxiliis”*, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, 3 (2001).
- LUTZ-BACHMANN, Mathias, *Acerca del concepto de normatividad del derecho: “ius gentium” en Francisco Suárez y Tomás de Aquino* (Pamplona, Eunsas, 2011).
- LUTZ-BACHMANN, Mathias, *Die Normativität des Völkerrechts: Zum Begriff des ius Gentium bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquin* (Stuttgart, Frommann-Holzboog Verlag, 2010).
- MADRID, Raúl, *El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley*, en SOTO KLOSS, Eduardo (editor), *El Derecho, un arte de lo justo* (Santiago, Universidad Santo Tomás, 1999).
- MANTOVANI, Mauro, *“An Deus sit” (Summa Theologiae I, q. 2). Los comentarios de la “Primera Escuela” de Salamanca* (Salamanca, San Esteban, 2007).
- MANTOVANI, Mauro, *Francisco de Vitoria y sus sucesores (1530-1560) sobre la “demostración” de la existencia de Dios. Los comentarios universitarios salmantinos a la cuestión II de la Primera Parte de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino* (Salamanca, Upps, 2006).
- MANTOVANI, Mauro, *La discussione sull'esistenza di Dio nei teologi domenicani a Salamanca dal 1561 al 1669. Studio sui testi di Sotomayor, Mancio, Medina, Astorga, Báñez e Godoy* (Roma - Salamanca, Angelicum University Press - San Esteban, 2011).
- MASSINI, Carlos Ignacio, *Determinación del Derecho y prudencia*, en *Sapientia* (en prensa).
- MASSINI, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho. La justicia* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005).
- MASSINI, Carlos Ignacio, *La ley natural y su interpretación contemporánea* (Pamplona, Eunsas, 2006).

- MOLINA, Luis de, *Los seis libros de la justicia y el derecho* (Madrid, Cosano, 1944).
- MURPHY, James Bernard, *The Significance of Customary Law in the Philosophy of Francisco Suárez*, ponencia presentada en la Conferencia anual de filosofía cristiana, 2006.
- ORREGO, Santiago, *La actualidad del ser en la Primera Escuela de Salamanca* (Pamplona, Eunsal, 2004).
- ORREGO, Santiago, *Dios y su imagen en el hombre. Lecciones inéditas de Fray Luis de León sobre el Libro I de las Sentencias* (1570) (Pamplona, Eunsal, 2008).
- PENA, Miguel Anxo, *Aproximación bibliográfica a la(s) “Escuela(s) de Salamanca”* (Salamanca, Upsy, 2008).
- PENA, Miguel Anxo, *De la primera a la segunda Escuela de Salamanca* (Salamanca, Upsy, 2012).
- PENA, Miguel Anxo, *El concepto de “Escuela de Salamanca”* (Salamanca, Eusal, 2006).
- PENA, Miguel Anxo, *La Escuela de Salamanca. De la Monarquía hispánica al Orbe católico* (Madrid, BAC, 2009).
- PISTACCHINI, Gonçalo, *Francisco Suárez. De Legibus. Livro I. Da lei em geral* (Lisboa, Tribuna, 2004).
- PONCELA, Ángel, *Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes en la Escuela de Salamanca* (León, Celarayn, 2010).
- POOLE, Diego, *Derivación de la ley humana por vía de determinación y por vía de conclusión. Una relectura del art. 11 de la q. 100 de la I-II de la Suma Teológica de Santo Tomás a la luz de la diversa estructura del razonar especulativo y práctico*, comunicación presentada en las XLV Reuniones Filosóficas de la Universidad de Navarra, abril de 2008 (texto no editado).
- RAMOS-LISSÓN, Domingo, *La ley según Domingo de Soto* (Pamplona, Eunsal, 1976).
- RECASENS, Luis, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez* (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927).
- REEDER, John, *Escuela de Salamanca*, en Perdices de Blas, Luis - Reeder, John (coordinadores), *Diccionario de pensamiento económico de España (1500-2000)* (Madrid, Síntesis, 2003).
- SOTO, Domingo de, *Commentariorum Fratris Dominici Soto Segobiensis. In quantum Sententiarum. De Sacramentis in genere* (Salamanca, 1570).
- SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure libri decem. De la justicia y el derecho en diez libros* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968).
- SOTO, Domingo de, *De justitia*, ms. 781.
- SOTO, Domingo de, *De legibus* (Granada, Universidad de Granada, 1965).
- SUÁREZ, Francisco, *Commentaria una cum quaestionibus in libros Aristotelis De Anima. Comentarios a los libros de Aristóteles Sobre el Alma* (Madrid, Fundación Xavier Zubiri, 1991).
- SUÁREZ, Francisco, *De pace. De bello. Über den Frieden. Über den Krieg* (Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2013).
- SUÁREZ, Francisco, *Disputationes metafísicas* (Madrid, Gredos, 1960).
- SUÁREZ, Francisco, *De legibus* (Madrid, CSIC, 1971-1981).
- THOMA AQUINAT, *Opera omnia* (Roma, Commissio Leonina, 1989).
- TORRELL, Jean-Pierre, *Iniciación a Tomás de Aquino: su persona y su obra* (Pamplona, Eunsal, 2002).

- VENDEMIATI, Aldo, *San Tommaso e la legge naturale* (Roma, Urbaniana University Press, 2011).
- VIGO, Alejandro, *Francisco Suárez*, en OTADUY, Javier (coordinador), *Diccionario general de Derecho canónico* (Navarra, Aranzadi, 2012).
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris, Presses Universitaires de France, 2003).
- ZORROZA, María Idoya - Barrientos García, José, “Presentación. Moral y política en la Escuela de Salamanca”, en *Anuario Filosófico*, 42 (2012) 2.
- ZORROZA, María Idoya, *Fundamentos morales del contrato y de la propiedad en Domingo de Soto*, en CRUZ, Juan (editor), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto* (Pamplona, Eunsa, 2007).