



Hallazgos

ISSN: 1794-3841

revistahallazgos@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

Cárdenas Sierra, Carlos Alberto  
INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO POLÍTICO-JURÍDICO DE TOMÁS DE AQUINO  
Hallazgos, núm. 7, junio, 2007, pp. 239-288  
Universidad Santo Tomás  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=413835167011>

- 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

# INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO POLÍTICO-JURÍDICO DE TOMÁS DE AQUINO\*

## Introduction to the political-juridical thought of Thomas of Aquinas

Carlos Alberto Cárdenas Sierra\*\*

Recibido: 5 de marzo de 2007 • Revisado: 26 de marzo de 2007 • Aceptado: 30 de marzo de 2007

### Resumen

A continuación presento el resultado de la investigación "*Jusfilosofía Tomista en Diálogo con la Jusfilosofía Contemporánea*", que trata sobre la filosofía política y jurídica de Tomás de Aquino. Esta muestra de la investigación sirvió de base para el diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann. El lector encontrará la compleja Filosofía del Derecho tomasiana elaborada a partir de las fuentes primarias integrando todos los elementos que componen la segunda parte de la Suma Teológica con la ayuda de otros textos del Aquinate.

### Palabras clave

Tomás de Aquino, acción humana libre, hábitos operativos, derecho, justicia, ley, vida política, bien común.

### Abstract

Here, I am presenting the result of the investigation "Thomas' Jus-philosophy in Dialogue with the Contemporary Jus-philosophy" that deals with the political and artificial philosophy of Thomas of Aquinas. This sample of the investigation served as base for the dialogue with Kelsen, Hart, Dworkin and Kaufmann. The reader will find the complex Philosophy of Thomas' Law elaborated from the primary sources integrating all the elements that compose the second part of the Theological Summa with the help of other texts of Aquinas.

---

\* Resultado de la investigación denominada "*Jusfilosofía tomista en diálogo con la jusfilosofía contemporánea*" aprobada y respaldada por la Universidad Santo Tomás.

\*\* Docente e investigador, miembro de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (SITA) y Líder del Grupo Raimundo de Peñafort de la Facultad de Derecho, clasificado en categoría A por Colciencias. Correo electrónico: torreondomingo@hotmail.com.

## Key words

Thomas of Aquinas; free human action; operative habits; law; justice; act; political life; common good.

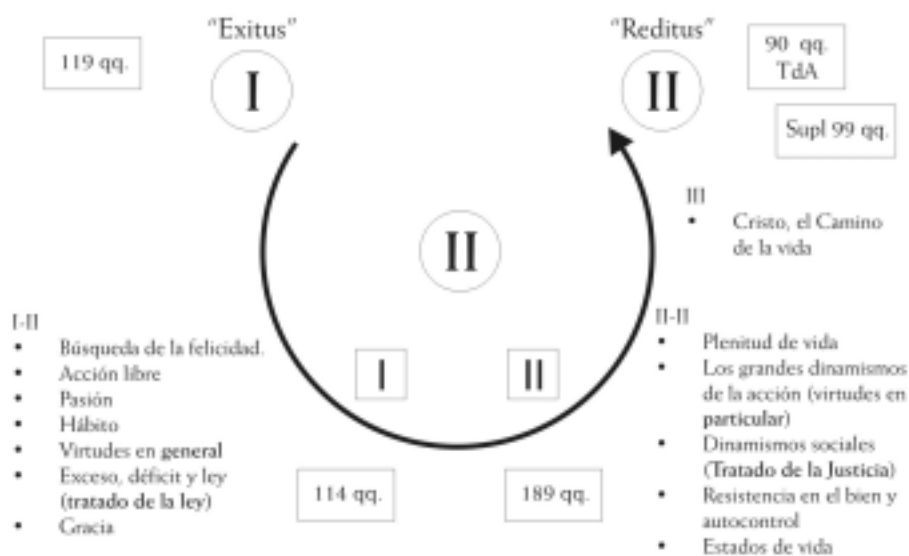
*Apóstol de la inteligencia, doctor de la verdad, restaurador del orden intelectual, Santo Tomás no escribió para el siglo XIII, sino para nuestro tiempo. Su tiempo es el tiempo del espíritu que domina los siglos. Sostengo que es un autor contemporáneo, el más actual de todos los pensadores.*

Jacques Maritain, El Doctor Angélico<sup>1</sup>

### 1. Lugar de lo político y lo jurídico en la Suma Teológica

En la “Suma Teológica”, Tomás tematiza “una cristianidad en el apogeo de su poder”<sup>2</sup>. La obra “representa la “conciencia de un mundo” articulado en todas sus dimensiones”<sup>3</sup>. Ve el autor el universo como un movi-

miento dinámico que partiendo de Dios (I parte), comprometiendo la libertad humana (II parte), retorna a su origen mediante el vínculo sustancial del Verbo (III parte). En ese proceso universal, la *comunidad humana*, la *ciudad*, la *ley*, la *justicia*, se convierten en mediaciones obligadas para que el hombre se encamine a su fin, que es su mismo origen.



<sup>1</sup> MARITAIN, Jacques, "El Doctor Angélico", Desclee, BsAs, 1942, pp. 92-93.

<sup>2</sup> Bretón, Stanislas, Santo Tomás, EDAF, Madrid, 1976, p. 15.

<sup>3</sup> Id. ib.

El anterior esquema intenta una *visión global* de las tres grandes partes de la *Suma Teológica*, como *comprensión de totalidad de la realidad* a partir del poder creador de Dios, arranque o punto de partida ("exitus") de todo el dinamismo universal, en el cual el hombre (buscador de felicidad) desempeña un papel central como "causa segunda", cuya actividad es orientada hacia su fin último por el poder redentor de Cristo, persona divina y humana que lo conduce a su origen divino o regreso ("reditus") al Creador.

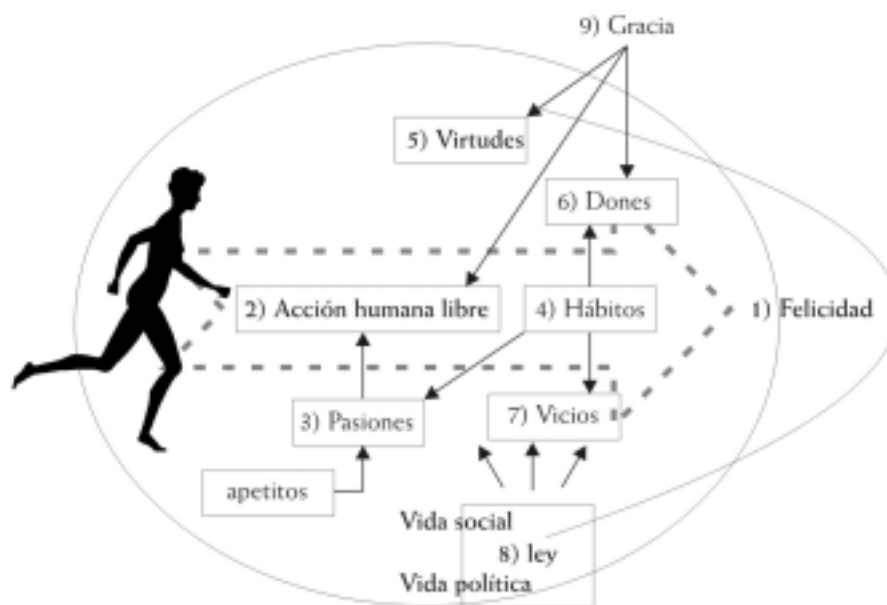
El esquema de la *unidad substancial* antecedente a la *convivencia*, al que se aludía párrafos atrás, aparece de manera analógica en todos los grandes temas de la **Primera parte** de la *Suma Teológica*: *Dios*: primero la naturaleza divina, luego, en torno a las relaciones de las personas divinas; la *Criatura*: primero sobre la naturaleza de las criaturas, luego sobre su diversificación y relaciones; los *Ángeles*: primero sobre la sustancia angélica, luego acerca de sus relaciones, jerarquías y órdenes; el *Hombre*: primero acerca de la naturaleza humana, luego en torno a la familia primordial y sobre la educación de la prole... Ese esquema (uno/los otros) va a ser decisivo en la jusfilosofía tomasiana, que juega con la dialéctica realidad substancial-realidad relacional.

La *Segunda parte* de la *Suma Teológica* se subdivide en dos secciones: I-II (Prima Secundae) y II-II (Secunda Secundae). La totalidad de las dos secciones, extensa sucesión de 303 cuestiones o problemas complejos, gira en torno al *antropocentrismo cristiano*<sup>4</sup>, caracterizado por la afirmación de la *finitud*, la *insuficiencia* de la existencia humanas, pero al mismo tiempo por el *protagonismo* creador de la inteligencia y la voluntad del hombre (como persona y como ser social-político).

La Prima Secundae (I-II) nos describe las condiciones para el crecimiento humano, criterio para toda pretensión educativa, propósito implícito en la totalidad del discurso del Maestro Tomás. Simplificando el desarrollo de las 114 cuestiones, el mega-relato de la *peripecia humana* (el hombre como Ulises en permanente regreso a Ítaca, sorteando toda suerte de peligros y amenazas) se concreta en los siguientes pasos: 1) el hombre obra en todo por *un fin*, que es la búsqueda de la *felicidad* (relativa en esta vida, plena en la nueva vida); 2) a la felicidad se llega mediante la *acción humana libre*; 3) pero la voluntad libre no puede hacer caso omiso de las "pasiones" o emociones generadas por los apetitos de la sensibilidad; 4) el ejercicio de la libertad es facilitado por la *estabilidad de los hábitos* en la conducción racional de las *emociones* (que no son enfermedades, sino *fuerzas vitales*); 5) los *hábitos operativos* al servicio de la libertad positiva son fuerzas adquiridas (*virtudes*); la *justicia* es la principal de la virtudes morales, orientada por la *prudencia*; 6) existen hábitos operativos que vienen de fuera: los *dones* del Espíritu Santo; 7) existen *otros hábitos* operativos que radican en el mismo sujeto, pero que son *variantes negativas* (por exceso o por defecto) en la búsqueda de la felicidad: los *vicios*; 8) la *vida social* favorece el ejercicio positivo de la libertad mediante la *ley*; 9) además de las *leyes eterna, natural y humana*, existen para el creyente las leyes del Antiguo y Nuevo Testamentos; 10) finalmente, en la búsqueda de la felicidad y en el ejercicio de la libertad, el creyente recibe un auxilio externo nuevo: la *gracia*.

Integrando todos los elementos de la I-II, es posible una visualización articulada como la siguiente:

<sup>4</sup> Cf. Baptist Metz, Johann, "Antropocentrismo cristiano", Sígueme, Salamanca, 1972.



Puesto que Aquino es un teólogo-filósofo, su pensamiento integra de manera orgánica la comprensión del creyente con la comprensión puramente racional. De ahí que su concepto de felicidad encierre a un tiempo el aspecto natural espacio-temporal y el aspecto trascendente o dimensión ultramundana como resultado definitivo de la existencia. De ahí que se hable, además de los hábitos operativos propios de la vida personal, social y política (*prudencia-justicia*), de hábitos operativos propios del creyente (dones, gracia, virtudes teologales); y que se articulen la *nomología* meramente *racional* (ley natural, ley positiva) con la *nomología teológica* (ley eterna y ley divina).

Si observamos el ideograma anterior, descubrimos que lo *político* y lo *jurídico* aparecen anudados en dos momentos: al hablar de los hábitos operativos virtuosos, entre los cuales se destaca la *justicia*, virtud alteritiva que asegura la existencia del todo social organizado y la de los espacios de existencia personal; al hablar del *aspecto nomológico*, se alude a las distintas formas de “conmensurar” o regular los “derechos” o “cosas” que hay que dar en los actos de justicia. No se oponen vida

política y vida jurídica, sino que se implican de manera inescindible. *Sociedad política* supone *alteridad jurídica*, y ambas suponen orden de relaciones pautado por el cuádruple *sistema normativo* (fuentes formales divino-humanas del derecho) patente para el hombre medieval.

Del ideograma anterior de la I-II se infiere que Tomás quiere desarrollar su exposición en forma progresiva y siguiendo sistemáticamente una concatenación de temas. *Situar un tema* es para él un paso esencial con miras a comprenderlo con amplitud, con las implicaciones contextuales. Sólo así se descubre su sentido dentro del todo discursivo. Por ello, no aborda ningún tema básico sin ubicarlo dentro de su sistematización. De esa manera, se logra integridad (visión de totalidad), consonancia (articulación) y claridad (unidad), condiciones que el Aquinate va a exigir, por ejemplo, a la obra de arte para ser calificada de bella: “integritas, consonantia, claritas”. La obra sistemática debe ser también, no solo arquitectónicamente bien ensamblada, sino intuitivamente bella.

A fin de *ubicar* convenientemente los grandes temas de la *jusfilosofía tomista*, es necesario respetar todo el mapa de la *Segunda Parte de la Suma*, integrando lo que sugiere la *concatenación* de la I-II, sección analítico-especulativa, con su continuación en la II-II, discurso más práctico y concreto, pues la *acción humana libre se da siempre en singular*. Esta sección retoma los temas de la I-II, pero su énfasis se hace sobre la *Prudencia* ("frónesis" aristotélica), que llega a la acción singular y descubre las *exigencias de cada caso*, indispensables para decidir en el momento de realizar la *justicia* y de aplicar la *ley* (categorías indescartables en toda *jusfilosofía*). Parece que el valor epistemológico de la I-II y de la II-II es el mismo: esta *segunda parte* no consiste en variar el esquema de la parte general, oponiendo unos temas a otros; simplemente *pone una lupa* a aspectos generales de la I-II a fin de observarlos en detalle.

Hay una tendencia a separar los *Tratados* de la *Ley* y de la *Justicia* para distinguir lo que corresponde a la *moral* (la ley) y al *derecho* (objeto del acto de justicia). Así se ha llegado al extremo de suprimir el aporte que el Tratado de la ley puede hacer a la *filosofía del derecho*. Se esgrimen dos argumentos: 1. Los preceptos jurídicos (la necesidad del castigo como herramienta pedagógica socializante) han sido derogados por los preceptos morales (el amor como herramienta pedagógica también socializante); pero parece que se confunden las normas de la moral del cristiano con las normas de la sociedad política, cuya autonomía respeta el Aquinate; 2. Que el derecho es la "cosa justa" y la ley no es más que "cierta razón del derecho"; pero no se tiene en cuenta que la ley, subordinada a la "naturaleza de las cosas" y "naturaleza de la cosa" (caso), es indispensable guía para el ciudadano, el jurisprudente y el juez.

Existe otro argumento, no ya para suprimir la *teoría de la ley*, sino para reducir su valor, que se refiere al *orden* en que se estudia en la *Suma* la *justicia* y la *ley*. ¿Qué es primero?, se preguntan: el hábito operativo interno de la justicia o la ley, que no es sino uno de los caminos externos que conducen al hombre hacia su fin social. Tomás trata primero de la justicia, cuando habla de las

virtudes en general en la I-II y desarrolla el tema de la ley más tarde. ¿Será más importante para la *filosofía del derecho* esa primacía de orden temático? Pero como de la justicia se habla detalladamente en la II-II y de la ley in extenso en la I-II, ¿entonces, habrá que pensar al revés? Lo cierto es que Tomás habla primero del *derecho*, que no es precisamente la ley, sino el objeto tanto de ésta como de la justicia.

En el teleologismo tomista, podríamos decir que hay concomitancia articulada entre el "hábito operativo" y la "ordenación de la razón". La I-II de la *Suma* comienza con la afirmación de que los *actos humanos* son aquellos que suponen en nosotros el ejercicio de la razón para ejecutarlos, la cual señala el "fin" que da "valor" y "medida" a los *contenidos* de nuestro acto. Entonces el papel legislador de la razón y el contenido de la acción no pueden separarse ni oponerse. No podemos decir que la racionalidad mensuradora va por un lado, de manera autónoma, y que el objeto de la acción puede ser independiente. Es cierto que el "finis operis" (fin de la obra) puede distinguirse del "finis operantis" (el fin del que obra), pero toda acción humana auténtica anuda los dos fines: el fin material de la comida (nutrir) y la regulación adecuada de la culinaria (aderezar al gusto humano).

## 2. Jusfilosofía integralista

La *jusfilosofía tomasiana* puede calificarse, como sugiere Maritain, de "integralista", no de "integrista", término aplicado a cierto fundamentalismo fosilizante, cerrado a todo progreso. "Integralista" se dice en el sentido de que esta *jusfilosofía* no se reduce —como las "teorías del derecho"— al fenómeno "puro" de la normatividad y su operatividad legislativo-judicial.

El "integralismo" tomasiano se traduce en una *jusfilosofía* compleja "impura" que ubica el mundo jurídico en la trama de la existencia humana, sin que se pueda reducir su objeto, de manera aislante o excluyente, a su aspecto técnico. La perspectiva integradora no es fácil de captar desde la atomización o fragmentación metodológica de las especialidades. El complejo doctri-

nal tomasiano se mueve entre la totalización teológica y filosófica, entre vida personal y vida social, entre moral y política, entre política y derecho, entre derecho canónico y derecho romano... Su discurso omnicomprendivo es abierto a distintas interdependencias, interconexiones y bisagras, en cuyo contexto resulta empobrecedor y epistemológicamente insuficiente tratar de comprender por separado y aisladamente.

No obstante, aunque se trata de un gran sistema sujeto a principios que dan sentido totalizador, la obra presenta ventanas y *perspectivas* que permiten hacer *abordajes temáticos* sin que se imponga asumir todos los aspectos, cuya virtualidad permanece como exigencia del todo, y que, por otra parte, funcionan como recursos de ampliación o profundización en caso de que la perspectiva requiera ser reenfocada.

Por eso, es posible reconstruir una *jusfilosofía* como tema o perspectiva privilegiada, aunque siempre *fronteriza* de otros temas o enfoques posibles no inmediatamente asumidos. El sistema —por sus principios— es abierto y progresivo, con múltiples alternativas de prolongación y aun de superación. Y cada porción del sistema o perspectiva escogida goza de idénticas condiciones.

Tomás de Aquino no representa solamente la tradición jusnaturalista, pues su definición de la ley (“mensura iuris”) integra tanto las exigencias del derecho natural y de los valores de coexistencia como las exigencias del derecho positivo, condicionado por los requerimientos de la vida social (“cura communitatis”). De esa manera, el *paradigma integralista tomista* fue *apto para dialogar* con todas las doctrinas jusfilosóficas que fueron construyéndose desde la Edad Media y sigue siéndolo hasta hoy, cuando se han venido alternando distintos énfasis: ya por la opción jusnaturalista, ya por la opción historicista, ya por la opción sociologista, ya por la opción positivista normativista o bien por la opción finalista, de tal manera que, actualmente, se oscila entre uno u otro extremo o se prefieren constructos mixtos.

Acerca de la necesidad de la tarea integradora, de la que el tomismo es paradigma, vale la pena recordar aquí las palabras del filósofo de la educación B. Suchodolski, preocupado por las fragmentadoras respuestas de los distintos filósofos y teóricos: “*La tarea integradora se vuelve esencial cuando la demanda social exige unas respuestas determinadas a unas preguntas concretas y cuando se da el caso de que dichas respuestas no pueden darse porque los diferentes especialistas que se ocupan de cada uno de los fragmentos de una cuestión determinada tienen unas opiniones muy dispares y que, por su puesto, no es posible reducir a un denominador común*”<sup>5</sup>. La preocupación por el mundo del derecho es análoga a la preocupación por el mundo de la educación; legisladores, jueces, juristas, justeóricos, todos son agentes de una forma de pedagogía social y política colectiva, que deben atenerse a la complejidad de esa realidad, que no admite respuestas reductivas. Frente a muchos aspectos de la realidad humana se tiene la impresión de que los *especialistas* se empeñan en afirmar sus posturas especializadas sin interesarse por las otras posturas, con lo cual resulta un “diálogo de sordos”, una algarabía de torre de Babel, o algo parecido al alegato de los ciegos que se encuentran un elefante, a cuyo contacto cada uno afirma que el animal se reduce a aquello que toca: el moco, los colmillos, la cola, la panza, la oreja...

### 3. El mapa de la compleja jusfilosofía tomasiana

Para reconstruir el pensamiento jusfilosófico tomasiano nos valdremos especialmente de la Suma Teológica, que vertebraba realidad espiritual, realidad natural y realidad humana de manera orgánica. En esta obra *el hombre y su actividad* no subsisten aparte dentro del sistema universal de las cosas; pero sí es posible privilegiar la mirada antropológica sin riesgo de fragmentarla, pues en el hombre, “microcosmos”, confluye todo el universo.

<sup>5</sup> “La educación humana del hombre”, citada por PALACIOS, Jesús, en “La Cuestión Escolar”, Fontamara, Barcelona, 1999, p. 5.

El mapa de la I-II, ya esbozado, nos permite adentrarnos en los *distintos componentes* de la *jusfilosofía*, iniciando con el tema de la *actividad humana libre*, clave arquitectónica de la Moral General, su contenido central obligado. Sin embargo, el sistema de la Suma Teológica se eslabona con otras obras de Tomás, que desarrollan aspectos tratados, sugeridos o implícitos en aquella. De ahí que haya que recurrir también a esas otras fuentes, mencionadas anteriormente, especialmente en lo referente al tema político en su conexión con lo jurídico.

Atenidos, pues, a la sugerencia de la I-II, la *actividad humana* será el eje de los desarrollos jusfilosóficos intentados en este trabajo, pues sin ella no podrá hablarse de ningún aspecto de la vida jurídica, que no es sino actividad: actividad personal, actividad intersubjetiva, actividad colectiva, actividad de la justicia, actividad del legislador, actividad del juez... Se supone, por supuesto, que la actividad es propia de *sujetos*, sin los cuales no habría a quien atribuir acciones. Se hablará luego del derecho, objeto de las acciones; de la justicia, acción de dar el derecho; de la vida política, actividad contextual de la actividad jurídica; de la ley, reguladora de todas las actividades intersubjetivas. Tales temas recibieron, en el pasado, distinto tratamiento en cuanto al orden o énfasis, pero nunca fueron descuidados al intentar hacer *justeología* o *jusfilosofía* tomista, desde los grandes comentaristas de los siglos XIV y XV, y especialmente desde la Escuela de Salamanca del siglo XVI con Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Melchor Cano, Bartolomé Carranza, Vicente Barrón, Diego de Chaves, Domingo de las Cuevas, Pedro de Sotomayor, Juan de la Peña, Bartolomé de Medina, Domingo Báñez... Los autores más o menos contemporáneos: Catrheine, Renard, Hauriou, Maritain, Capograssi, Del Vecchio, Gonnella, Gilson, Lachance, Olgiati, Fassó, Carnelutti, Santi Romano, Del Guidice, D'Entrèves, Millán-Puelles, Pieper, Fabro, Derisi, Graneris, Galán y Gutiérrez, Cardona, Villey, Messner, Utz, Puy, Hervada, Beuchot, Zabalza... han preferido uno u otro énfasis, pero en todos están implícitos los temas no privilegiados.

Después del tema de la felicidad como fin de la vida humana, Tomás se centra en la comprensión de lo que

define al hombre: *su actuar*. "*Operatio sequitur esse*": la acción es lo que manifiesta el modo de ser. La acción, siguiendo el esquema aristotélico, tiene cuatro dimensiones fundamentales que abarcan la totalidad de la vida humana: el comprender teórico y práctico, el obrar, el hacer, el comunicar. El comprender, propio de inteligencia y razón, permite al hombre "hacerse todas las cosas" (razón teórica) y regular su actuar concreto (razón práctica); el obrar (acción inmanente) constituye la vida moral y permite la perfección de la vida personal, social, política y jurídica; el hacer (acción exterior y transitiva) permite producir y transformar cosas; el comunicar (por el lenguaje) dinamiza las relaciones intersubjetivas.

De esas dimensiones de la acción, siempre conexas, el *jusfilósofo* privilegiará los temas de la *razón práctica*, del *obrar* y del *comunicar*. La razón jurídica, aun cuando no puede hacer omiso de los conceptos de la razón teórica, es ejercicio especializado de razón práctica, orientado a conducir la construcción de la convivencia y de establecer las condiciones relacionales de la interacción productora de los bienes personales y del bien común.

De la reflexión sobre el mapa de la I-II y su integración con la II-II, los resultados de la presente investigación sugieren el siguiente plan para acotar los aspectos propios de una auténtica *jusfilosofía* tomista:

- **La acción humana**
  - Existencia y acción humana libre
  - Acción humana y vida personal
  - Acción humana y vida social
  - Acción humana alteritativa y educación
- **El derecho**
  - El derecho como cosa
  - El derecho objeto de la Justicia
- **Las formas de justicia**
  - Relaciones básicas y justicia



- Psicología de la justicia
- El juicio
- La recta razón de prudencia
- El juez
- **Vida política y bien común**
  - La vida de la “sociedad perfecta”
  - Regímenes políticos y bien común
  - Persona y bien común
- **La ley y el “ius”**
  - Nomología tomasiana
  - Núcleo natural de todo ordenamiento positivo
  - El fin creador del derecho
  - Ley positiva humana
  - Costumbre y ley positiva
  - Preceptos morales y preceptos jurídicos

## 4. La Filosofía Tomasiana del Derecho

### 4.1 La acción humana

#### 4.1.1 Existencia y acción humana libre

La *naturaleza o esencia dinámica* de cualquier ente funda su existencia concreta, que se traduce a través de la *actividad*. Ésta prolonga espacio-temporalmente la forma propia de existir: “la operación sigue al acto de ser” (“operatio sequitur esse”). Sin actividad, el existente no

se manifiesta como ente actual. La actividad lo presencializa y desarrolla sus potencialidades, de tal manera que podría decirse: “el ser sigue a la operación” (“ens est propter operationem”). Por la acción, el ente es cada vez más lo que es esencialmente, es decir, que por ella obtiene su perfección, su plenitud. No obstante, la esencia dinámica que es la naturaleza es la que gobierna la actividad y le proporciona su contenido.

En 16 cuestiones de la I-II, de la 6 a la 21, elabora Aquino la teoría de los “actos humanos”<sup>6</sup> o de la *actividad libre*, propia de los existentes humanos que son las *personas*. “*Que la existencia es acción y la existencia más perfecta acción más perfecta, pero acción de todos modos, es una de las intuiciones del pensamiento contemporáneo*”. Así escribía E. Mounier al iniciar el capítulo acerca del “compromiso”, como cierre de la Primera Parte del “El Personalismo”; y agregaba líneas adelante: “*Una teoría de la acción no es, pues, un apéndice del personalismo; ocupa en él un lugar central*”.

Pues bien: que la *existencia humana* en camino a la felicidad es *acción*, era convicción de los clásicos y, muy especialmente, de Tomás de Aquino, inspirador de Mounier. Por ello, la *teoría de la acción es central* en su *Ética*, marco natural de su *jusfilosofía*. Sin esta teoría, la reflexión sobre las *formas de deber (debe-re, debitum)*<sup>7</sup>, que pertenecen al mundo ético, no tendrían materia. Tomás llama a la *Ética* o filosofía moral “ciencia operativa”, porque su objeto es la consideración de la *acción* en cuanto *obrar (agere)*, aspecto que da sentido a las demás dimensiones: el comprender, el hacer, el comunicar, y las convierte en propiamente humanas, es decir, atribuibles a un sujeto consciente, a una persona.

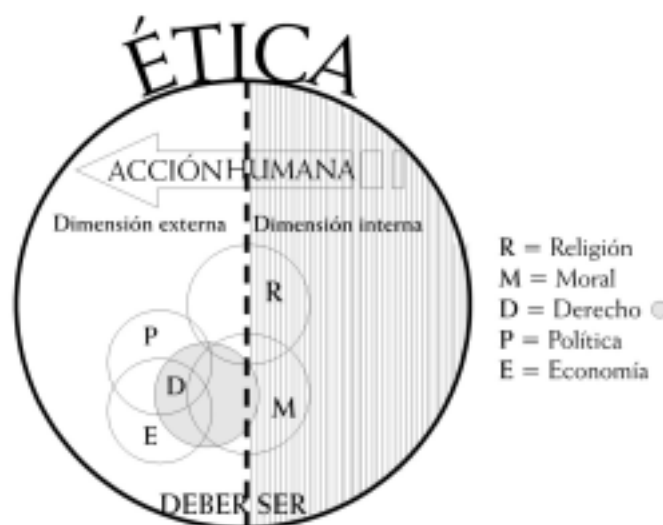
<sup>6</sup> Tomás nos ofrece un detallado análisis de los actos humanos, centrándose en los conceptos de voluntariedad, intención, elección, y deliberación. Argumentando que estas características tiene que estar presentes en todo acto que vaya a ser calificado realmente de humano porque, a diferencia de otros, como, por ejemplo, estornudar o temblar que pueden darse en otros animales. Los actos humanos son aquellos que suponen en nosotros una razón para ejecutarlos, siendo esta razón el valor que adscribimos a algo que es, por ende, el fin al que se ordena nuestro acto. Santo Tomás sostiene que más allá o por encima de todos los fines subsidiarios que podamos perseguir hay un fin supremo, la felicidad, que no podemos rechazar, aunque por ignorancia o por incompetencia podamos actuar poniéndole obstáculos al camino que conduce a ella.

<sup>7</sup> S.T., I, q. 21, a. 1, ad 3m

En su magna teoría de la acción libre, Aquino se interesa por examinar las condiciones de “lo voluntario y lo involuntario” (papel de la violencia, el miedo, la concupiscencia, la ignorancia) (q. 6); “las circunstancias de los actos humanos” (qué es la circunstancia, cuántas son, cuáles son las principales) (q. 7); “el objeto de la voluntad” (el bien, el fin) (q. 8); “el motivo de la voluntad” (el entendimiento, el apetito sensitivo, principios externos, Dios) (q. 9); “el modo como se mueve la voluntad” (papel de la naturaleza, papel de la necesidad) (q. 10); “la fruición, que es acto de la voluntad” (importancia del disfrutar) (q. 11); “la intención” (si es acto del entendimiento o de la voluntad, diversidad de intenciones según diversos fines) (q. 12); “la elección, acto de la voluntad acerca de lo que es para el fin” (si es acto de la voluntad o del entendimiento, si es sólo de lo que es para el fin, si es sólo de lo posible, si se elige por necesidad) (q. 13); “el consejo que precede a la elección” (si es una investigación, si trata de lo que es para el fin, si procede con orden resolutorio, si procede al infinito) (q. 14); “el consentimiento, que es acto de la voluntad en relación con lo que es para el fin” (si es de la virtud apetitiva o de la apprehensiva, si es del fin o de lo que es para el fin) (q. 15); “el uso, que es el acto de la voluntad en relación con lo que es para el fin” (q. 16); “los actos imperados por la voluntad” (si son actos de la razón o de la voluntad, si se impera el acto de la razón, si se impera el apetito sensitivo, si se imperan los actos de los miembros exteriores...) (q. 17).

Después de esta minuciosa fenomenología de la acción, el Aquinate pasa a explicar las condiciones de la “bondad y malicia” de la acción humana en general: papel del objeto, las circunstancias, el fin, la especie... (q. 18); pasa luego a examinar la “bondad y malicia” del acto interior de la voluntad: si depende del objeto, de la razón, de la ley eterna, de la intención, del fin... (q. 19); sigue analizando la “bondad y malicia” de los actos humanos exteriores (q. 20), y cierra con la consideración de las consecuencias de los actos humanos en razón de su bondad o malicia (q. 21).

Esta amplia y coherente teoría general de la acción, materia propia de la Filosofía Moral o Ética (metalenguaje de la moral), es también materia propia, *mutatis mutandis*, de cada uno de los sectores que aquella ordena y regula: la moral propiamente dicha, la religión, el mundo jurídico, la política... No obstante, en lo *jurídico* y en lo *político* —aunque todos los aspectos de la acción están presentes—, van a tener especial relevancia los problemas de la cuestión 6: sobre el peso de la violencia, el miedo, la concupiscencia o la ignorancia en la acción libre; de la c. 7: acerca de la afectación de las circunstancias; de la c. 12, en torno a la intención; de la c. 13, sobre la elección; de la c. 17, sobre los actos imperados; y de la c. 20, acerca de la dimensión externa de la acción...



Este ideograma muestra que llamamos *Ética* a aquella zona de la vida humana que está dominada por el *sentido del deber*. Dentro de esta zona, distinguimos *cinco* reinos por lo menos, cinco formas racionales de vida ética. La *Ética* acoge como objeto propio la reflexión sobre los “deberes” en esos cinco órdenes normativos; es ella la que define el estatuto de uno u otro: primacía de la dimensión *interna* de la acción religiosa y moral, primacía de la dimensión *externa* de la acción jurídica, política y económica; autonomía relativa de los cinco órdenes normativos e intersecciones o cruces históricos más frecuentes; mayor extensión de los ámbitos religioso y moral, pues su competencia abarca todo acto humano en sus dos dimensiones, mientras el derecho se especializa en un sector de las acciones intersubjetivas, quedando excluida la actividad puramente interna.

Tomás enfatiza la característica de la *imperatividad* en la vida jurídica, lo cual, precisamente permite deducir que es *la acción su objeto inmediato*. Puesto que la ley —aun sin ser propiamente el “derecho”—, está siempre presente mandando o prohibiendo (formas ordinarias del “imperar”), su función se haría inútil si no hubiese *sujetos capaces de actuar libremente*. ¿Qué se puede mandar o prohibir sino el *acto de alguien que puede elegir*?

La vida jurídica consiste en *tráfico arbitrado de personas y cosas*; pero las normas arbitradoras no regulan directamente ni personas ni cosas, sino acciones humanas que unas personas *eligen* y realizan acerca de ciertas cosas en relación con otras personas. Y lo que cuenta de tales acciones es que, en su raíz, dependan de elecciones libres. Estas son decisivas y reciben su fuerza de la energía espiritual que tiene su fuente en la *voluntad del fin* y su *luz en la razón*, encargada de discernir las vías y los medios para alcanzar tal fin. La elección como convergencia y concentración de la energía volitiva y

de la lucidez racional, es la matriz en que madura la *acción completa*. La elección determina lo que conduce al fin querido, fin que, en lo jurídico, siempre se concreta en una tríada: uno—el otro—las cosas.

La *acción libre tomasiana* no alude a la denominada “libertad de indiferencia”, que equivale a una libertad sin condiciones, desligada de cualquier limitación, es decir, absoluta, como querrían los nominalistas<sup>8</sup>. Una libertad que niega la validez del principio “operatio sequitur esse”, esto es, que toda libertad está gobernada por la propia estructura natural. Para los nominalistas, al no haber realidad en los universales, no habría propiamente naturaleza humana, estatuto previo a la elección, condicionante de su sentido y dirección. Mediante la “libertad de indiferencia”, la acción libre equivale al poder de *inventarse a sí mismo*. De esta manera, los sujetos de la intersubjetividad crean sus condiciones sin referentes obligados; lo mismo podrá hacer el legislador, a quien todo estará igualmente permitido.

La acción libre tomasiana está sujeta al estatuto de la naturaleza humana, cuyos reclamos se le imponen a través de *tendencias* o *inclinaciones esenciales*, que la razón de cada sujeto descubre en cualquier época o espacio del fenómeno humano. Tales tendencias indican qué se debe o se puede realizar mediante la acción. La libertad de ésta consiste en poder escoger entre posibilidades debidas, que son precisamente su materia. Vale la pena recordar la metáfora kantiana de la *paloma*, en la Crítica de la Razón Pura<sup>9</sup>: aquella vuela libremente contando con el aire que la sostiene; el aire es una condición previa y concomitante para su libre vuelo. Podría aspirar a mayor libertad, a una libertad sin condiciones, a un vuelo puro sin la necesidad del aire... Pero entonces ya no podría volar realmente. La acción de los sujetos de la intersubjetividad y la acción del legislador que manda o prohíbe deberán contar con los datos previos de la naturaleza humana: ese es el aire

<sup>8</sup> “El plan de Dios consiste en que el hombre se rija por su propio albedrío... Dios dejó al hombre en manos de su albedrío, no porque le sea lícito hacer todo lo que quiera...” (ST., II-II, 104, 1, 1m).

<sup>9</sup> Kant, Intr., III.

que fundamenta la materia de las voluntades de unos y otros.

#### 4.1.2 Acción humana y vida personal

La acción no se da sin soporte, sino que radica en una *substancia individual*, concreción de la existencia, que es su *sujeto*. Sin sujeto no hay acción. “Acciones sunt suppositorum”: las acciones son de los sujetos, repite Tomás. Lo que nosotros llamamos “sujeto”, él lo llamaba en la lengua técnica escolástica “suppositum” (que significa “soporte” o “sostén”). La esencia es “lo que” una cosa es; el “supósito” es *aquel o aquello* que ejerce la esencia mediante la *existencia actuante*. En el *mundo* de los *existentes* no hay sino “sujetos” o “supósitos” que introducen mudanzas, acontecimientos, variaciones mediante su *diverso accionar*. Plantas, animales, piedras, hombres son “supósitos” de indefinidas formas de actuar. El curso de los fenómenos que generan los “supósitos” o entes singulares es flexible y cambiante, mientras que las esencias universales son necesarias, estables, fijas.

A medida que nos vamos elevando en la *escala de los “supósitos”* del mundo observable, vamos hallando “sujetos” *cada vez* más ricos en *complejidad e interioridad* hasta llegar a los “supósitos” sensitivos y más arriba, a los “supósitos” cuya acción es más perfecta por radicar en mayor inmanencia o interioridad al fundarse en la *vida intelectual*.

Cuando nos encontramos con los “supósitos” de vida intelectual y libertad de elección y de autonomía, *tales “supósitos”* superan el rango óntico de los demás “supósitos” sensitivos y pasan al *ámbito específico de las personas*. Los individuos humanos son propiamente esos “supósitos” que reciben el nuevo nombre de *per-*

*sonas*, término introducido por los teatreros para referirse a los sujetos *protagonistas* de la escena trágica o cómica, y luego tomado en préstamo por los juristas para referirse a los sujetos de la relación jurídica en la escena social, económica y política. De aquí lo tomaron los teólogos y filósofos para significar a los individuos humanos, “microcósmos” *protagónicos en la jerarquía de los seres creados*.

El “supósito-persona” es una totalidad que existe y se sostiene en sí misma por la existencia del alma espiritual que la constituye, y que actúa de manera “autotética”, pues elige sus propios fines. El “supósito-persona” es un universo en sí mismo que se autoposee<sup>10</sup> por su conciencia. Por *conocerse* y *captarse* a sí misma como un “yo”, *centro subjetivo* desde el cual conoce el resto del universo, “la persona es el ser más perfecto en toda la naturaleza”<sup>11</sup>.

El “ser más perfecto en toda la naturaleza”, es decir el “más digno”<sup>12</sup>, es el sujeto de las acciones que van perfeccionando la propia vida y de las acciones intersubjetivas que van perfeccionando la vida social. Mediante la acción, en todas sus dimensiones (comprender, obrar, hacer, comunicar), sostenida por los distintos dinamismos virtuosos, la *persona* proyecta su vida propia; y, mediante la *acción compartida* en el medio social, influye en la vida de las demás personas, recibe su influjo, y coopera en la construcción de la “vida buena” comunitaria o colectiva.

“Acciones sunt suppositorum” vale para todas las substancias individuales del universo. “Acciones sunt personarum” vale para todas las substancias individuales *racionales* que constituyen la vida social, la vida económica, la vida moral, la vida política, la vida jurídica.

<sup>10</sup> “El hombre es naturalmente *libre y existe para sí mismo*” (ST., II-II, 64, 2, ad 3m).

<sup>11</sup> ST., I, 29, 3.

<sup>12</sup> “En cualquier hombre hay algo por lo que se le puede considerar superior... (una excelencia general o dignidad) ...por eso todos deben buscar ser los primeros en honrar a los demás” (ST., II-II, 103, 3m); La hiperdulia (hiper-reverencia o super-adoración) es la especie más importante de dulia en sentido amplio. Pues al hombre se le debe la máxima reverencia por su afinidad con Dios (ST., II-II, 103, 4, 2m); “el honor o sumisión de dulia se refieren a cierta dignidad absoluta del hombre” (ST., II-II, 103, 3, 3m).

Sin el “supósito-persona” no puede hablarse de nada humano. Sin el núcleo esencial de cada persona, ésta carece de aquello que da contenido a su existencia. El contenido de su existencia, es decir, su propio ser, se convierte en el programa de su vivir, esto es, en su “deber”. Toda persona “debe” llegar a ser *lo que* esencial, natural y sustancialmente “es”. Sin *lo que* cada persona “es” como determinante de su proyecto de vida, la realidad relacional del todo social (complejo de personas) carecería de su legítima fuente de “deberes”. La sociedad “es” según “son” las personas, y “debe” llegar a ser en función de lo que cada una de las personas “debe” llegar a ser. La sociedad siempre será *medial* frente a las vocaciones de los supósitos-personas.

#### 4.1.3 Acción humana y vida social

La teoría de la acción humana, a primera vista, parece referirse al aspecto puramente personal, pues de lo que se trata es de la libertad de cada uno en el caminar hacia su propia felicidad. La libertad tiene asiento propiamente en la voluntad, iluminada por la inteligencia, que son facultades de la persona y no fenómenos colectivos como insinuaba la tradición árabe. Pero como los individuos humanos no pueden realizar plenamente sus propios fines de manera solitaria, la acción de cada uno tiende a involucrar, en sus efectos externos, a los demás convivientes, a quienes, de manera natural, desde su mismo nacimiento, se halla vinculado todo ser humano. Es impensable para Tomás la fábula del filósofo árabe-español, del siglo XII, Abentofail, lejano inspirador de Rudyard Kipling, creador de Mowgli, el niño que alcanza estatura humana sin necesidad de convivencia humana.

La acción puede ser en su raíz independiente, pero la convivencia le impone alcance intersubjetivo. La naturaleza convivencial de los individuos humanos deja su impronta de “alteridad” (de “alter”, el otro) en la mayor parte de las acciones perceptibles en el ámbito externo. Este accionar exteriorizado importa a todas las for-

mas de “deber” que son objeto del examen crítico de la Ética: moral, religión, derecho, política; pero importan especialmente a las dos últimas, fuertemente exterioristas, dadas sus funciones eminentemente sociales.

Como filósofo del derecho, el Aquinate examina la acción humana sobre todo como activadora de vida social, esto es, como acción “ad alterum”, guiada por la justicia, tanto como virtud integral (que compromete interioridad y exterioridad) como mera acción de efectos externos. La acción humana “alteritiva”, que es la que caracteriza lo jurídico, se inscribe, ante todo, en la *sociabilidad natural*. Tomás no considera el derecho como fenómeno primordialmente político, sino como fenómeno *radicalmente social*. La *substancia individual* que es cada uno tiende espontáneamente a los demás para obtener con ellos los *medios de vida* (cosas que satisfacen deseos, debilidades y carencias)<sup>13</sup>, aun antes de necesitar que la asociación se convierta en “sociedad perfecta”, organizada por la autoridad. De esa manera, las *acciones y sus objetos* no se reducen a cuanto la sociedad política garantiza mediante la “ley positiva”: preexisten acciones y objetos radicalmente debidos, que toda política y toda normatividad positiva deben reconocer en su originalidad natural.

La naturaleza indica las “cosas” indispensables para la realización de cada uno. Pero como ninguno es autosuficiente, la misma naturaleza señala la necesidad de asociarse, comprometiendo a cada uno en interacción de colaboración para que abunden los “bienes” para todos. Cada uno actúa, a un tiempo, como deudor social y como acreedor de la sociedad. Esta, frente a sus asociados, es, simultáneamente, *organización de aportes y dispensadora de beneficios*. Cuando aparece el *aparato político*, como necesidad igualmente natural, asume el *poder de exigir* nuevos aportes y el *deber de distribuir* nuevos beneficios, de acuerdo con los fines del “régimen”; pero *ya es deudor* de cuanto la asociación pre-política debe. Por ello, dentro del régimen político, no puede haber excluidos.

<sup>13</sup> RP., L. I, c. 1 (n2).

El *carácter social* de lo jurídico, regulador de intersubjetividad, impone precisar qué tipo de actividad humana es la que se privilegia. Para Tomás, basta con la acción que tiene relevancia para la vida asociada, es decir, la acción en su mera exterioridad, que asegure la circulación e interacción de *personas* y *cosas* (bienes), sin necesidad de considerar “con qué ánimo” o intención obra el agente<sup>14</sup>. Es decir, basta con la acción de justicia, así no exista la “virtud de la justicia”, que implica el hábito de la “constante y perpetua voluntad”. Tomás prefiere que todos los ciudadanos sean justos “por virtud”, pero, como buen realista, observa que muchos no son virtuosos y que hay que exigirles, así sea por la fuerza, el mínimo soportable por la convivencia: que todos den lo debido. Un acto meramente exterior puede tener su propia bondad por sí mismo, por su propia “materia y circunstancias”<sup>15</sup>. No obstante, lo jurídico no excluye del todo el elemento interno, necesario muchas veces para mensurar méritos y responsabilidades.

#### 4.1.4 Acción humana alteritativa y educación

El punto de partida de la vida social es el “útero espiritual”<sup>16</sup> de la familia, cuya misión fundamental es “educare”, ayudar a crecer al hijo mediante el alimento físico y el nutriente espiritual (intelectual-moral)<sup>17</sup>. La familia propicia e impulsa el gradual desarrollo de la vida personal, septenio tras septenio, hasta que el hijo al-

cance “el estado de hombre perfecto en cuanto hombre”<sup>18</sup>, cuya *acción libre* está dinamizada y facilitada por *hábitos operativos* auto-impulsivos virtuosos. “De donde se sigue —precisa Tomás— que las virtudes nos capacitan para seguir del modo conveniente las inclinaciones naturales, que pertenecen al derecho natural. Y así, a toda inclinación natural determinada corresponde una virtud especial”<sup>19</sup>.

Tomás define la “educatio” —responsabilidad tanto de la familia como del gobernante—: “Traductio et promotio usque ad statum perfectum hominis”<sup>20</sup>: acompañamiento progresivo y promoción (elevación) hasta el estado perfecto del hombre, que es el “estado de virtud”, ese estadio de maduración en el que la persona ha conquistado *fuerzas* (“virtudes”) estables que le permiten hacer uso adecuado de su razón teórica (pensar, ciencia, sabiduría) y su razón práctica (*prudencia* y arte), integrando mediante el dinamismo cardinal de la *prudencia* las virtudes cardinales del “obrar” (agere), ámbito de la vida moral y social: la *temperancia* (reguladora de los placeres), la *fortaleza* (reguladora de los temores) y la *justicia* (reguladora de las acciones interactivas del mundo socio-político y jurídico).

Papel importante en la educación para la acción alteritativa o convivencial, además de la influencia de padres y maestros, la cumple el gobernante mediante la ley. Tomás considera, como Aristóteles, que “el propósito de todo legislador es hacer buenos a los hombres”<sup>21</sup>. Esa

<sup>14</sup> “Se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo la ejecuta el agente... y lo recto, en el acto de justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye en atención a otro sujeto...” (ST., II-II, 57, 1); ver también cuestión 58, artículos: 8 y 10

<sup>15</sup> ST., I-II, 20, 2

<sup>16</sup> ST., II-II, 10, 12.

<sup>17</sup> “Los preceptos jurídicos de la ley fueron adecuados acerca de la familia: ...Sobre los hijos se manda que los padres los eduquen en la disciplina y en la fe...” (ST., I-II, 105, 4)

<sup>18</sup> “La naturaleza no tiende solamente al ser de la prole, sino a su ser perfecto, para lo cual se requiere el matrimonio” (In IV Sent., dist. 26, Q. 1, a. 1, ad 4).

<sup>19</sup> ST., II-II, 108, 2.

<sup>20</sup> “Non enim natura intendit solum generationem prolis, sed etiam traductionem et pormotionem usque ad perfectum statum hominis inquantum homo est, qui est virtutis status” (ST. Sup. III, 41, a. 1).

<sup>21</sup> ST. I-II, 92, 1.

bondad puede ser absoluta o relativa: *"El efecto propio de la ley—precisa Aquino— es hacer buenos a sus destinatarios, bien en un sentido absoluto, bien en un sentido meramente relativo. Porque si el legislador se propone conseguir el verdadero bien, que es el bien común... la ley hará buenos a los hombres en sentido absoluto. Si en cambio, lo que el legislador se propone no es el bien verdadero, sino un bien útil o deleitable para él mismo, o no acorde con la justicia divina, entonces la ley no hace buenos a los hombres en sentido absoluto, sino en sentido relativo, es decir, buenos para un determinado régimen..."*<sup>22</sup>.

¿Cómo educar en la justicia a todos los miembros de la sociedad, incluyendo al gobernante mismo? La respuesta aquiniana es que existe un modo privilegiado: mediante la "disciplina de la ley". Sin la obediencia a la ley, no es posible que los hombres alcancen el fin de la sociedad humana. Al respecto, Tomás precisa: *"La virtud de cualquier súbdito consiste en someterse prontamente a quien lo gobierna... Mas las leyes se ordenan a ser cumplidas por quienes les están sujetos. Resulta, pues, manifiesto que es propio de la ley inducir a los súbditos a su propia virtud"*<sup>23</sup>.

¿Cuándo se hace imperioso el papel de la ley como instrumento pedagógico? Cuando la familia ya ha tratado de cumplir su misión social educativa por la "via amoris", por medio del "buen consejo", y a pesar de su labor, los hombres no han alcanzado el estado de vir-

tud requerido por la sociedad —auto-disciplina diría Tomás<sup>24</sup>—, se hace necesaria la "via timoris", propia de las leyes<sup>25</sup>. Precisa al respecto: *"Mas como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos es necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo"*<sup>26</sup>. La "coacción" es elemento esencial de la ley: *"La ley debe tenerla, para que eficazmente pueda inducir a la virtud... la multitud del pueblo como la persona que lo dirige tiene dicha fuerza coactiva, a la cual corresponde incluso el imponer castigo..."*<sup>27</sup> El "castigo" debe ser moderado<sup>28</sup> porque la "crueldad" lleva al resentimiento (la persona se "reconcome" y los co-asociados no alcanzan nunca la "libertad" que da la "auto-disciplina") y la "pusilanimidad", a la impunidad, debilitadora de la conciencia de seguridad de los asociados y fomentadora del descaro de los "protervos" ("protervi").

Los "preceptos jurídicos" cumplen una función de "pedagogo" que prepara la maduración gradual de la moralidad, la cual supone el resorte de la opción libre, al margen del temor. El teólogo Tomás contrasta las dos leyes de la Revelación: la ley antigua preceptiva y coactiva, con los recursos de la "via timoris", que opera como "pedagogo" que prepara y conduce a la "nueva ley" de Cristo, que solamente apela a las convicciones fundadas en el amor. Esta "ley" puramente moral deroga la legislación positiva heredada<sup>29</sup>. Esta reflexión teológica, inspirada en San Pablo, hace pensar en las convicciones del rabino del materialismo histórico, Carlos Marx, quien

<sup>22</sup> Id. ib.

<sup>23</sup> ST., I-II, 92, 1.

<sup>24</sup> "...El hombre tiene por naturaleza una cierta disposición para la virtud; pero la perfección de esa virtud no la puede alcanzar sino merced a la disciplina. ...No es fácil que cada uno de los individuos se baste así mismo para imponerse aquella disciplina... De ahí que esta disciplina conducente a la virtud ha de serle impuesta al hombre por los demás." (ST, I-II, 95, 1)

<sup>25</sup> ST, I-II, 90, 3, 2m

<sup>26</sup> ST., I-II, 95, 1

<sup>27</sup> ST., I-II, 90, 3, 2m

<sup>28</sup> "Que a la vindictio se oponen dos vicios. Uno, por exceso, a saber: el pecado de crueldad o sevicia, que se extralimita en el castigo. Otro, por defecto, como cuando se es demasiado remiso en la aplicación del castigo merecido... *Quien escasea en el palo, odia a su hijo* (Prov. 13, 24)" ST., II-II, 108, 2, 3m

<sup>29</sup> "Una vez cambiado el estado de tal pueblo por la venida de Cristo, dichos preceptos jurídicos perdieron su fuerza obligatoria; La ley fue el "pedagogo" que conducía el pueblo a Cristo..." ST., I-II, 104, 3

pensaba en el papel pedagógico del Estado y del Derecho socialistas, que preparaban para el advenimiento del Comunismo, etapa final en la cual desaparecerían tanto el Estado como el Derecho, sustituidos por comunidades de solidaridad reguladas por la moral.

La acción humana constructiva de la convivencia es considerada desde tres perspectivas: desde la acción virtuosa ("buena por naturaleza"); desde la acción viciosa ("mala por naturaleza"); y desde la acción "indiferente". Como la ley es "directiva de los actos humanos"<sup>30</sup>, Tomás coloca frente a estas tres perspectivas los cuatro efectos de la ley: "*Hay tres categorías de actos humanos. Algunos... son buenos por naturaleza. Tales actos son los de las virtudes, respecto de los cuales se asigna a la ley el acto de mandar o imperar... Otros actos son malos por naturaleza. Estos son los actos de los vicios, respecto de los cuales a la ley le corresponde prohibir. ...Otros, ... son por naturaleza indiferentes, y respecto de ellos toca a la ley permitir. Finalmente, aquello por lo que la ley induce a que se obedezca, es el temor al castigo, y es lo que da lugar a un cuarto efecto de la ley, que es castigar*"<sup>31</sup>.

Podemos resumir como *funciones educativas* de la ley las siguientes: 1. *inducir* a los hombres a obedecer por la vías de la persuasión o por las del temor al castigo; 2. *acostumbrar* a los legisladores, gobernantes y jueces a hacer actos de justicia legislativa, gubernativa y judicial<sup>32</sup>; 3. *ordenar* todo lo referente a la actividad educativa que no corresponda a la familia; 4. *mandar o imperar* los actos humanos buenos por naturaleza; 5.

*prohibir* los actos que son malos por naturaleza, especialmente los que afectan la esencia de la convivencia; 6. *permitir* los actos que por naturaleza son indiferentes; 7. *fortalecer* "la amistad de los hombres entre sí, porque ella es la que reúne a los hombres virtuosos en sociedad"<sup>33</sup>. La ley fomenta los lazos comunes, condición de la amistad social y política, fundamento de la convivencia y la coexistencia sin conflictos: "*Toda amistad está fundada en la existencia de un lazo común. En efecto, aquellos a quienes junta el origen natural o la semejanza de las costumbres o algún lazo social, son los mismos que vemos unidos por la amistad*"<sup>34</sup>.

Las leyes del legislador positivo deben contar con la función auto-educadora que ya ejerce la misma "ley natural", cuyas exigencias resultan imborrables en el "corazón" de cada uno. Sus principios intuitivos, más comunes a todos, no pueden ser eliminados a no ser que tengamos "defectos de razón", que nos impiden aplicar el "principio universal al caso concreto" y nos hacen incurrir en errores en las conclusiones, o que seamos llevados por nuestras pasiones, o que tengamos costumbres contrarias a nuestra naturaleza<sup>35</sup>.

## 4.2 El derecho

### 4.2.1 El derecho como cosa

Hemos dicho que la acción humana expresa la estructura natural del existente humano y que dicha acción, por la natural sociabilidad, se torna *acción alteritiva*, referida al otro o a los otros. En la acción alteritiva siempre se concreta una triple relación: uno-el otro-las co-

<sup>30</sup> ST., I-II, 95, 4.

<sup>31</sup> ST., I-II, 92, 2.

<sup>32</sup> Cf. Aristóteles, Política, III

<sup>33</sup> RP., I, 10.

<sup>34</sup> Id. ib.

<sup>35</sup> "En cuanto a los principios más comunes, la ley natural no puede en modo alguno ser borrada de los corazones de los hombres si se la considera en universal. Puede ser abolida, sin embargo, en algún caso concreto cuando, por efecto de la concupiscencia o de otra pasión, la razón se encuentra impedida para aplicar el principio general a un asunto particular. Mas en lo que toca a los preceptos secundarios, la ley natural, puede ser borrada del corazón de los hombres o por malas persuasiones, a la manera que también ocurren errores en las conclusiones necesarias del orden especulativo, o por costumbres depravadas y hábitos corrompidos, como aquellos que no consideraban pecado el robo (cf. a.4) ni siquiera los vicios contra la naturaleza..." (ST., I-II, 94, 6)



sas. La realidad sustantiva (persona) que actúa en la exterioridad social, de manera mediata o inmediata, está vinculándose a otras realidades sustantivas o a realidades relacionales (personas fictas) con respecto a determinadas cosas. La acción alteritativa, pues, es una *acción triádica*. Por eso, los romanos distribuían el saber jurídico en la *triada*: personas, cosas y acciones. Esto lo había aprendido Tomás de Aquino de su contacto con el "Corpus Iuris Civilis" de Justiniano, posiblemente con la guía del jurista romanista y canonista dominico Raimundo de Peñafort, antiguo universitario de Bolonia, reconocido Maestro del derecho en los Estudios de la Orden de Predicadores.

*Escribe el jurista y jusfilósofo aristotélico-tomista Michel Villey: "Siguiendo a Gayo, el manual de Justiniano utiliza una división de las materias del derecho muy simple y luminosa, productiva, sin duda, de un prolongado trabajo de abstracción, que todavía merece en parte nuestro respeto. Tres cosas deben ser examinadas en el vasto teatro que es el mundo del derecho: primeramente, quiénes son los actores, los hombres que negocian, litigan y ejercen sus derechos (personae). En segundo lugar, el decorado de la escena, los objetos, materiales o no, de los que se puede gozar o sobre los que se puede negociar (res). Y en tercer lugar, las acciones que pueden ejecutar las personas, las palabras y los gestos de los actores, las fórmulas que usan en un proceso, que es un acto jurídico (acciones)"*<sup>36</sup>.

Tomás sabía que no se puede hablar del *derecho* sin pensar en la triada, pero que ésta gravita sobre el motivo, la causa, el objeto de la inter-acción: las *cosas* que dan sentido a las pretensiones de los agentes de la convivencia; las cosas que hay que dar, hacer u omitir. De sus lecturas romanistas, Tomás había reflexionado sobre la estructura del Corpus justiniano y sobre los dichos de los jurisprudentes, en especial de Paulo: "*Una regla jurídica es aquella que brevemente describe la*

*cosa que es. No para que se tome el derecho de la regla, sino que del derecho (cosa justa), que es, se haga la regla. Así pues, el papel de la regla es dar cuenta abreviada de las cosas*" ("*Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur...*")<sup>37</sup>.

El romanista Tomás está muy atento a la clasificación de las "res": de derecho *humano* o de derecho *divino*; entre las de derecho humano, *públicas* o *privadas*; entre las privadas, *incorporales* (usufructo, crédito, servidumbres, herencias...) o *corporales* (fundo, vestido, animal)... "res mancipi", "res nec mancipi"... Las divisiones de personas y de acciones se suceden y encajan según los *tipos de cosas*. Esta prioridad de las *cosas* (res) como término de acciones e interacciones convierte al Aquinate en un "realista". Lo cual significa que se preguntará siempre de entrada, al pensar como legislador o como juez, *cuál es la cosa en juego*, la cosa que *interesa* a uno u otro, la cosa que *afecta* a éste o a aquel (cuáles son los *objetos* de las normas y de los actos de justicia). Sabía que lo más valioso son las personas, pero que la vida de las personas dependen de las cosas que circulan en la vida social o que ofrece la naturaleza.

Como introducción al Tratado de la Justicia, elabora Tomás un minitratado del "derecho" en cuatro clarísimos artículos (II-II, 57) en torno a cuatro problemas: 1. si el *derecho* es *objeto* de la *justicia*; 2. si es correcta la división del *derecho* en *natural* y *positivo*; 3. si el *derecho de gentes* se identifica con el natural; 4. si deben distinguirse de un modo especial el *derecho paterno* y el de los *señores*.

El minitratado anterior parece, medularmente, girar en torno a las afirmaciones tajantes del jurisprudente Paulo: "*la ley no es el derecho mismo, sino cierta razón del derecho*"<sup>38</sup>; "el nombre de "derecho" se usó inicialmente

<sup>36</sup> Villey, Michel, "El Derecho Romano", EUDEBA, Bs As, 1966, p. 25.

<sup>37</sup> Digesto, L, XVII.

<sup>38</sup> ST., II-II, 57, 1, 2m

para designar la misma *cosa justa*<sup>39</sup>; “lo propio de la *justicia*, entre las demás virtudes, es *ordenar* (o regir) al hombre en las *cosas relativas a otro*”<sup>40</sup>.

No basta con saber que la “acción justa” es aquella que está referida a otro, a los demás, que busca “igualar” a uno y a otro, que trata de “ajustar” (“*iustari*”)<sup>41</sup>, que consiste básicamente en armonizar equilibradamente el “dar”<sup>42</sup> con el recibir o el exigir. Si no se precisa cuál es el referente “conmensurativo”<sup>43</sup> que motiva el vínculo entre los sujetos, y permite aproximarlos con cierta igualdad, la acción alteritativa propia de la justicia queda vacía, con *objeto ausente*.

Tomás cae en la cuenta de que el *sentido original* de la palabra “ius” (“derecho”)<sup>44</sup> ha sufrido distorsión por la costumbre y se ha vuelto polisémica, como ha ocurrido, por ejemplo, con la palabra “medicina”, que significaba primero “el remedio” dado al enfermo y luego se empezó a usar “para indicar el arte de la curación”. Igual ocurrió con “ius”, cuyo significante originario se refiere a la *cosa* que debe darse en la acción alteritativa “ajustada”<sup>45</sup>; pero después “se torció su significado para indicar el arte por el cual sabemos lo que es justo”<sup>46</sup>, el tribunal de justicia, el ejercicio de la justicia y también

el “modelo preexistente” o la “norma de prudencia”, que si son escritos se llaman “ley”<sup>47</sup>. Por supuesto, insiste como Paulo, que la “ley” no es el derecho mismo<sup>48</sup>.

Esa relación entre “norma” (ley) y “cosa” (ius) le permite a Tomás, siguiendo a Aristóteles<sup>49</sup>, hacer la división del derecho entre Derecho natural y Derecho positivo: “Según lo expuesto, el derecho o lo justo —ius, sive iustum— es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. ...Una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, *atendida a la naturaleza misma de la cosa —Uno quidem modo, ex ipsa natura rei—; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, cuando una cosa es adecuada o equivalente a otra un mutuo acuerdo o por contrato, es decir, cuando alguien se manifiesta satisfecho con recibir tanto. Y esto puede hacerse de dos modos: primero, cuando se hace por acuerdo privado...; y segundo, por ley pública, como cuando todo el pueblo está de acuerdo en que tal cosa sea equivalente a otra; o bien cuando esto lo ordena el gobernante que dirige los destinos del pueblo y lo representa. Y esto es derecho positivo —Et hoc dicitur ius positivum—*”<sup>50</sup>.

<sup>39</sup> Id. ib., 57, 1.

<sup>40</sup> Id. ib. 57, 1.

<sup>41</sup> “Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar (o regir) al hombre en las cosas relativas a otro. Implica cierta igualdad, como su propio nombre evidencia; en el lenguaje vulgar se dice que las cosas que se igualan se “ajustan”.” (ST., II-II, 57, 1)

<sup>42</sup> “Se dice que es suyo —de cada persona— lo que se le debe según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo.” (ST., II-II, 58, 11)

<sup>43</sup> “El derecho o lo justo natural es aquello que por naturaleza está *adecuado o conmensurado* con el otro.” (ST., II-II, 57, 3).

<sup>44</sup> “Se da el nombre de justo (derecho) a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta” (ST., II-II, 57, 1)

<sup>45</sup> “...Este vocablo derecho —ius— originariamente se empleó para significar la misma cosa justa —ad significandum ipsam rem iustam—” (Id. ib., 1m).

<sup>46</sup> “Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas...” (Id. ib., 1m).

<sup>47</sup> “...la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley, según san Isidoro, es “una constitución escrita” (Id. ib., 2m).

<sup>48</sup> “...y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho —lex non est ipsum ius, propie loquendo, sed aliquis ratio iuris—.” (ST., II-II, 57, 1, 2m).

<sup>49</sup> “Dice Aristóteles que “de lo justo político, uno es natural, otro legal, esto es, establecido por la ley” (ST., II-II, 57, 2).

<sup>50</sup> ST., II-II, 57, 2.

En el siglo XIII, la *palabra* “ius” se usaba en todos esos sentidos, amparados por el “Corpus Iuris Civilis” justiniano, por el “Corpus Iuris Canonici”, por el lenguaje de jueces y abogados, por el uso común. Pero Tomás insiste en rescatar el *uso primigenio*, aún vigente en el amplio campo semántico universitario y popular: el “derecho” es, ante todo, la “cosa justa”, el objeto que circula en las “acciones justas”, aquello que alguien debe y otro reclama como suyo, aquello que señalan los demostrativos: eso, esto y los posesivos: mío, tuyo, suyo, nuestro, vuestro, de ellos, y que motiva todas las relaciones intersubjetivas, —que, si son “ajustadas” en todos los casos, aseguran la paz, y si no se ajustan, generan conflicto—.

Que el arte jurídico, el tribunal, el ejercicio de la justicia, la ley se puedan llamar “ius” o “derecho” parece precisamente normal, pues todo gira en torno a la “cosa justa”. Por ello, Tomás acepta todas las acepciones, pero tiene cuidado en observar que el campo semántico no es unívoco: se trata de un *uso analógico de atribución*, en el cual el “primer analogado” es el “ius” como cosa debida; los demás sentidos se justifican porque están en función del “ius-res”. Tal como los analogistas llamaban “sano” el alimento, el juego, el agua, el baño, etc., por favorecer al animal sano, al cual corresponde propiamente la salud. Lo que interesa al arte jurídico, al tribunal, a la ley, es, en palabras de Paulo, “*enarrare*”, esto es, “interpretar públicamente” cuáles son las *cosas debidas o exigibles*.

#### 4.2.2 El derecho objeto de la Justicia

*Dice Tomás en la Suma Contra Gentiles: “Puesto que el acto de la justicia es dar a cada uno lo que es suyo,*

*todo acto de justicia debe estar precedido de un acto por el cual una cosa pasa a ser pertenencia de alguien, como se ve en las cosas humanas, donde uno con el trabajo hace suyo lo que después el remunerador, con un acto de justicia, le da. Por lo tanto, aquel acto en virtud del cual originariamente una cosa resulta de alguien, no puede ser ya un acto de justicia”*<sup>51</sup>.

Es decir, no se puede hablar de justicia hasta que no exista su objeto, la “res debita”, que es su presupuesto necesario. *Atribuir el “ius” (res) es el acto primero*, que puede ser “ex natura” (por ley natural) o “ex conducto”, por disposición privada (contrato) o pública (ley positiva). Tampoco se puede hablar de justicia o de “dar” si no existe el dueño de la cosa debida, que tiene que ser necesariamente otro: “...por su propia esencia —precisa Tomás— la justicia tiene que referirse a otro, pues nada es igual a sí mismo, sino a otro”<sup>52</sup>. Si el objeto de la justicia consiste en acciones y cosas exteriores, por las que un hombre se “coordina” con “otro”, ésta no puede versar sino sobre el *aspecto exterior* de la moralidad<sup>53</sup>.

Como la materia de la justicia es la operación exterior, “en cuanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción”, la cosa se “ajusta” a la persona cuando a ella se le “da” algo a “la medida de su derecho”. Cuando una persona reclama como suya una casa de 200 millones, a ella, se le debe una casa de tal precio o el dinero correspondiente en proporción aritmética. Es decir, como dice Aquino, que el “medio de la justicia” es “real” porque existe una cosa exterior proporcionada a los sujetos exteriores de la relación<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> SCG, II, 28.

<sup>52</sup> ST., II-II, 58, 2.

<sup>53</sup> “Por tanto, ya que la justicia se ordena a otro, no versa sobre toda la materia de la virtud moral, sino sólo sobre las acciones y cosas exteriores, con arreglo a cierta razón especial del objeto, es decir, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro” (ST., II-II, 58, 8).

<sup>54</sup> “Está el Filósofo, que en V *Ethic.* señala el medio de la justicia según la proporcionalidad aritmética, que es un medio real... Las otras virtudes morales tratan principalmente de las pasiones, cuya rectificación no se considera a no ser en relación al hombre mismo, de quien son las pasiones... el medio de tales virtudes no se determina por la proporción de una cosa a otra, sino sólo en relación con el mismo sujeto virtuoso... Pero la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción. Y, en consecuencia, el medio de la justicia consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior” (ST., II-II, 58, 10).

El punto de partida de los actos de justicia es para el Aquinate, fiel a la tradición aristotélica y romanística, el hecho natural y social de que la existencia humana no es posible sin un previo reparto de “cosas” o satisfactores de necesidades. El acto de justicia se impone a partir de ese hecho, de acuerdo con el cual a cada uno se le atribuye algo, que alguien debe reconocer y dar. Así entendía las palabras de Ulpiano al definir la justicia: “*ius suum cuique tribuere*”. Si no hay reparto previo, por exigencia natural, por esfuerzo personal, por disposición social, no pueden darse propiamente actos de justicia, que son actos segundos o actos condicionados.

Así como existe el hábito de la justicia, también existe su hábito contrario: la *injusticia*, que tiene por “objeto cierta desigualdad”<sup>55</sup> que niega la “cosa justa” o el “ajustamiento” necesarios. Sin embargo, puede suceder que alguien haga algo injusto sin tener el hábito de la injusticia como cuando actúa involuntariamente por ignorancia o llevado por la “ira” (“u otra pasión”), es decir, dice Tomás: “cuando la misma injusticia de suyo agrada”<sup>56</sup>. En todo caso, se da una injusticia “accidental” o “material”, que no por eso se debe soportar: “nadie padece injusticia a no ser queriendo”<sup>57</sup>. En la “injusticia material” es posible que no haya culpa, pero el daño funda algún tipo de pena, porque existe causa “material” (objetiva)<sup>58</sup>.

En el contexto del pensamiento tomasiano, es preciso aceptar que la *injusticia* puede alcanzar a los mismos *animales*. Tomás, al contrario de su maestro Alberto

Magno, piensa que el “ius” también se les debe a los animales: “*Hablando absolutamente, el tomar una cosa no solo es propio del hombre, sino también del animal. Y por tanto, el derecho considerado en el primer sentido (derecho natural primario) es común al hombre y al animal. Si tomamos el derecho natural en este sentido, es diverso del derecho de gentes, que es propio solo de los hombres*”<sup>59</sup>. Alberto discute las concepciones de derecho natural de Ulpiano y sus seguidores. El famoso jurisprudente romano, según el texto de las Instituciones de Justiniano, había definido el derecho natural como “*aquel que la naturaleza inspira a todos los animales (quod natura omnia animalia docuit)*”<sup>60</sup>. “*No podemos consentir —escribe Alberto— en la distinción que algunos sugirieron, esto es, que el derecho natural se dice de muchos modos, y uno de esos modos sea común a nosotros y a los brutos*”<sup>61</sup>.

Tomás acepta que en los animales *cabe cierto derecho natural*, es decir, una real e intrínseca adecuación de su naturaleza y de sus operaciones con los objetos que les convienen, y en relación con los seres humanos, aunque se trata de *un derecho imperfecto y analógico*, por faltarles la racionalidad (que es conciencia de alteridad y de deber). Ese “derecho animal” (espacio vital, hábitat, cosas necesarias para satisfacer las tendencias básicas) deberá ser descubierto por el hombre, cuya razón le permite desvelar qué deudas tiene con su entorno, el cual puede estar a su servicio, pero cuya naturaleza no puede destruir.

<sup>55</sup> ST., II-II, 59, 2.

<sup>56</sup> “Alguien puede hacer lo injusto involuntariamente o por pasión sin el hábito de la injusticia... Puede, en efecto, ocurrir que el que realiza un acto injusto no sea injusto, en un doble sentido. Primero por falta de referencia de la operación al objeto propio de la misma... Y por esto, si alguien hace algo que es injusto no teniendo intención de hacer lo injusto, como cuando lo hace por ignorancia, entonces no realiza lo injusto propia y formalmente hablando, sino solo accidental y materialmente... En segundo lugar, puede suceder por defecto de conexión de la operación misma con el hábito... Pues una injusticia puede a veces proceder de alguna pasión, como de la ira o de la concupiscencia y otras de la elección, es decir, cuando la misma injusticia de suyo agrada...” (ST., II-II, 59, 2).

<sup>57</sup> ST., II-II, 59, 3.

<sup>58</sup> ST., II-II, 108, 4.

<sup>59</sup> ST., II-II, 57, 3.

<sup>60</sup> Institutas, L. I, t. II.

<sup>61</sup> Alberto Magno, “Quaestiones de Bono”, tract. 5, q. 1, a. 1.

### 4.3 Las formas de justicia

#### 4.3.1 Relaciones básicas y justicia

El *Tratado de la Justicia* consta de nueve partes: tratado del derecho (q. 57); la justicia en general (q. 60); su división (q. 61); aplicaciones generales (qq. 62 y 63); reglas del proceso, derechos y deberes de partes e intervinientes (qq. 67 a 71); comportamiento de los sujetos dentro del juicio (72 a 76); de las penas (q. 65); de los delitos en particular (qq. 64, 66, 77 y 78.); y, por último, de las partes cuasi-integrales de la justicia (q. 79).

La justicia es *especial* o *general*. Para la *perfección* del acto de la justicia *especial* se requieren “dos partes integrales”: hacer el bien y evitar el mal bajo su aspecto debido al otro. Y, para la perfección del acto de justicia *general*, las mismas “dos partes integrales”: hacer el bien debido a la comunidad y evitar el mal contrario<sup>62</sup>.

Mas los actos de justicia son básicamente de tres tipos, de acuerdo con tres formas básicas de las relaciones intersubjetivas: de un sujeto particular con otro particular; del sujeto colectivo con cada uno de los sujetos particulares; de todos los particulares con el sujeto colectivo. De esos tres tipos de relaciones surgen las tres formas de justicia clásicas entre los tomistas, ceñidas al criterio clasificador aristotélico: justicia *conmutativa*, que depende de los intereses y las acciones de intercambio entre particulares; la justicia *distributiva*, que depende

de las expectativas de los particulares frente a los deberes del todo social; la justicia *legal* (con la mediación de la ley), que depende de las acciones y los objetos que interesan a la vida colectiva, según el régimen político, la cual se denomina *general* desde la perspectiva de la “vida buena” social en su integralidad, que exige a todos los asociados aportar todas sus perfecciones y virtudes.

En los textos tomistas y en la tradición se privilegia la última forma de justicia (“ordenamiento de las partes en función del todo” (“*ordo partium ad totum*”)), que se convierte en generadora de la segunda forma (“ordenamiento del todo a las partes” (“*ordo totius ad partes*”)), cuya dinámica asegura las aptitudes de intercambio convivencial de los ciudadanos (“*ordo partium ad partes*”). La justicia *legal* o *general* regula la “*res publica*” o el “*bien común*”, cosa colectiva que todos los ciudadanos deben ayudar a construir como algo debido al todo social<sup>63</sup>; la justicia *particular distributiva* regula el reparto de “cosas” desde la abundancia de la “*res publica*”<sup>64</sup>; y la justicia *particular conmutativa* hace circular toda clase de *bienes* (“*res*”) a través de los intercambios según los intereses intersubjetivos entre sujetos no subordinados<sup>65</sup>.

Tomás distingue la materia de cada justicia particular (distributiva y conmutativa) así: “Si tomamos como materia de una y otra las mismas acciones principales, por las cuales *nos servimos* de las *personas*, de las *cosas* y

<sup>62</sup> “La justicia, considerada como virtud especial, contempla el bien bajo su aspecto debido al prójimo. En este sentido, pertenece a la justicia especial hacer el bien bajo su aspecto de debido al prójimo y evitar el mal opuesto, esto es, aquello que para el prójimo sea nocivo. En cambio, a la justicia general corresponde hacer el bien debido a la comunidad o a Dios y evitar el mal contrario... Y decimos, además, que estas dos partes de la justicia, general o especial, son como partes integrantes, porque cada una de estas se requieren para la perfección del acto de justicia.” (ST., II-II, 79, 1)

<sup>63</sup> “Puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común..., de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien.” (ST., II-II, 58, 5)

<sup>64</sup> “...La otra relación considerada es la del todo respecto de las partes (“*Alius ordo attenditur totius ad partes*”); y a esta relación se asemeja el orden pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente, lo dirige la *justicia distributiva* (“*Quem quidem ordinem dirigit iustitia distributiva*”), que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes” (ST., II-II, 61, 1).

<sup>65</sup> “Cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte (“*Unus quidem, partis ad partem*”), a la que corresponde el orden de una persona privada a otra (“*cui similis est ordo unius private personae ad aliam*”), y este orden lo dirige la *justicia conmutativa* (“*Et hunc ordinem dirigit commutativa iustitia*”), que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas (ST., II-II, 61, 1).

de las *obras*, entonces en una y otra justicia hallaremos *diversa materia*, porque la distributiva dirige la distribución y la conmutativa es la que dirige los cambios que pueden darse entre dos personas”<sup>66</sup>.

Mientras en la justicia *distributiva*, la igualdad no es de cosa a cosa, sino según la *proporción* de las cosas a las personas (igualdad geométrica), en la medida en que las personas resultan socialmente desiguales, en la justicia *conmutativa*, es preciso igualar cosa a cosa según “medida aritmética” como en la compraventa, por ejemplo, en la cual todas las personas resultan iguales pero no la equivalencia de sus cosas<sup>67</sup>.

En la justicia conmutativa se da propiamente la *compensación* por *restitución*, que es la recuperación de la igualdad entre cosas, cuando ésta ha sido violada, como en los casos de hurto, injuria y lesiones contractuales. “*Restituir no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo. Por eso, en la restitución hay una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa, lo cual pertenece a la justicia conmutativa. ...Y esto tanto cuando la cosa de uno está en poder de otro por voluntad de aquél, como ocurre en el préstamo o depósito, como cuando está contra su voluntad, como en la rapiña o el hurto*”<sup>68</sup>. Es preciso que haya “reacción igual a la acción”. Sin embargo, no siempre la retribución debida es meramente aritmética, pues puede resultar mayor según la dignidad de las

personas o el daño causado a la República. En este último caso, “*no sólo se damnificó a la persona privada, sino a la persona pública, infringiendo su tutela*”<sup>69</sup>.

Tomás da especial importancia a una forma de violación de la justicia distributiva: “la acepción de personas”. Ésta “se opone a la justicia distributiva, pues la igualdad de ésta consiste en dar diversas cosas a diversas personas, proporcionalmente a sus respectivas dignidades. ...Si uno considera a aquel a quien confiere algo no aquello por lo cual lo que se le otorga le sería proporcionado o debido, sino solamente que es tal hombre, Pedro o Martín, hay ya acepción de personas, puesto que no se le concede algo por causa que le haga digno...”<sup>70</sup>.

Considera Tomás que la *justicia legal* o general sobresale entre todas las virtudes morales porque está en juego el “bien común”, pero igualmente las otras formas de justicia sobresalen porque no solamente perfeccionan al sujeto sino que perfeccionan la convivencia. “*Si hablamos de justicia legal —precisa—, es claro que ésta es la más preclara entre todas las virtudes morales, en cuanto que el bien común es preeminente sobre el bien singular de una persona. ...Pero, aun refiriéndose a la justicia particular, también ésta sobresale entre las otras virtudes morales por doble razón: la primera... por parte del sujeto, es decir, porque se halla en la parte más noble del alma, en el apetito racional, esto es, en*

<sup>66</sup> ST., II-II, 61, 3

<sup>67</sup> “En la justicia distributiva no se determine el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en la medida que una persona exceda a otra, así también la cosa que se le dé a dicha persona exceda a la que se le dé a otra persona... según la proporcionalidad geométrica, en la que la igualdad se establece no según la cantidad, sino según la proporción. ...Pero en los cambios se da algo a una persona particular en razón de la cosa de dicha persona que se ha recibido, como, sobre todo, se manifiesta en la compraventa, en la que se halla primeramente la noción de cambio. Por eso es preciso igualar cosa a cosa... Y de este modo se realiza la igualdad según la medida aritmética, que se determina según un excedente cuantitativo igual...” (ST., II-II, 61, 2)

<sup>68</sup> ST., II-II, 62, 2

<sup>69</sup> “S/H: Lo recibido en retribución implica igualdad de compensación entre lo que se recibe y la acción precedente;... en todos estos casos (injuria, hurto, cambios voluntarios), debe hacerse según la naturaleza de la justicia conmutativa, la compensación conforme a la igualdad, es decir, de modo que la reacción sea igual a la acción. ...Pero no tendría lugar siempre esa igualdad... porque no sólo perjudicó a una persona privada, sino al Estado, violando la seguridad de su tutela (“quia etiam non solum damnificavit personam privatam, sed rempublicam, eius tutelae securitatem infringendo”)... Mas, en la justicia distributiva, esto no tiene lugar, puesto que en ésta no se determina la igualdad según la proporción de cosa a cosa, o de acción a pasión —de ahí que se llame contrapasión—, sino según la proporcionalidad de cosas a personas...” (ST., II-II, 61, 4)

<sup>70</sup> ST., II-II, 63, 1

*la voluntad, mientras que las otras virtudes radican en el apetito sensitivo, al que pertenecen las pasiones... La segunda razón... de parte del objeto, pues las otras virtudes son alabadas solamente en atención al bien del hombre virtuoso en sí mismo. En cambio, la justicia es alabada en la medida en que el virtuoso se comporta bien con respecto al otro..."<sup>71</sup>.*

Las tres justicias resultan correlativas, de tal manera que se intercondicionan en su dinamismo: la *general*, en la medida en que compromete las acciones de todos en el aporte de las cosas que se deben a la construcción del "bien común", garantiza la eficacia de las distintas formas de "dar" de la *distributiva*; ésta, a su vez, da las cosas indispensables (según criterios de dignidad, mérito, capacidad, necesidad) que pueden convertir a los miembros de la sociedad en sujetos capaces de los intercambios de bienes regulados por la *conmutativa*. En este caso, el círculo de la justicia recomienza más potente, fundado en la gradual capacidad para aportar a las exigencias del "bien común" por parte de los miembros de la sociedad. Aclara Tomás que esa correlación no es entre sujetos distantes ya que el individuo hace parte del todo: "...la justicia particular se ordena a una persona privada, que en relación con la comunidad es como la parte al todo"<sup>72</sup>. Dada esta correlatividad, los tomistas han intentado visualizaciones como la siguiente, propuesta por Josef Pieper:



Duda, sin embargo, Pieper sobre la exactitud cabal del gráfico: "Tomás vería sobre todo su inexactitud en la circunstancia de que figuran en él como realidades separadas y distantes los individuos, por un lado, y el todo social por otro, cuando la verdad es que el individuo que se "contra"-pone al todo social forma al mismo tiempo parte de éste como miembro suyo que es. Enfáticamente subrayaría Tomás la innegable existencia de personas singulares, *personae privatae* (II-II, 61, 1), como realidad de orden propio que no se deja reducir a la realidad del todo social. La comunidad humana o Estado, enseña el Santo, presenta una estructura de tal suerte articulada, que nada impide en ella el libre juego de operaciones del individuo que son irreducibles a las del todo, de la misma manera que son posibles operaciones del todo en cuanto tal que, inversamente, no se identifican con las del miembro singular"<sup>73</sup>.

#### 4.3.2 Psicología de la justicia

Nos mueve a los actos de justicia más el deseo racional (apetito racional) que los sentimientos (apetito sensitivo). El ejercicio de la justicia no puede depender de los sentimientos que no alcanzan nunca para "distinguir una cosa de otra" —acto propio de la facultad racional—. Así las fuerzas pasionales que nos guían, en algunos casos, son siempre ciegas si no interviene la voluntad

<sup>71</sup> ST., II-II, 58, 12.

<sup>72</sup> ST., II-II, 61, 1.

<sup>73</sup> Pieper, "Las virtudes fundamentales", Rialp, Madrid, 1998, p. 125.

(apetito racional) para organizar esas fuerzas motoras de los impulsos humanos. No obstante, sin ellas no lucharíamos por el derecho. La justicia, como deseo racional, entra en acción para regular lo que la fuerza pasional reclama, discerniendo entre cosa y cosa para "dar" a cada quien lo que le corresponde<sup>74</sup>.

La *pasión de la ira* (inclinación a rechazar lo nocivo) puede ser un dinamizador emocional de la lucha por el derecho mediante la virtud aneja a la Justicia de la "vindicatio"<sup>75</sup>, una forma justa de "venganza", que es la que funda la necesidad de "dar lo suyo" a quienes agravan a las personas o la sociedad, mediante el juicio y la asignación de penas, que tienen especialmente estas finalidades: *"Por ejemplo, su enmienda o, por lo menos, el que se sienta cohibido, la tranquilidad de los demás, la conservación de la justicia y el honor debido a Dios..."*<sup>76</sup> *"Cuando al mismo tiempo se divulgan la culpa y la pena, ya sea la muerte u otra cualquiera que al hombre le produce horror, su voluntad se siente arrasada por esto a dejar de pecar, porque el castigo le aterra más que lo que puede atraerlo el mal ejemplo de la culpa"*<sup>77</sup>. *"Si se espera la corrección de muchos, la severidad de la venganza debe ejercerse sobre unos pocos principales, con cuyo castigo escarmienten los demás..."*<sup>78</sup>.

### 4.3.3 El juicio

Tomás encuentra que hay dos significados de la palabra "juicio"<sup>79</sup>: el primero, se refiere al *acto del juez* que consiste en "la definición o determinación de lo justo o del derecho", a partir del cual, se derivó el segundo que, por analogía, pasó a significar el acto de nuestra conciencia que nos permite discernir entre lo bueno o lo malo<sup>80</sup>. Pero el significado fundamental de *juicio* ("judicium") es *"propiamente el acto del juez" ("judex")* en cuanto es juez, y al *juez* se le llama tal porque es quien *pronuncia el "jus"* (el derecho).

Para que el juicio sea "lícito", según Aquino, no pueden faltar ninguna de estas tres condiciones en el "acto de justicia"<sup>81</sup>: 1) que proceda de una inclinación a la justicia (dar a cada uno lo suyo); 2) que emane de la autoridad pública encargada de juzgar<sup>82</sup>; y 3) que sea pronunciado según la "recta razón de prudencia".

Además, para garantizar la "igualdad de las partes", los juicios tienen cinco reglas generales que gobiernan todo el tiempo la acción del juzgador: a) los juicios *deben ser públicos*<sup>83</sup>, es decir, "con los acusadores delante del

<sup>74</sup> "La justicia no se ordena a dirigir algún acto cognoscitivo, puesto que no somos llamados justos porque conozcamos algo rectamente... Pero, puesto que somos llamados justos en cuanto que realizamos algo con rectitud... es necesario que la justicia se encuentre en una facultad apetitiva como en su sujeto... Hay un doble apetito...: la voluntad... y el apetito sensitivo, el cual se divide en irascible y concupiscible... La percepción sensitiva no se extiende hasta poder considerar la relación de una cosa con otra, sino que esto es propio de la razón... De ahí que la justicia no pueda hallarse en lo irascible o en lo concupiscible, sino únicamente en la voluntad." (ST., II-II, 58, 4)

<sup>75</sup> ST., II-II, 108, 2.

<sup>76</sup> ST., II-II, 108, 1.

<sup>77</sup> ST., II-II, 108, 3, 3m

<sup>78</sup> ST., II-II, 108, 1, 5m

<sup>79</sup> ST., II-II, 60, 1.

<sup>80</sup> Id. ib.

<sup>81</sup> "El juicio es lícito en tanto en cuanto es acto de justicia... para que el juicio sea acto de justicia se requieren tres condiciones: primera, que proceda de una inclinación a la justicia; segunda, que emane de la autoridad del que preside; y tercera, que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia. Si faltare cualquiera de estas condiciones, el juicio será vicioso e ilícito" (ST., II-II, 60, 2.)

<sup>82</sup> "Puesto que es propio de una misma autoridad interpretar y hacer la ley, del mismo modo que no puede establecerse la ley sino por la autoridad pública, así tampoco puede emitirse el juicio a no ser por autoridad pública, la cual extiende su acción a todos los que están sometidos a la comunidad... Por tanto, ... es injusto que alguien obligue a otro a sufrir un juicio que no haya sido pronunciado por la autoridad pública." (ST., II-II, 60, 6.)

<sup>83</sup> "El juicio humano debe imitar al divino en los juicios manifiestos... Pero no debe imitar los ocultos juicios de Dios... Por lo cual, nunca una persona puede ser castigada sin culpa a sufrir una pena como la de muerte, o la de ser mutilado o azotado." (ST., II-II, 108, 4, 2m)



acusado y garantizándole la defensa<sup>84</sup>; b) se debe “*juzgar siempre por las leyes escritas*” porque éstas “se escriben para la *declaración de ambos derechos*”: natural y positivo; de lo contrario, se apartaría de lo “justo natural” y de lo “justo positivo”<sup>85</sup>; y c) la “*imparcialidad*”<sup>86</sup> del juzgador; d) en todos los casos, se debe *presumir la inocencia* hasta que se demuestre lo contrario<sup>87</sup>; y e) en caso de *duda* (“in dubio”), se debe interpretar favorablemente (“in meliorem partem”)<sup>88</sup>.

Los *sujetos* que intervienen en el juicio son: el acusador, el acusado, el testigo y los abogados, y tienen los siguientes papeles: 1. el *acusador* es la persona de la que depende la existencia<sup>89</sup> y la justicia<sup>90</sup> del *juicio* y está “obligado a acusar”<sup>91</sup> si el crimen “redunda en detrimento de la comunidad” y si “puede aportar prueba

suficiente”. Tomás distingue dos funciones de la acusación: la “*enmienda*” del acusado, por lo que la acusación es llamada “*denuncia*”, y el “*castigo del crimen*”, es decir, la “*acusación*” propiamente dicha. 2. El *acusado* está obligado en justicia a exponer al juez la verdad “según las formalidades del derecho”. “*Mas, si el juez trata de indagar aquello que no puede inquirir según el ordenamiento del derecho, el acusado no está obligado a responderle, sino que puede lícitamente eludir el juicio a través de la apelación o empleando otro medio. Sin embargo, no le es lícito decir mentira*”<sup>92</sup>. 3. El *testigo* está obligado, “según los preceptos del derecho”, a dar testimonio siempre que se lo solicite la autoridad en los “*delitos manifiestos*” y en los “*casos de infamia pública*”<sup>93</sup>. El testimonio se rige por el principio de la mayor probabilidad de varios testimonios sobre el testi-

<sup>84</sup> “No es posible entre los romanos condenar a un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa para justificarse de los delitos que se le imputan” (ST., II-II, 67, 3).

<sup>85</sup> “Según lo dicho (a. 1), el juicio no es otra cosa que cierta definición o determinación de lo que es justo; mas una cosa se hace justa de dos modos: bien por su misma naturaleza, lo que se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, lo cual se de nomina derecho positivo... Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos derechos... Pues la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, 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. Por eso es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio de apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo” (ST., II-II, 60, 5).

<sup>86</sup> ST., II-II, 69, 3; ST., II-II, 67, 2; ST., II-II, 63, 4; ST., II-II, 67, 3, 3m.

<sup>87</sup> “Mientras no aparezcan manifiestos indicios de malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso (“Et ideo ubi non apparent manifestia indicia de malitia alicuius, debemus eum ut bonum habere, in meliorem partem interpretando quod dubium est”).” (ST., II-II, 60, 4).

<sup>88</sup> Id. ib.

<sup>89</sup> Porque la acusación se “ordena al bien común” (ST., II-II, 68, 3) es el acto del que depende totalmente el juicio: “La justicia... no se da respecto de uno mismo, sino respecto de otro; por eso es preciso que el juez juzgue entre dos, lo cual, en verdad, tiene lugar cuando uno es acusador y otro reo. Por tanto, en materia criminal no puede el juez condenar a alguien en juicio si no tiene acusador...” (ST., II-II, 67, 3). Una cosa es la existencia del juicio y otra la iniquidad de la sentencia.

<sup>90</sup> (iniquidad del contenido de la sentencia) ST., II-II, 57, 1, 1m.

<sup>91</sup> “La *diferencia* entre la denuncia y la *acusación* estriba en que en la *denuncia* se atiende a la *enmienda* del hermano; sin embargo, en la *acusación* se busca el *castigo del crimen*... ya para el bien del Estado, cuya tranquilidad se procura por el castigo de los delincuentes. El primero de estos fines se alcanza con la denuncia... el segundo pertenece a la acusación... si el crimen fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación con tal de que pueda aportar prueba suficiente... Pero si el pecado no fuese tal que redundase en contra de la comunidad, o también si no pudiese ofrecer prueba suficiente, no hay obligación de intentar acusación...” (ST., II-II, 68, 1).

<sup>92</sup> ST., II-II, 69, 1.

<sup>93</sup> “Respecto a la disposición de un testigo, es preciso distinguir, dado que unas veces se requiere el testimonio de una persona y otras no... Si la declaración de un súbdito es requerida por la autoridad... no cabe duda de que está obligado a prestar dicho testimonio sobre aquellas cosas, en las que, según los preceptos del derecho, es exigido de éste el testimonio; por ejemplo, en los delitos manifiestos y en los ya señalados por la infamia. Pero, si se le exige testimonio en otros casos, por ejemplo, en los hechos secretos y en los que no precedió la infamia pública, no está obligado a atestiguar” (ST., II-II, 70, 1).

monio de uno solo; regía la regla: “*unus testis, nullus testis*” (el testimonio de uno equivale al de ninguno)<sup>94</sup>.

4. Los *abogados*, que debían cumplir ciertas condiciones físicas, psíquicas y de estado<sup>95</sup>, “garantizan la defensa” de todo acusado, así éste no “tenga con qué pagar los honorarios”<sup>96</sup>. Sin la defensa<sup>97</sup> no es posible que se obtenga la justicia que busca la “igualdad de las partes y de las causas”<sup>98</sup>.

La *finalidad* del juicio es encontrar *la verdad procesal*<sup>99</sup>, porque el juzgador “debe informarse al juzgar, no según lo que él conoce como persona particular, sino según lo que se la *hace conocer como persona públi-*

*ca*”. Puede, sin embargo, servirse de lo que él particularmente conoce “para *discutir con más rigor las pruebas* aducidas a fin de poder investigar sus defectos, y si no las puede rechazar en derecho, debe seguirlas al juzgar...”

Para lograr esa verdad del juicio todos los sujetos están obligados a evitar que se produzca una “sentencia cuyo contenido sea inicuo”<sup>100</sup>, para lo cual, se les prohíbe: la falsa acusación<sup>101</sup>, la “tergiversación” (o “desistimiento total”)<sup>102</sup>, el falso testimonio<sup>103</sup>, la “prevaricación” (colusión)<sup>104</sup> del abogado o ejercer la defensa con “co-

<sup>94</sup> “Es probable que la declaración de muchos testigos contenga más la verdad que el dicho de uno solo... como el acusado que niega es uno, y muchos, en cambio, los testigos que afirman lo mismo que el acusador, se ha instituido racionalmente, por derecho divino y humano, que se atenga a la declaración de los testigos. ...Además toda pluralidad está contenida en tres elementos, a saber principio, medio, fin... Ahora bien: en un proceso se alcanza la terna de los que afirman cuando dos testigos están de acuerdo con el acusador. Por eso se exige la deposición de dos testigos o, para mayor certeza, de tres, pues así se logra un número ternario que entraña la multitud perfecta de testigos...*la cuerda triple difícilmente se rompe (Eclo 4, 12)...*” (ST., II-II, 70, 2)

<sup>95</sup> “S/H: Uno está impedido de un acto por dos motivos: ya por incapacidad, ya por indecencia... Así, pues, del oficio de los abogados están impedidas ciertas personas a causa de su incapacidad, por carecer de sentido, ya interno, como los dementes y los impúberes, ya externo, como los sordos y los mudos. Es, pues, necesaria al abogado la pericia interior, por la que le sea posible demostrar convenientemente la justicia de la causa asumida... Por otra parte, el decoro para ejercer la profesión puede faltar por dos razones: *primera*, porque la persona esté ligada a más altos deberes; de ahí que no convenga que los monjes y los presbíteros sean abogados en ninguna causa, ni los clérigos ante los tribunales seculares... *Segunda*, a causa de defectos personales, ya corporales, como se deduce de los ciegos...; ya espirituales, porque no es conveniente que el que ha hollado en sí mismo la justicia sea el defensor de la justicia a favor de otro; y por este motivo, los infames, los infieles y los condenados por crímenes graves no pueden ser decentemente abogados... Sin embargo, la necesidad se sobrepone... y debido a esto tales personas pueden actuar de abogados en defensa propia o en la de otras personas a ellas unidas; por consiguiente, también los clérigos pueden ser abogados a favor de sus iglesias y los monjes en interés del monasterio, si el abad se lo preceptuase...” (ST., II-II, 71, 2)

<sup>96</sup> ST., II-II, 71.

<sup>97</sup> ST., II-II, 67, 3.

<sup>98</sup> ST., II-II, 79, 1.

<sup>99</sup> ST., II-II, 67, 2.

<sup>100</sup> “Es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo” (ST., II-II, 57, 1, 1m).

<sup>101</sup> “Como... la acusación se ordena al bien común... nadie debe dañar a otro injustamente a fin de promover el bien común. ...El pecado se puede dar de dos maneras: primera... contra el que es acusado, imputándole crímenes falsos, lo cual es calumniar... Segunda, por parte del (contra el) Estado, ...mientras uno impide maliciosamente el castigo del delito. Y esto tiene lugar de dos modos: primero, empleando el fraude en la acusación, lo cual pertenece a la *prevaricación*, pues *prevaricador es como un transgresor que ayuda a la parte contraria*, abandonando su propia causa. Segundo, desistiendo totalmente de la acusación, lo cual es *tergiversar*, pues desistir de lo ya comenzado parece como *volver la espalda*.” (ST., II-II, 68, 3)

<sup>102</sup> “desistiendo totalmente de la acusación, lo cual es *tergiversar*, pues desistir de lo ya comenzado parece como *volver la espalda*.” (ST., II-II, 68, 3)

<sup>103</sup> “E/c: ...*El testigo falso no quedará sin castigo* (Prov. 19, 5.9)”... S/H: El falso testimonio encierra una triple deformidad: primera, por el mismo perjurio... Segunda, por violación de la justicia... porque no obra contra una persona el que le impide cometer una injusticia, sino solamente el que le priva de su justo derecho... Tercera, por la misma falsedad, en cuanto que toda mentira es pecado; bajo este aspecto, el falso testimonio no siempre es pecado mortal...” (ST., II-II, 70, 4)

<sup>104</sup> “Pues *prevaricador es como un transgresor que ayuda a la parte contraria*” (ST., II-II, 68, 3).

nocimiento de que se defiende un causa injusta”<sup>105</sup>, y la “parcialidad” del juez porque favorece a una de las partes (“acepción de personas”) <sup>106</sup> o porque resuelve según su “verdad particular” o porque “juzga por sospecha”<sup>107</sup> o porque es a la vez “acusador y testigo”<sup>108</sup>.

La formalidad de los juicios, según Tomás, debía ser *mixta*, esto es, escrita y oral. La forma escrita resultaba fundamental, pues sin esta evidencia estable “el juez no podría estar seguro, cuando llegase a sentenciar”<sup>109</sup>. No obstante, las *audiencias* debían desarrollarse *oralmente* para garantizar la confrontación pública<sup>110</sup>; la *palabra hablada* —aun cuando se transcribían los dichos de los intervinientes—, era de la naturaleza de aquellas, su vehículo apropiado. Aunque la manera como se “dicen las cosas” puede *influir* negativamente en la *decisión judicial*, puesto que se puede generar inhibición, exagerar, fomentar la ira o hasta la riña entre las partes. Pero Tomás prevé recursos para controlar estos efectos negativos: la acertada dirección del juicio por parte del juez, fomentando el buen trato entre los sujetos del juicio y prohibiendo<sup>111</sup>: el “insulto o contumelia” (la deshonra verbal pública), la “detracción” (deshonra verbal oculta), el “susurro” (“murmuración” para romper la amistad), *burla* (busca el ridículo del otro) y la *maldición*

(para amedrentar o atemorizar al otro). Aquino, después de tratar sobre los abogados, presenta un extenso tratado, en cinco cuestiones (72-76) y 18 artículos, de los anteriores vicios verbales que entorpecen la búsqueda de la verdad en las audiencias.

#### 4.3.4 La recta razón de prudencia

La “recta razón de prudencia” es condición necesaria, como ya vimos, para la *licitud* del juicio. Actuar con “prudencia” es ser capaz de ejercer la razón práctica, que consiste en guiar la acción, en “aplicar el conocimiento a la obra”<sup>112</sup>, a la situación concreta, previendo las consecuencias de la decisión. De ahí que a los juristas expertos en el conocimiento del derecho y en su aplicación a los casos eventuales se les denominase “juris-prudentes”, término que podía aplicarse al mismo juez.

La *prudencia* “es una virtud cardinal cuyo asiento está en la razón práctica —explica Gilson—, y gracias a la cual somos capaces de determinar los medios que la voluntad debe escoger para alcanzar su fin. Es, pues, a ella a quien incumbe la carga de guiar los pasos de las otras tres virtudes, pues ella dicta a cada una lo que es necesario hacer para obrar conforme a la razón”<sup>113</sup>.

<sup>105</sup> “S/H: ...si a sabiendas defiende una causa injusta, peca sin duda gravemente y está obligado a restituir a la otra parte el daño que en contra de la justicia, por medio de su ayuda, sufre esa parte; pero, si por ignorancia, creyendo que es justa, se excusa en la medida en que puede ser excusable su ignorancia.” (ST., II-II, 71, 3)

<sup>106</sup> “El juicio es acto de la justicia en cuanto que el juez reduce a la igualdad de la misma a aquellos extremos que pueden realizar la desigualdad contraria. Mas la acepción de personas entraña cierta desigualdad, en cuanto se atribuye a una persona algo fuera de su proporción debida, en la que consiste la igualdad de la justicia. Y por esto es evidente que por la acepción de personas se corrompe el juicio” (ST., II-II, 63, 4)

<sup>107</sup> Se atenta contra las condiciones 1 y 3 cuando en el juicio se procede de “ligeros indicios”, es decir, cuando se juzga por sospecha. Y eso ocurre por tres motivos: 1) porque uno traslada su modo de ser sospechoso a los demás y por ahí los juzga; 2) porque alguien no le cae bien ya sea por su físico o su modo de comportarse; 3) porque la larga experiencia nos ha enseñado a desconfiar de todos (lo que se da “en los viejos sobre todo”). Las dos primeras causas de la sospecha se alejan abismalmente de la certeza, en cambio, la tercera, se “aproxima a la certeza”. De todos modos juzgar por sospecha es injusto (ST., II-II, 69, 3).

<sup>108</sup> ST., II-II, 67, 3, 3m.

<sup>109</sup> *Es necesario que la acusación y las diligencias del proceso se hagan por escrito*: “S/H: ...puesto que lo expresado de palabra se borra fácilmente de la memoria, el juez no podría estar seguro, cuando llegase a sentenciar, qué se ha dicho y de qué modo se ha dicho si no estuviese formulado por escrito. Y por esto, con razón, se ha establecido que la acusación y las otras diligencias de un proceso sean redactadas por escrito” (ST., II-II, 68, 2).

<sup>110</sup> ST., II-II, 67, 3

<sup>111</sup> Para Tomás el juicio puede ser controlado por la manera, la forma, la intención, etc. con que se maneja el argumento a favor o en contra.

<sup>112</sup> Tratado de Prudencia, ST., II-II, 48, a. único.

<sup>113</sup> Gilson, Etienne, “Santo Tomás de Aquino”, Crisol-Aguilar, Madrid, 1949, p. 346.

La *prudencia* —referida a la acción en situación— es la que adecua medios con fines y valida la calidad ética del resto del plexo de virtudes. La prudencia califica la vida intelectual, la vida moral y da sentido moral al *hacer*, subordinándolo a las exigencias del *obrar* cuyo fin es la realización humana integral. La *prudencia* hace a la persona “*providentia sui*”<sup>114</sup> (providencia de sí mismo) en la construcción del propio carácter moral y, también, del modo de ser colectivo, al intervenir tanto en la organización política como en la creación de reglas para la acción intersubjetiva o alteritiva.

Tomás distingue la *prudencia gubernativa*<sup>115</sup> —que se traduce en prudencia arquitectónica o legislativa, en *prudencia de justicia* y en prudencia militar— de la *prudencia política*, que es propia de los ciudadanos y de los grupos restringidos intra-políticos.

En su actividad concreta, toda forma de *prudencia* (antigua “*frónesis*” de los griegos) se manifiesta por una serie de 8 cualidades intelectuales que son sus partes integrantes. Tomás dedica un extenso Tratado a esta virtud cardinal en las cuestiones 47 a 56 de la II-II y se interesa por puntualizar sus componentes esenciales o hábitos operativos propios, a los cuales añade tres hábitos que afinan el momento final de la decisión como arranque de la *acción racional*.

En su orden, los 8 componentes son: *memoria* de las experiencias adquiridas, *inteligencia* de las exigencias de la situación, *atención* a los que saben más, *prontitud* en la búsqueda de medios, capacidad de *razonamiento* y de inferencia, *previsión* y adecuación de medios a fines, indagación de las *circunstancias* coyunturales y *precaución* frente a las consecuencias para evitar lo

negativo. A estos ocho hábitos se agregan tres nuevos, íntimamente conexos: *deliberación* acertada (*eubulia*), *sensatez* al juzgar lo que es necesario hacer en el caso concreto (*synesis*) y la *perspicacia* para hallar los principios universales que gobiernan las normas inferiores (*gnome*).

La “prudencia” del *juris-prudente*, a partir de los requerimientos del caso concreto y las exigencias de la “naturaleza de la cosa”, debe hacer convergentes los hábitos señalados, propios de quien ejercita la razón práctica prudencial, y realizar análogas operaciones intelectuales en una secuencia semejante a la siguiente: 1) Deberá igualmente ejercitar la *memoria*, mediante la cual él y la tradición jurídica conservan saberes prácticos acerca de la “cosa” (“*iūs*”) que está en juego. 2) Procurará la *inteligencia* o comprensión total del caso presente. 3) Prestará *atención* a los saberes (sociales, jurídicos) que pueden arrojar luz sobre el caso. 4) Estará *pronto* a la búsqueda de los medios jurídicos adecuados al caso: fuentes formales del derecho. 5) Ejercitará el *razonamiento* y la inferencia en la aplicación de los principios jurídicos. 6) *Preverá* y adecuará los medios normativos a los fines del ordenamiento jurídico. 7) Indagará las *circunstancias* sociales, políticas y económicas que rodean el caso. 8) Tendrá *precaución* frente a las *consecuencias* de la decisión judicial o de la conclusión jurídica. Se supone en el *juris-prudente* (juez, doctrinante) la concomitancia de los hábitos conexos: evitar la precipitación, el voluntarismo o la pasión al decidir (*eubulia*); rectitud en el juicio (*synesis*) y capacidad de apartarse de la norma inferior en función de las exigencias de principios o normas superiores (*gnome*). Atenerse a la “razón de prudencia” *exige partir* de la “naturaleza de la cosa”<sup>116</sup> antes que de la prescripción

<sup>114</sup> “La criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás, porque participa de la providencia como tal, y es providente para sí misma y para las demás cosas...” (ST., I-II, 91, 2).

<sup>115</sup> “Las partes subjetivas de una virtud las llamamos especies de la misma. Así consideradas, son partes de la prudencia en sentido propio, la prudencia con que cada cual se gobierna a sí mismo y la prudencia ordenada al gobierno de la multitud... La prudencia que gobierna la multitud se diversifica, a su vez, según las especies de multitud. Ha, en primer lugar, congregada en orden a un negocio particular, como el ejército se reúne para luchar, y de ellos se encarga la prudencia militar. Otra multitud se forma para toda la vida, como es la casa o la familia, y ésta se rige por la prudencia económica; o la agrupación de una ciudad o de una nación, para cuya dirección reside en el jefe la prudencia de gobierno; en los súbditos, en cambio la prudencia política propiamente dicha” (ST., II-II, 48, a. único.)

<sup>116</sup> Para llegar a la regla que dicta la “naturaleza de la cosa” se requieren los dos movimientos de la razón: 1. la observación de las cosas percibidas por nuestros sentidos juzgándolas conforme a su ser físico; y 2. retorno o vuelta a las cosas mismas juzgándolas conforme a su bondad, utilidad o justicia con la ayuda del hábito de la *sindéresis* (ST., I, 79, 12).

normativa, que puede funcionar muchas veces como lecho de Procusto, distorsionador de la realidad.

#### 4.3.5 El juez

Es necesario que exista el *juez* como un “*término medio* entre el *acusador* y el que es *acusado* para proceder al examen de la justicia, en lo que conviene, en cuanto le sea posible, actuar con garantías de certeza”<sup>117</sup>. Sin embargo, el juez *puede actuar de oficio*<sup>118</sup> cuando la “evidencia del hecho” se lo permite<sup>119</sup> y cuando “interviene la opinión pública como acusador”<sup>120</sup>.

Tomás trata expresamente del juez en la cuestión 67 y le dedica 4 artículos, en torno a 4 problemas que en su época eran de importancia decisiva: 1. ¿Puede uno juzgar con justicia al que no es súbdito suyo? 2. ¿Es lícito a un juez juzgar contra la verdad que conoce, aunque lo haga basándose en lo que ha sido alegado en el proceso? 3. ¿El juez puede condenar con justicia a uno que no ha sido acusado? 4. ¿Puede lícitamente condonar la pena? Al hablar del juicio, se aludió a la conclusión central del artículo segundo. Falta decir algunas palabras acerca de las conclusiones de las demás cuestiones.

*El juez no puede juzgar con justicia al que no es súbdito suyo:* “Nadie puede juzgar a otra persona —escribe el Aquinate— a no ser que ésta sea de algún modo su súbdito, ya por delegación, ya por potestad ordinaria... La *sentencia* del juez tiene cierto *carácter* de *ley* dictada respecto a un hecho particular, y por tanto, así como la ley general debe tener *fuera coactiva*... también la sentencia del juez debe tener la misma fuerza coactiva, por la que ambas partes sean obligadas a su observancia; de lo contrario, el juicio no sería eficaz...”

*El juez no puede condenar con justicia a uno que no ha sido acusado:* “La justicia... no se da respecto de uno mismo, sino respecto de otro; por eso es preciso que el juez juzgue *entre dos*, lo cual, en verdad, tiene lugar cuando uno es *acusador* y otro *reo*. Por tanto, en materia criminal no puede el juez condenar a alguien en juicio si no tiene acusador...”

El juez no puede lícitamente condonar la pena: “*Dos razones...*: primera, por parte del acusador, a cuyo derecho pertenece algunas veces que el reo sea castigado... Segunda, por parte del Estado, cuya potestad ejerce y a cuyo bien pertenece el que los malhechores sean castigados... en cuanto a este punto, hay que establecer una diferencia entre jueces inferiores y el juez supremo, esto es, el príncipe a quien está confiada plenamente la pública potestad. Pues el juez inferior no tiene facultad de absolver al reo de la pena en contra de las leyes impuestas a él por un superior... Pero el príncipe, que tiene la plena potestad en el Estado, podrá lícitamente absolver al reo si el que ha sido injuriado quiere perdonar la injuria y si viese que no es nocivo al bien común”.

Además del tratamiento monográfico anterior acerca del juez, este agente de la justicia, que actúa a través del juicio, aparece en muchos otros lugares de la Suma Teológica, lo cual posibilita ampliar la reflexión tomasiana sobre su importancia y las previsiones de su actuar justo.

Aun cuando el *juicio* se deba “basar siempre en la ley escrita”, la “*gnome*” le permite al juez “apartarse de las leyes comunes”: el juez debe buscar, cuando se presentan “casos difíciles”<sup>121</sup>, el “espíritu intrínseco de la

<sup>117</sup> ST., II-II, 68, 2.

<sup>118</sup> ST., II-II, 68, 1, 3.

<sup>119</sup> ST., II-II, 67, 3, 1m.

<sup>120</sup> ST., II-II, 67, 3, 2m.

<sup>121</sup> “Quien dice que la letra de la ley no debe ser aplicada en tal circunstancia, no juzga de la ley, sino de un caso bien concreto que se presenta.” (ST., II-II, 120, 1, 2m): “Por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que *no fallase en un caso concreto*. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero *observar punto por punto la ley en todos los casos* va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley. Así por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar la patria. Por tanto, *en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla*” (ST., II-II, 120, 1).

ley”<sup>122</sup>, lo que le da su sentido, mediante el recurso flexibilizador y superador de las estrecheces de la ley que es la “aequitas” (“epiqueya” para los griegos)<sup>123</sup>. Esta, con el auxilio de la virtud de la “gnome”, “consiste en *dejar a un lado* la letra de la ley”, porque resulta “pernicioso aplicarla a rajatabla” en un *caso dado*.

En función de la “aequitas” como intención prioritaria de la voluntad de justicia en el juez, se destacan las siguientes reglas, que acompañan los componentes intelectuales integrales de la prudencia: a) las *dudas* se deben *interpretar en sentido favorable*<sup>124</sup> y, en esos “casos dudosos”<sup>125</sup>, es necesario que el juez atienda “a la intención del legislador” porque “es un derecho y un deber que nos reservamos todos de interpretar los puntos en litigio entre la equidad y el derecho”<sup>126</sup>; b) *no* es aplicable la ley escrita *contra* el *derecho natural* porque la “voluntad del hombre no puede cambiar la naturale-

za”<sup>127</sup>; c) el juez debe, en la *mayoría* de los casos, *preferir* el “bien común” al bien privado<sup>128</sup>; sin embargo, en un *caso determinado*, es posible que el “bien privado” sea *superior* porque se ordena a un bien más elevado (por ejemplo, el de la “comunidad del género humano” u otro superior)<sup>129</sup>; d) *atenerse al fin* de la ley escrita, es decir, al “bien común” porque puede darse el caso de que el “bien del régimen” o del gobernante no coincida con el “bien común”<sup>130</sup>.

Presenta Tomás otros principios o reglas que complementan los anteriores criterios prudenciales: a) si la “ley *vi-gente entraña una clara iniquidad* o su *observancia* resulta muy *perjudicial*”, el juez puede no tenerla en cuenta<sup>131</sup>; b) al juzgar, se debe atender al “estado de necesidad” como eximente de responsabilidad, porque si el “peligro es inmediato y no hay tiempo para recurrir al superior, la necesidad misma lleva aneja la dispensa

<sup>122</sup> Vallet de Goytisolo, Juan Bmchs, “El derecho en Santo Tomás de Aquino”, en Actas del Congreso de la SITAE, Barcelona, 2004, p.161

<sup>123</sup> “La epiqueya pertenece a la justicia legal, y en cierto modo está contenida en ella y en cierto modo la supera... La epiqueya es mejor que cierta justicia, es decir, mejor que la legal, que cumple la ley al pie de la letra. Pero, como ella misma es cierta forma de justicia, no es mejor que toda justicia” (ST., II-II, 120, 2, 1m et 2m). Cuando Tomás dice que “en cierto modo la epiqueya supera la justicia legal” porque ésta no se fija en la letra de la ley, sino más bien en su espíritu y en las intenciones del legislador. No se las interpreta con demasiado rigor, de manera mecánica y material, porque en ciertas circunstancias el derecho estricto en todo su rigor sería una injusticia y una injuria (“summum ius est summa injuria”), al no tener en cuenta los casos excepcionales. La “equidad” (“aequitas”) ejerce una función directiva sobre la justicia legal, y por eso, en cierto modo la supera (ST., I-II, 96, 6; II-II, 120, 2). Es también la “aequitas” principio de unidad de las diversas clases de leyes, es principio de dinamicidad del derecho y es principio de justicia matizado con otras virtudes, es decir, principio de “armonía y consonancia” social más allá de los límites de la ley positiva, de acuerdo con las exigencias del bien común, integrador de las múltiples causas de la convivencia, entre las que operan virtudes personales distintas de la justicia estricta (exigidas por la “justicia general”). Ver también: Vallet de Goytisolo, Juan Bmchs, op. cit., pp.161 y 162.

<sup>124</sup> “Las dudas deben ser interpretadas en el sentido más favorable (“Dubia in meliorem partem sunt interpretanda”)” (ST., II-II, Id. ib.)

<sup>125</sup> “La interpretación se da en los casos dudosos, en los que no es lícito apartarse de la letra de la ley sin la determinación del príncipe, pues en los casos evidentes no se precisa la interpretación de la ley, sino su cumplimiento.” (ST., II-II, 1, 3m)

<sup>126</sup> “Propio de la epiqueya es atender a la intención del legislador... *Es un derecho y un deber que nos reservamos todos de interpretar los puntos en litigio entre la equidad y el derecho*...(TdA, citando el derecho romano justiniano: Codex de legibus et constitut. princip., L. 1, tit. 14, leg. 1, Inter aequitatem: KR 2, 67b.); “1m.: “Sin duda alguna falta a la ley quien, apoyándose en la letra, va contra el espíritu mismo de la ley” (TdA, citando el derecho romano justiniano: De legibus et constitut. princip., L. 1, tit. 14, leg. 5, Non dubium est: KR 2, 68a.) (ST., II-II, 120, 1, (ob. 3), 1m.)

<sup>127</sup> “La voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza. Por lo cual, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural... De ahí que tales escrituras no se llamen leyes, sino más bien corrupciones de la ley... por consiguiente, no debe juzgarse según ellas.” (ST., II-II, 60, 5, 1m.)

<sup>128</sup> ST., II-II, 58, 12; In Ethica, L. I, lect. 2.

<sup>129</sup> ST., I-II, 113, 9, 2m; II-II, 152, 4, 3m.

<sup>130</sup> “Así por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla” (ST., II-II, 120, 1).

<sup>131</sup> ST., I-II, 97, 2.

(de la ley), pues la necesidad no se sujeta a la ley<sup>132</sup>; c) el juez debe tener en cuenta al juzgar “los actos, sobre todo los reiterados, que engendran costumbre”, por que por medio de ellos “se puede cambiar y explicar la ley, e incluso producir algo que tenga fuerza de ley”<sup>133</sup>; d) el juez, en el caso de que la “ley resulte deficiente”, en lo que dependa de su poder, puede “conceder licencia” para que “no sea observada”<sup>134</sup> o, resolver en consecuencia<sup>235</sup>; e) el juez de apelación puede dejar *sin efecto* una *sentencia inicua*<sup>136</sup>; f) el juez debe recordar que “nadie está obligado a lo imposible” cuando se imponen cargas desmedidas<sup>137</sup>; g) el juez debe tener en cuenta que el que comete *delito coaccionado*, no por esto queda *exento* de *culpa*. La “obediencia debida” no exime de responsabilidad<sup>138</sup>.

Los “casos difíciles” tomasianos, en general, se dan por tres motivos básicos: por no estar regulados expresamente en la ley positiva; porque, aunque regulados por la ley, no pueden ser sometidos a su letra, pues se atenta contra lo “justo natural”; y porque muchos casos resultan regulados directa y prioritariamente por las buenas costumbres.

Hay que aclarar que no se trata de que quedemos a merced del *capricho* del juez. Éste *no* puede ser *imprudente* en ningún caso, es decir, no puede caer en la

arbitrariedad, que niega la integración de los componentes de la prudencia. La tarea de la “epiqueya” (en función especialmente de la previsión, circunspección, precaución y *gnome*), como vimos, es liberar al juez de la *literalidad* probablemente *injusta* que puede tener la *ley positiva* en una determinada situación<sup>139</sup>.

## 4.4 Vida política y bien común

### 4.4.1 La vida de la “sociedad perfecta”

La vida política es la vida de la sociedad perfecta, caracterizada por la paz, la práctica de las virtudes y la abundancia de todo tipo de bienes, *unificada* por la autoridad del “príncipe”, del “rey” o del “presidente”. En el seno de la sociedad perfecta interactúan los ciudadanos en busca de dos tipos de “bienes” o “iura”: el *bien común*, que es el “ius” de la totalidad social, y los *bienes personales*, variedad de cosas (res), todo lo cual posibilita la “vida buena” de la ciudad, del reino y de sus integrantes.

El *bien común* es tanto el conjunto de “cosas” que aseguran la subsistencia del todo social (*bien común colectivo*) como el conjunto de “cosas” repartibles a individuos y grupos menores para fortalecer su papel ciudadano y su desarrollo personal (*bien común distributi-*

<sup>132</sup> ST., I-II, 96, 6.

<sup>133</sup> ST., I-II, 97, 3.

<sup>134</sup> ST., I-II, 97, 4. Y lo dicho sobre la “objeción de conciencia” en ST., I-II, 96, 4, porque si la ley no es justa no obliga en conciencia.

<sup>135</sup> ST., II-II, 60, 5, 1m.

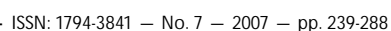
<sup>136</sup> “Mas, si el juez trata de indagar aquello que no puede inquirir según el ordenamiento del derecho, el acusado no está obligado a responderle, sino que puede lícitamente eludir el juicio a través de la apelación o empleando otro medio. Sin embargo, no le es lícito decir mentira.” (ST., II-II, 69, 1). Sobre la iniquidad de la sentencia ver ST., II-II, 57, 1, 1m.

<sup>137</sup> “Si un superior amontona preceptos sobre preceptos, de suerte que al súbdito le sea imposible cumplirlos, esto le sirve de excusa...” (ST., II-II, 105, 1)

<sup>138</sup> “La coacción es lo más opuesto al voluntario... el que comete un pecado coaccionado por el miedo, no por esto queda exento del reato de pena... La coacción por temor no hace el acto del todo involuntario, sino mixto de voluntario e involuntario...” (ST., II-II, 108, 4); ST., II-II, 71, 3; “Se requerirá, para que haya obediencia, *el cumplimiento de un acto de justicia o de cualquier otra virtud con la intención de cumplir un precepto*” (ST., II-II, 104, 2, 1m); “—En relación con el que manda— es mayor el deber de *obedecer al que manda más que a los que mandan menos*. La prueba de ello es que *el precepto del inferior se incumple* cuando el superior mayor ha mandado lo contrario. ...Es más *grave* la desobediencia cuanto mayor sea la *superioridad* de quien manda. —En relación con los preceptos—: es más *grave* la desobediencia cuanto es *mayor el bien* sobre el que versa el precepto.” (ST., II-II, 105, 2)

<sup>139</sup> ST., I-II, 97, 2; II-II, 44, 1, 2m; 51, 4; 60, 5, 1m.

El siguiente gráfico visualiza la idea tomasiana de Bien Común en su complejidad:





De acuerdo con el gráfico, es la justicia la matriz del Bien Común, reguladora de los demás bienes colectivos: *paz, seguridad, unión* (“amicitia concivium” = amistad entre los conciudadanos), bienes que tienen como garantía política el ejercicio de la “potestas” o autoridad, responsable del *orden*, garante de la *cooperación*. Como sugiere el esquema, existe interdependencia interactiva en todas las direcciones. Una definición muy conocida de Bien Común propuesta por Tomás es la que aparece en la parte superior: “conjunto de bienes suficientes para asegurar la más perfecta operación de la vida”<sup>143</sup>, lo cual supone la existencia de la “sociedad perfecta”. Siguiendo el mismo esquema, los tipos de bienes esenciales que componen el Bien Común son, además de la “unidad de la paz” justa, la “vida virtuosa de todos los ciudadanos” y la “suficiencia de bienes corporales” (“ad bene vivendum”)<sup>144</sup>. La primera garantiza la “felicidad común” y la segunda la “utilidad común”. Uno y otro componente generan el resultado final: la “vida buena”. Esta noción de Bien Común integra las ideas tomasianas de *comunitarismo* amistoso y libre y de *utilitarismo* integral al servicio de los tres bienes a que tiende el apetito racional: el bien *honesto*, el bien *útil* y el bien *deleitable*, que no se pueden separar u oponer.

Es necesario hacer algunas precisiones: 1) la *autoridad* que tiene el “cuidado de la comunidad” se funda en el *consentimiento* de los asociados<sup>145</sup>, mediante un “pacto” o “contrato”<sup>146</sup>; 2) la autoridad, mediante la ley, pretende la obediencia para lograr que todos aporten cuanto deben al todo social, cuyo efecto es la abundancia de

bienes para “para *utilidad* de todos los *ciudadanos*”<sup>147</sup>; 3) pero el bien político del orden social no es un fin terminal en sí mismo, que agote todo poder benefactor, puesto que la “utilidad humana”<sup>148</sup> es más amplia que la mera utilidad social o civil y exige abrirse al bien de la “sociedad del género humano” (“societas generis humani”)<sup>149</sup> y proyectarse aún más allá, hacia la “comunidad del universo” (“communitas universi”), cuyo Bien Común es Dios<sup>150</sup>.

El pensamiento político de Tomás no se limita a proyectar regímenes posibles para pueblos o unidades regionales. Va mucho más lejos, superando los límites de la “polis” aristotélica, llegando incluso a insinuar la posibilidad de una comunidad política mundial —modelo que va a influir, por ejemplo, en Dante, Vitoria, Campanella—. En el “Comentario a las Sentencias” imagina comunidades incluyentes (ciudad en provincia, provincia en reino y reinos en unidades mayores) hasta llegar al incluyente mayor que es “la comunidad de todo el mundo”, como una especie de “monarquía universal”, algo más parecido al proyecto de Alejandro Magno que a la idea de su Maestro Aristóteles, para quien lo muy extenso resultaría ingobernable<sup>151</sup>.

#### 4.4.2 Regímenes políticos y bien común

Tomás, como Aristóteles, califica las formas de distribuir el poder en la sociedad política según su relación con el bien común. Si lo que se busca primordialmente es el “ius” de la sociedad, los regímenes históricos son buenos: la monarquía, la aristocracia y aun la democracia —vista con cierta desconfianza desde Aristóteles—.

<sup>143</sup> ST., I-II, q. 3, ad. 2

<sup>144</sup> RP, II, IV.

<sup>145</sup> ST., I-II, 90, 3.

<sup>146</sup> RP., I, VI (“...quod ei pactum a subditis non reservetur...”)

<sup>147</sup> ST, I-II, 95, 3.

<sup>148</sup> ST, I-II, Id. ib.

<sup>149</sup> Sent., d. 24, q. 3, a. 2.

<sup>150</sup> ST, I-II, 21, 4.

<sup>151</sup> Aristóteles, “Política”, VII, 4.

Si esos regímenes no buscan el “ius” del todo, se tornan tiránicos, siendo el peor cuando la tiranía es de uno.

Tomás recomienda la resistencia y aun el juicio público contra el tirano, pues nada puede haber más grave que negar las libertades y el *bien común*, única garantía de “vida buena” o felicidad para todos. Por eso, si llega a haber un régimen injusto, se hace necesaria la lucha contra la injusticia del tirano<sup>152</sup> —llamado así porque oprime con la fuerza ignorando la justicia<sup>153</sup>—, y, entonces, el pueblo (“*multitudinis regimen*”) no le “debe sostener el pacto” (“*quod ei pactum a subditis non reservetur*”) y lo destituye o, si es necesario, lo destruye (“*destrui*”) para refrenar su desmedido e injusto poder<sup>154</sup>. Sin embargo, existen unos *presupuestos* para que el acto contra el régimen injusto sea realmente justo: 1) si el tirano “no comete excesos, es preferible soportar temporalmente una tiranía moderada”<sup>155</sup> hasta cuando se asegure el éxito de su destitución, porque si no se le traerían “peligros mucho mayores” a la multitud (que se ensañe más el tirano o se genere la guerra civil); 2) pero si los excesos son “intolerables”, es más “conveniente que actúe contra la crueldad la autoridad pública que una presunción particular de algunos”<sup>156</sup>.

Aquino considera que es de la esencia de la ley positiva que se ordene al bien común y que sobre esta base se

divida el poder y el trabajo gubernativo “según la distinción de los estamentos que contribuyen” a la “salud social”<sup>157</sup>: sacerdotes, príncipes y militares, agentes de vida pública cuya presencia se hace imperativa en el llamado régimen mixto.

El régimen político más adecuado para asegurar el “bien común” y, por lo mismo, los “bienes” o “iura” de los ciudadanos es el *régimen mixto*, que combina adecuadamente los elementos característicos de los 3 regímenes clásicos: “*politia bene conmixta*”<sup>158</sup>, es decir, “constitución bien equilibrada”, integradora de la *unidad* propia de la monarquía, la *participación* gubernativa de los *mejores* (aristocracia) y la *intervención* activa y vigilante de *todos* (democracia). “*Acerca de la buena constitución de los príncipes* —explica Tomás— *en una ciudad o nación, es necesario atender a dos cosas: primera el que todos tengan alguna participación en el gobierno; así se conserva la paz del pueblo, y todos pueden amar y proteger tal constitución... Segunda, respecto al régimen político y a la forma de gobierno;... se pueden éstos dividir en régimen real...; y en aristocracia... Pero la mejor constitución de una ciudad o reino es aquella en la cual uno solo tiene la presidencia de todos y es el depositario del poder; pero de tal modo que otros participen de tal poder, y que todos sean los dueños de tal poder, tanto porque puedan ser elegidos cualesquiera del pueblo, como deban ser elegidos por todos. Tal es*

<sup>152</sup> “Tirano”, nombre derivado de la palabra *fuerza*. Tomás cita en el RP las “Etimologías” de San Isidoro y la “Ciudad de Dios” de San Agustín.

<sup>153</sup> RP, Id. ib.: “El hombre tiene la obligación de obedecer a las autoridades seculares en tanto lo exija el orden de justicia. Por consiguiente, si su poder de gobernar no es legítimo, sino usurpado, o mandan cosas injustas, el súbdito no está obligado a obedecerles, a no ser en casos excepcionales, para evitar el escándalo o peligro” (ST., II-II, 104, 6, 3m).

<sup>154</sup> “Primo quidem, si ad jus multitudinis alicujus pertineat sibi providere rege, non injuste ab eadem rex institutus potest destrui vel refrenari ejus potestas, si potestate regia tyrannice abutatur. Nec putanda est talis multitudo infideliter agere tyrannum destituens, etiam si eidem in perpetuo se ante subjecerat: quia hoc ipse meruit in multitudinis regimine se non fideliter gerens ut exigit regis officium, quo die pactum a subditis non reservetur” (RP., I, VI.).

<sup>155</sup> “Utilius est remisan tyrannidem tolerare ad tempus” (RP, Id. ib.)

<sup>156</sup> “Videtur autem magis contra tyrannorum saevitiam non privata praesumptione aliquorum, sed auctoritate publica procedendum.” (RP., Id. ib.)

<sup>157</sup> “Pertenece a la esencia de la ley humana que se ordene al bien común... Y sobre esta base puede dividirse según la distinción de los estamentos que contribuyen al bien común: el de los sacerdotes, ... el de los príncipes, ... y el de los militares...” (ST., I-II, 95, 4)

<sup>158</sup> “Es esencial a la ley —explica Tomás—, según lo dicho ya (q. 90 a.3), que emane de quien gobierna el Estado. Y desde este punto de vista las leyes humanas se dividen a tenor de las distintas formas de gobierno. ...la monarquía, en la que el Estado es gobernado por uno solo... la aristocracia, en la que mandan los mejores o nobles... Está luego el gobierno del pueblo, denominado democracia... Y finalmente, hay también un régimen que es la conmixión de los tres regímenes puros (“Est etiam aliquod regimen ex istis commixtum”), que es el mejor (“quod est optimum”), y que da lugar a aquella ley “que fue sancionada por los señores junto con los plebeyos” (“quam maiores natu simul cum plebibus sanxerunt”), según la experiencia de San Isidoro.” (ST., I-II, 95, 4).

*la mejor política: la que está presidida por uno pero con un régimen mixto; se da entonces también la aristocracia, ya que algunos participan del poder, y la democracia, o sea del poder del pueblo, en cuanto al pueblo corresponde la elección de los gobernantes, los cuales pueden ser elegidos de entre el pueblo...*<sup>159</sup>.

El “régimen mixto” reúne las condiciones para que el “ius” del todo y los “iura” de los ciudadanos sean respetados y promovidos por encima de los intereses privados de los gobernantes. Sin embargo, Tomás no recomienda el régimen mixto para todas las situaciones políticas, pues las circunstancias pueden recomendar otro régimen. Eso explica por qué recomendó régimen monárquico para Chipre<sup>160</sup> y no precisamente régimen mixto. Las condiciones anárquicas de la isla aconsejaban un modelo centralista fuerte.

#### 4.4.3 Persona y bien común

La persona es la realidad substancial que hay que proteger en todos los casos. La sociedad y el bien común están al servicio de los “iura” que le posibilitan alcanzar su plenitud virtuosa. Pero es indispensable que cada uno se considere parte del todo y actúe al servicio del bien común, que es el aspecto colectivo de su propio bien. “La persona se debe toda al bien común”.

No obstante, la persona tiene “iura” o derechos por encima de las exigencias sociales o políticas, que le

permiten trascender los límites del bien común. Se “debe toda al todo, pero no según todo lo suyo”. Los “derechos” del todo y los “derechos” puramente inmanentes pueden colisionar con los “derechos” personales de trascendencia, que reclaman posibilidades que ni la vida social ni la vida política aseguran. Así, la persona debe hacer una opción heroica, que puede llevarla a romper con su nicho coexistencial o convivencial.

Contrastan en Tomás dos tipos de textos: los que parecen hipertrofiar el bien del todo social y los que parecen privilegiar el bien de la persona. Pero no hay contradicción, pues pretende equilibrar dos verdades: la del necesario compromiso social y político de los individuos y la de la vocación trascendente de cada persona como “causa sui” (causa de sí misma) o “providentia sui” (auto-providencia). Es cierto que “*todo el hombre se ordena a toda la comunidad de la cual es parte como a un fin*”<sup>161</sup>. Pero también es cierto que “*El hombre es naturalmente libre, existiendo para sí mismo*”<sup>162</sup>; que “*persona significa aquello que es más perfecto en toda la naturaleza*”<sup>163</sup>; que “*hay un bien propio de cada hombre en cuanto que es persona singular*”<sup>164</sup>; que “*es evidente que la criatura racional es gobernada y dirigida por la divina providencia según sí misma y no sólo según corresponde a la especie...*”<sup>165</sup>; que “*cada sustancia intelectual es en cierto modo todas las cosas...*”<sup>166</sup>; que “*el hombre no se ordena a la comunidad política según todo él y según todo lo suyo*”<sup>167</sup>.

<sup>159</sup> ST., I-II, 105, 1.

<sup>160</sup> R.P. I, 1.

<sup>161</sup> ST, II-II, 65, 1.

<sup>162</sup> ST, II-II, 64, 3.

<sup>163</sup> ST, I, 29, 3.

<sup>164</sup> Q de Charit., 4, ad 2m.

<sup>165</sup> SCG, III, 113.

<sup>166</sup> SCG, III, 112.

<sup>167</sup> ST, I-II, 21, 4, ad 3m.

## 4.5 La ley y el “ius”

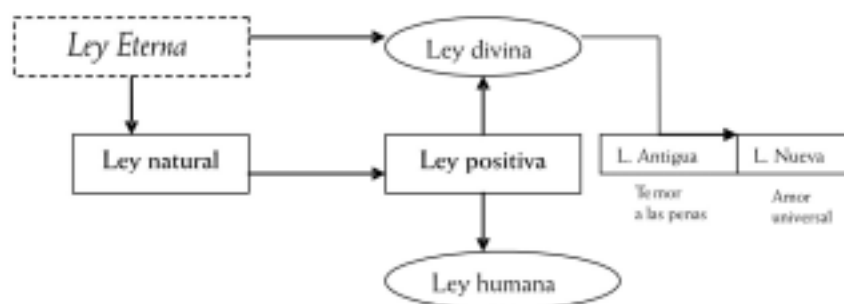
### 4.5.1 Nomología tomasiana

En el Tratado de la ley, encontramos dos caras de la concepción tomasiana del derecho, que coinciden con la división del Tratado en: de la *ley en general* y de la *ley en particular*. En el primero, que va de la cuestión 90 hasta la 97 de la I-II de la Suma Teológica, el autor nos presenta, fundamentalmente, su faz de *filósofo del derecho*, a partir de la comprensión de la ley positiva. En el segundo, que va desde la cuestión 98 hasta la 108 de la misma obra, nos presenta su otra faz: la de *teólogo del derecho*: en las cuestiones 104 y 105 precisa los alcances jurídico-prácticos de la Ley Divina, en torno a lo que fue la Ley Antigua y su contraste con la Ley Nueva del Evangelio.

Para que en la vida social pueda haber convivencia e intercambio —que es lo que pretende la razón jurídica— es preciso que haya reparto y medida de “cosas”. Esa forma de reparto y medida es la *ley*. Esta *conmensura* las relaciones entre las acciones alterativas y entre sus objetos o “cosas” debidas (“iusta”).

El *derecho* será siempre y principalmente algo que pueda concretarse como término de acciones intersubjetivas; pero éstas y el obrar correspondientes exigen ser aclarados en una *fórmula racional*, que es tanto “ratio iuris” (medida de cosas) como “ratio operis” (medida de acciones). Mas es preciso subordinar el tráfico de “cosas” y las formas de actuar a las exigencias de la “res-pública”, a la *cosa pública*, esto es, al bien común.

De ahí la celeberrima definición tomasiana de Lex: “ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata”<sup>168</sup> (“ordenación de la razón para el bien común promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad”). De acuerdo con esta definición, el ordenamiento (orden y mandato) de acciones y cosas es producto de la “prudencia legislativa”, que es actividad racional ceñida a los componentes intelectuales de toda prudencia. No se trata de un “positum” caprichoso, voluntarista, al mero “gusto del Príncipe” (“quidquid Principi placuit legis habet vigorem”). La definición tomasiana corresponde a la *ley positiva humana*, pero se aplica *por analogía* a otras formas de ley: eterna, natural y divina<sup>169</sup>. Aquino maneja una *compleja nomología* propia del justeoólogo, que es posible representar así:



<sup>168</sup> ST., I-II, 90, 4.

<sup>169</sup> Para definir todas las leyes Tomás de Aquino parte de la ley positiva humana: “La ley no es otra cosa que un dictamen de la razón práctica existente en el príncipe que gobierna una comunidad perfecta... Es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina..., por tanto el designio mismo... tiene naturaleza de ley... Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepto es eterno, ... la ley en cuestión debe llamarse eterna.” (ST., I-II, 91, 1)

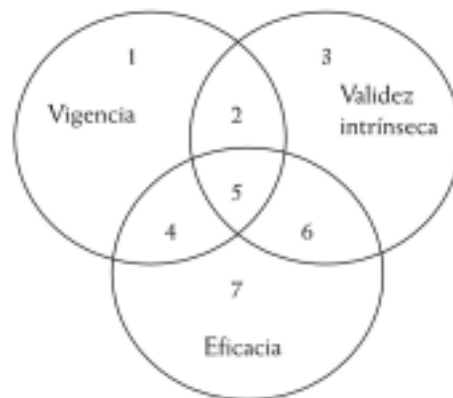
En este esquema, la *ley positiva* "no es otra cosa que un dictamen de la razón práctica existente en el príncipe que gobierna una comunidad perfecta..."<sup>170</sup>. Por analogía, Tomás explica que existe una *ley* que gobierna "toda la comunidad del universo" y por ser "designio de la inteligencia divina", la cual "no concibe nada en el tiempo", dicha ley "debe llamarse *eterna*." La expresión de esta ley en las "criaturas", especialmente en la "criatura racional" es la "*ley natural*". Existen dos formas de *ley positiva*, la *divina* del Antiguo y del Nuevo Testamento, y la *humana*, cuyo contenido esencial es recibido de la *ley natural*.

Al *jusfilósofo* interesan sobre todo las formas *puramente racionales* de la *ley natural*<sup>171</sup> y la *ley positiva humana*, que contienen los criterios de atribución del *ius*. La ley positiva humana se deriva, por *conclusión* o por *determinación*, de los *primeros principios de la ley natural*, accesibles a todo ser humano<sup>172</sup>. Pero es posible que el nexo de aquella con la ley natural no sea claro y entonces el legislador deba *atribuir* el "*ius*" por mera determinación voluntaria, con la condición de que no viole las atribuciones básicas o radicales de aquella.

#### 4.5.2 Núcleo natural de todo ordenamiento positivo

La definición de ley positiva dada por Tomás establece los elementos esenciales de su *estructura ontológica*: la *vigencia* ("promulgada" por la autoridad legítima), la *validez intrínseca* ("ordenación de la razón para el bien común") y la *eficacia* ("cuidado de la comunidad"). Al Maestro le interesa especialmente, sin descartar los otros elementos, la *validez intrínseca*, que depende del poder ordenador de la razón, la cual está sometida a los

requerimientos de la "naturaleza de las cosas", pues el legislador no puede inventar libremente la sociedad que quiere sino que debe ajustarse a la sociedad naturalmente posible y procurando asegurar la realización del bien mayor difusivo para todos (bien común). El siguiente ideograma, inspirado en los círculos lógicos de John Venn, revela siete posibilidades conceptuales:



Los sectores libres y las intersecciones señalan siete posibilidades de juridicidad. Para Tomás la *juridicidad plena* debe ubicarse en la intersección 5, donde se encuentran los tres elementos esenciales: vigencia, validez intrínseca, eficacia. No bastan ni 1 ni 3 ni 7 para que se pueda hablar de ley positiva auténtica. La intersección 2 señala normas positivas aceptables, pero en la práctica inútiles. La intersección 4 señala normas fácilmente injustas, como las de una tiranía. La intersección 6 señala normas validadas tanto por su valor intrínseco como por su aceptación social, lo cual podría ser el caso de las costumbres como fuentes de derecho, a las cuales da el Aquinate gran importancia, porque de hecho su época era consuetudinaria.

<sup>170</sup> ST., I-II, 91, 1.

<sup>171</sup> "Los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. ...El primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: "el bien es lo que todos apetecen". En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: "El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse". Y sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, ...en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano. ...De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales..." (ST., I-II, 94, 2)

<sup>172</sup> "Es manifiesto que, en lo tocante a los principios comunes de la razón, tanto especulativa como práctica, la verdad o rectitud es la misma para todos, e igualmente conocida por todos. ...La ley natural, en cuanto a los principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento" (ST., I-II, 94, 4).

En la base, o mejor, en el *interior* de los *ordenamientos* de plenitud *jurídica* (intersección 5) existe un *fondo objetivo*, superior a las voluntades de los hombres, que domina y limita toda “ordenación” y decisión en la esfera del derecho positivo. En ese fondo se halla la naturaleza humana, expresada a través de las *tendencias fundamentales* que sostienen la existencia tanto de la vida personal como de la convivencia, las cuales reclaman realizarse imponiendo las “cosas” (res) indiscutibles para asegurar la supervivencia de los asociados y de la sociedad misma.

Esas tendencias o inclinaciones naturales (esenciales al modo de ser humano) son las que orientan la acción libre y dan sentido a sus fines. Como hemos dicho, esa acción, aun condicionada, sigue siendo auténticamente libre, pues no es pensable, para un realista, un mero querer o elegir sin sujeción a los límites y a las posibilidades que la estructura óptica impone. La libertad es libertad de calidad, del mejor desarrollo posible de las tendencias humanas prefijadas, y no “libertad de indiferencia”, que se traduce en “hacer camino al andar” sin mapa, sin dirección y sin terreno para pisar (que no era la intención del poeta).

Las tendencias de que habla el Aquinate son tres<sup>173</sup>: la inclinación, común a todos los seres del universo, a la *conservación y perfeccionamiento de su ser*; la inclinación, común al hombre y a los animales, a *unirse* con el otro *sexo* y a la *educación* de la *prole*, en función de la especie; y la inclinación, distintiva de la naturaleza racional, a la *verdad* y a la *sociabilidad*. Tales inclinaciones no se separan, sino se co-implican: la primera asegura las dos siguientes; la primera y la segunda se realizan

dentro de las exigencias de la racionalidad; y ésta supone las seguridades y la pedagogía de la segunda...

El anterior *plexo tendencial* es el que impulsa al hombre a su realización, que consiste en alcanzar su bien específico, es decir, la felicidad (plenitud de la vida racional) posible históricamente, la cual prepara su felicidad definitiva, señalada por el hábito operativo teológico de la esperanza. Pero cada una de las tendencias, a su vez, va indicando los objetos, bienes o fines más o menos inmediatos, que funcionan como *realizativos* dentro de los proyectos intersubjetivos: *tales objetos* (las cosas corporales o incorpóreas, las relaciones, las acciones de otros, las omisiones, todo aquello sobre lo cual puede recaer un posesivo: mío, tuyo, suyo) constituyen los *distintos* “derechos” que es preciso *dar en justicia*.

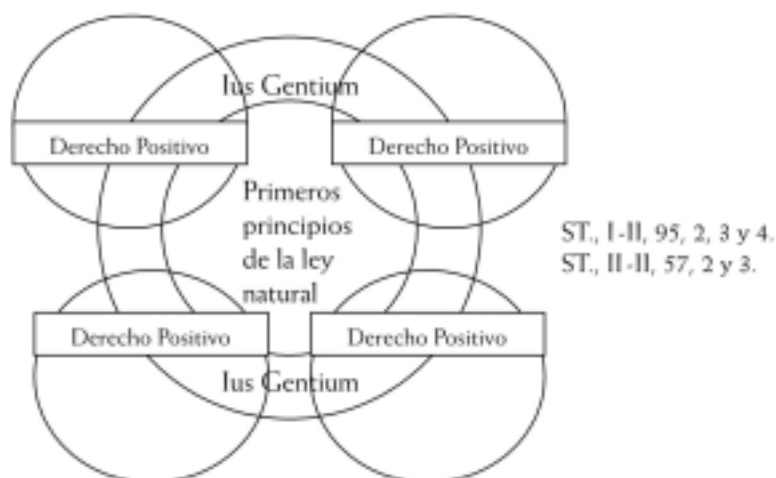
Las tres tendencias, desglosables por deducción en nuevas tendencias, constituyen los *primeros principios* de la ley natural, *matriz de todo sistema jurídico*, a través del gradual uso de la razón práctica, que primero concluye y hace derivaciones más o menos genéricas hasta alcanzar el nivel de la *determinación situacional* de la *ponderación prudencial* (por obra del legislador o del juez). Las tendencias señalan “cosas” a *tres niveles*: las mínimas vitales de los primeros principios; las comunes o convencionales consuetudinarias del “*ius gentium*”; las determinadas por la prudencia legislativa o judicial, de acuerdo con las urgencias circunstanciales y las posibilidades del grado de civilización. Pero las de los primeros niveles no son estáticas y reclaman todo aquello que es propio del género humano, según los avances de los saberes científicos y técnicos, patrimonio de toda la humanidad.

<sup>173</sup> “Y así encontramos, ante todo, en el hombre una inclinación que le es común con todas las sustancias, consistente en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio ser (“*inclinatio homini ad bonum, secundum naturam in qua communicat cum omnibus substantiis: prout scilicet quaelibet substantiam appetit conservationem sui esse secundum suam naturam*”). ...Por razón de esta inclinación, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a la conservación de la vida humana e impide su destrucción (“*Et secundum hanc inclinationem, pertinet ad legem naturalem ea per quae vita hominis conservatur, et contrarium impeditur*”).

“En segundo lugar, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que tiene en común con los demás animales. Y a tenor de esta inclinación se consideran de ley natural las cosas que “la naturaleza ha enseñado a todos los animales”, tales como la unión del marido y la mujer (“*ut est coniunctio maris et feminae*”), la educación de los hijos y otras cosas semejantes.

“En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural... evitar la ignorancia, respetar a los ciudadanos y todo lo demás relacionado con esto.” (ST., I-II, 94, 2).

El siguiente gráfico intenta visualizar la estructura ética de todo derecho, en el cual se hallan operantes, así no lo reconozcan los juristas ni los legisladores, las exigencias de ley natural, pues los *sujetos jurídicos* no pueden renegar de su *propia naturaleza*:



Los *primeros principios* constituyen la fuente legisladora de cada vida personal, en ejercicio de su propia razón, que posibilita la coincidencia con la razón de los demás<sup>174</sup>. Esta coincidencia inter-racional genera una *conciencia común* entre los asociados próximos, lo cual permite los acuerdos convivenciales, punto de partida de los acuerdos con los asociados lejanos. Estos *acuerdos constantes comunitarios* (de alteridad = “alter”, el otro como próximo) y *societarios* (de aliedad = “alius”, el otro semejante como lejano), que se expresan de ordinario de *manera consuetudinaria*, echan las bases del “ius gentium”, derecho universal que vincula a to-

dos los pueblos, el cual funciona como derivación adaptativa de diversas conclusiones racionalmente plausibles de las exigencias fontales de las tres grandes tendencias.

Pero es preciso que cada pueblo, a su vez, prolongue, adaptándolas a su propio espacio y tiempo, esas exigencias, respetando o corrigiendo el “ius gentium” — que no tiene la misma estabilidad de los principios primarios—, creando así las nuevas soluciones que el devenir social va requiriendo<sup>175</sup>. Esta función de *adaptación y concreción* es la tarea propia de los *distintos*

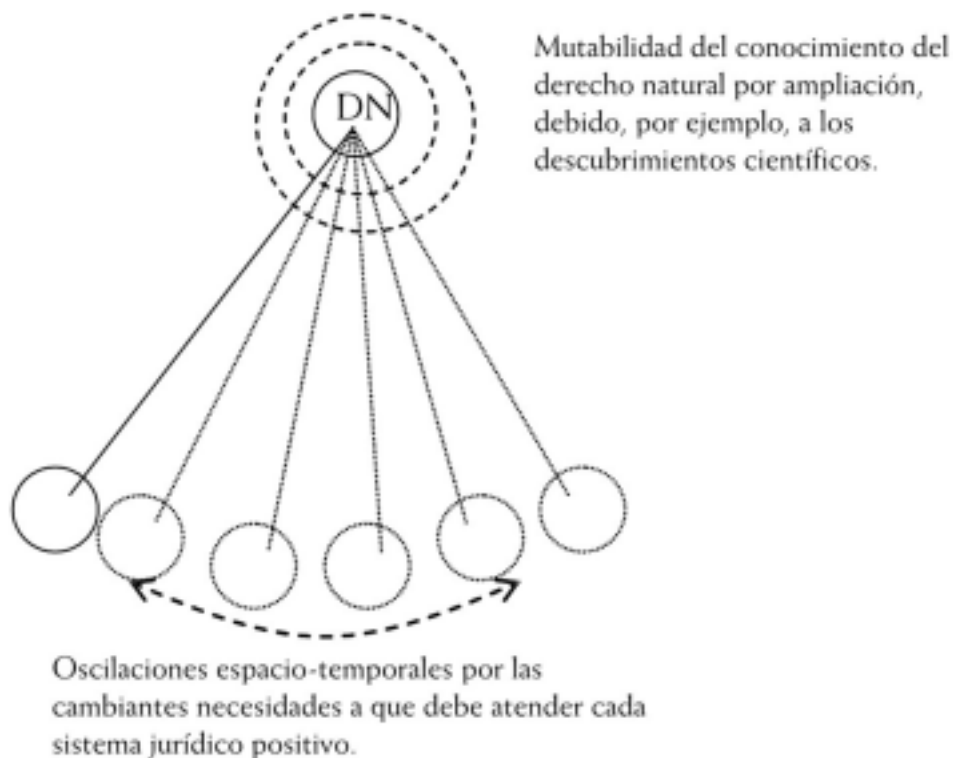
<sup>174</sup> “Así como en el orden especulativo partimos de los principios indemostrables naturalmente conocidos para obtener las conclusiones de las diversas ciencias, cuyo conocimiento no nos es innato, sino que lo adquirimos mediante la industria de la razón, así también, en el orden práctico, la razón humana ha de partir de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas. Y estas disposiciones particulares descubiertas por la razón humana reciben el nombre de leyes humanas...” (ST., I-II, 91, 3).

<sup>175</sup> “Si se trata, en cambio, de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es la misma en todos los casos ni en aquellos en que es la misma es igual. Así, todos consideran como recto y verdadero el obrar de acuerdo con la razón (principio universal de la razón práctica). Mas de este principio se sigue como conclusión particular que un depósito debe ser devuelto a su dueño. Lo cual es, ciertamente, verdadero en la mayoría de los casos; pero en una ocasión puede ser que sea perjudicial y, por consiguiente, contrario a la razón devolver el depósito; por ejemplo, a quien lo reclama para atacar a la patria. ...Se debe concluir... en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma en la mayoría de los casos; pero pueden ocurrir unas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial...; ya sea en cuanto al grado de conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por la pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural.” (ST., I-II, 94, 4)

*derechos positivos*. Estos son *autónomos entre sí*, pero no pueden perder de vista la *sustancia común* a todo derecho, dentro de un gran sistema jurídico que abraza a todo la humanidad. Los derechos positivos regularán más o menos diversamente la unión entre el varón y la mujer, de acuerdo con las propias constantes culturales, pero no podrán negar que es preciso respetar dicha exigencia natural para que subsista la especie; los derechos positivos podrán organizar como convenga las formas de convivencia y coexistencia, pero no podrán desconocer la necesidad natural de la sociabilidad; los derechos positivos podrán establecer sistemas educativos propios, pero no podrán negar la exigencia natural de

que las nuevas generaciones salgan de la ignorancia... y alcancen la "perfección del hombre en cuanto hombre". Gradualmente, la evolución de las sociedades ha permitido superar, mediante los derechos positivos, algunas instituciones consideradas antinaturales de ciertas etapas del *ius gentium*: la esclavitud, la servidumbre, la inferioridad de la mujer y del hijo...

Tales principios nucleares del derecho natural operan como el eje fijo de un péndulo, pero sin la *fijeza mecánica* que se desgasta, sino con una *fijeza orgánica* susceptible de renovarse y crecer:



Las oscilaciones van cambiando entre los extremos posibles, pero el eje permanece vitalmente inmutable. Por analogía, la inmutabilidad de los principios (eje) es la que posibilita las oscilaciones creativas del "*ius gentium*" (hoy derecho internacional público y de los

derechos humanos), y de los diversos derechos positivos, sin que puedan traspasar lo permitido por la estructura natural del hombre, el cual no puede desecharla sino mediante una *auto-mutación* suicida. Es verdad que Aquino acepta cierta *mutación* de la *ley natural nuclear*,



pero no por sustracción, sino *por ampliación*<sup>176</sup> *explicitadora* o por *añadidura* de aspectos “útiles a la vida humana”<sup>177</sup>.

#### 4.5.3 El fin creador del derecho

El criterio creador del derecho y definidor de los derechos es de orden antropológico, como fundamento ontológico. Este fundamento ofrece *dos puntos de partida esenciales*: el orden de las tendencias o instintos que traducen la estructura constituyente del animal humano (causas material y formal) y *los fines inmanentes* (causa final) señalados a aquellas por la finalidad última que da sentido a la existencia humana. Hay un fin último para todos los seres, dentro del orden universal, pero alcanzar ese fin supone alcanzar *fines intermedios* indicados por las inclinaciones radicales. De esa manera, se van descubriendo los distintos *bienes* constitutivos de la “vida buena” deseable.

Con su *idea de los fines*, Aquino aportó una perspectiva decisiva para el desarrollo de los saberes jurídicos, como lo demostró a fines del siglo XIX *Rudolf Von Ihering*, quien —abandonando su anterior dogmatismo que lo llevó a vivir un tiempo en “el cielo de los conceptos”—, dio origen a una nueva escuela que explica la dinámica jurídica en función de las tendencias, intereses y fines latentes en el desarrollo y evolución de la conciencia social. En su célebre obra “El fin del derecho” concluye que el *fin* es el “creador del derecho”; pero llega a reconocer, en la segunda edición, que él no hubiese escrito su libro de haber estudiado antes el *finalismo*

*tomasiano*, un finalismo que recorre no solo la filosofía del Aquinate, sino la totalidad de su cosmovisión, penetrada de *teleología creadora*. La idea de fin es la que explica las tendencias esenciales, pero también los distintos objetos a que apuntan y las distintas normas e instituciones originadas por aquellos. El fin es el que obliga a pasar de los primeros principios a las conclusiones del “*ius gentium*” y a derivar por determinación las normas del derecho positivo. Todo el derecho, desde su raíz primaria natural hasta las precisiones normativas del legislador o las decisiones del juez, está *orientado por la conciencia de fin*, el cual debe ser descubierto o redescubierto en coherencia con los datos de las distintas situaciones. Es preciso concretar el fin de la “naturaleza de la cosa” dentro de los fines de la “naturaleza de las cosas”, pues cada naturaleza engrana en una naturaleza compleja de interrelaciones.

El *finalismo* es el que hace necesario el “consecuencialismo”: qué consecuencias son previsibles<sup>178</sup> y es preciso preferir es algo que no puede saberse si no se conoce *qué pide el fin*, aunque no puede tratarse de cualquier fin caprichoso. No es la voluntad la que descubre el fin, aunque es ella la que impera. Es la razón la que, fiel a los indicativos de las tendencias, va discerniendo los fines y los medios adecuados. Los medios no pueden tampoco escogerse por acto de voluntad libérrima, como si fueran indiferentes: los fines son los que señalan sus medios y no pueden justificarlos sino a condición de que no nieguen las exigencias de los principios primarios de la ley natural<sup>179</sup> ni la

<sup>176</sup> “El cambio de la ley natural puede concebirse de dos maneras: Primero, por que se la añade algo. Y en tal sentido nada impide que la ley natural cambie, pues de hecho son muchas las disposiciones útiles para la vida humana que se han añadido a la ley natural, tanto por la ley divina como, incluso, por las leyes humanas. ...En segundo lugar, cambiaría la ley natural por vía de sustracción, es decir, porque algo que antes era de ley natural deja de serlo. En este sentido la ley natural es completamente inmutable en los primeros principios de la misma. Mas en lo tocante a los preceptos secundarios, ... también es inmutable en cuanto mantiene la validez en la mayoría de los casos, pero puede cambiar en algunos casos particulares y minoritarios por motivos especiales, que impiden la observancia de tales preceptos...” (ST., I-II, 94, 5)

<sup>177</sup> ST., I-II, 94, 5

<sup>178</sup> ST., II-II, 57, 3.

<sup>179</sup> “La razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad... la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Pero la voluntad debe estar regulada por la razón, acerca de aquellas cosas que se mandan, para que lo mandado tenga razón de ley. Y de este modo se entiende que la voluntad del príncipe tenga razón de ley; de otro modo la voluntad del príncipe más sería iniquidad que ley” (ST., I-II, 90, 1, 3m).

*dignidad* del ser a que todos los fines sociales se encaminan: la *persona*, a quien se debe, por ser imagen de Dios, la máxima reverencia ("hiperdulía")<sup>180</sup>.

Refiriéndose a la "protocategoría" del universo ético que es la *persona*, escribe Tomás —de manera reiterativa— en el capítulo 112 del libro tercero de la Suma Contra Gentiles: "*Las criaturas racionales son gobernadas por ellas mismas, y las demás para ellas*". "*Dios ha dispuesto las criaturas racionales como para atenderlas por ellas mismas*". "*Únicamente la criatura intelectual es buscada por ella misma*". "*Cualquier sustancia intelectual es de alguna manera todo, ya que con su entendimiento abarca la totalidad del ser*". "*Si faltara lo que la sustancia intelectual requiere para su perfección, el universo no sería completo*". Para el Aquinate, pues, la persona (criatura intelectual) es centro del universo y lugar de los valores éticos, que se establecen por ella y para ella. La persona es siempre, por tanto, el *fin* de los fines y no puede ser convertida en instrumento.

*Qué pide el fin* es lo que lleva a Tomás a justificar "*la propiedad de bienes exteriores*"<sup>181</sup>. Uno de los *fines* de la convivencia es la *paz* que resulta de la satisfacción de cada uno con "lo suyo". Por *ley natural*, todas las cosas son comunes; pero por *determinación* del "*ius gentium*" y de la *ley positiva*, "*ad bonum pacis*", resulta *conveniente* establecer la apropiación personal<sup>182</sup>. De acuerdo con el fin señalado, si no se acepta el reparto de bienes exteriores como propios, se desencadenarían *consecuencias negativas*. Tomás señala algunas: 1. *incuria* frente a las cosas comunes; 2. *confusión* en el uso de los bienes; 3. "*riñas* entre quienes poseen las cosas en común y sin distinción de pertenencias". Dadas estas consecuencias y el escaso rendimiento de lo que no es visto como propio, se impone la institución de la propiedad. Pero, Tomás, heredero del Evangelio y

de la teología patrística, *no* acepta el *concepto romano de dominio*, de acuerdo con el cual las cosas propias están al *servicio exclusivo* del *propietario* ("*ius utendi, fruendi et abutendi*"). Propone una idea de propiedad como *responsabilidad social*, como si fuese una función de justicia distributiva, pues el propietario tiene dos derechos servicialistas: el derecho de *administrar* ("*facultas procurandi*") y el derecho de *distribución* ("*facultas dispensandi*"), ya que no se puede negar la disposición de ley natural del *acceso universal* al *uso* de las "cosas exteriores". Desde este punto de vista, "*el hombre no debe tener las cosas como propias, sino como comunes, de manera que fácilmente las comunique a los demás en sus necesidades*"<sup>183</sup>. Por esto, los derechos del propietario son auténticos "derechos-deberes".

*Qué pide el fin* es lo que lleva a Tomás a justificar que las leyes "*no repriman todos los vicios*"<sup>184</sup> ni pretendan hacer a *todos* los hombres virtuosos. El fin de la ley es asegurar la convivencia pacífica, y ésta no podría lograrse reprimiendo a quienes no son aptos para cumplir los "*máximos*" morales, pues habría que convertir la república en un panóptico de vigilancia y castigo. La ley debe contentarse con los "*mínimos*" morales indispensables para asegurar un tráfico social estable y con el mínimo de temor, que es recurso válido, pero como "*ultima ratio*". La ley debe vigilar que no se afecten las exigencias mínimas para que el todo social subsista y sus miembros se sientan seguros en un orden pacífico.

*Qué exige el fin* lleva al Aquinate a estar de acuerdo con el "*ius gentium*" que ha establecido reglas frente al tratamiento que se les debe dar a los animales. El fin es la subsistencia humana, la cual conduce a aceptar la muerte de los animales como recurso alimentario, a pesar de que se afirma (como se explicó antes), en

<sup>180</sup> ST., II-II, 103, 4, 2m

<sup>181</sup> ST., II-II, 66, 1.

<sup>182</sup> ST., II-II, 57, 3.

<sup>183</sup> ST., II-II, 66, 2.

<sup>184</sup> ST., I-II, 96, 2.

nombre de los primeros principios de la ley natural, que los animales también tienen sus propios *derechos*. No obstante, el Aquinate *rechaza toda crueldad* con éstos, porque no les niega un mínimo derecho y porque tal actitud genera insensibilidad y crueldad con los mismos hombres<sup>185</sup>.

#### 4.5.4 Ley positiva humana

“El derecho positivo se realiza de dos formas”<sup>186</sup>: por “convenio privado” o por “convención pública” como cuando todo el pueblo o sus representantes consideran “que algo se considere como adecuado y ajustado a otro” (por costumbre o por ley). Esa voluntad legislativa tiene, por supuesto, el límite del *derecho natural*, porque no puede hacerse justo, por derecho positivo, lo que está en contra del primero, por ejemplo, si se estatuyera que es lícito hurtar o matar<sup>187</sup>.

Las leyes son necesarias porque su universalidad y estabilidad ofrece garantías contra la posibilidad de la arbitrariedad del casuismo judicialista. Estas son las palabras del Aquinate para justificar esa necesidad, sin duda inspirado en Aristóteles y recogiendo amplia experiencia epocal: “Primero, *porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular*. Segundo, *porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo*

*tras el estudio de uno*. Tercero, *porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden los juicios juzgan de asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquiera otra pasión; y así se falsean los juicios*”<sup>188</sup>.

No obstante, advierte que las leyes dejan vacíos y no regulan todos los casos, porque la vida humana es más rica que la inteligencia creativa y previsiva de los legisladores: “*Por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que no fallase en un caso concreto*. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley. Así por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla”<sup>189</sup>. E insiste: “*Es necesario encomendar a los jueces algunas cosas tan particulares que no pueden ser comprendidas en la ley*”<sup>190</sup>.

Tomás insiste en los que considera aspectos esenciales a la ley positiva humana: “Así, en primer lugar, ...es esencial a la ley humana *derivarse de la ley natural*... En segundo lugar, pertenece a la esencia de la ley humana que *se ordene al bien común*... Y sobre esta base

<sup>185</sup> ST., I-II, 102, 6, ad 1m; ad 8m.

<sup>186</sup> “El derecho positivo...puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública v. gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa su persona —qui curam populi habet et eius personam gerit—” (ST., II-II, 57, 2)

<sup>187</sup> “La voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo... Pero, si algo en sí mismo se opone al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana: como, por ejemplo, si se estatuyera que es lícito hurtar o cometer adulterio (ST., II-II, 57, 2, 2m)

<sup>188</sup> ST., I-II, 95, 1, 2m.

<sup>189</sup> ST., II-II, 120, 1.

<sup>190</sup> ST., I-II, 95, 1, ad 3m.

puede dividirse según la distinción de los estamentos que contribuyen al bien común: el de los sacerdotes, ...el de los príncipes, ... y el de los militares... En tercer lugar, es esencial a la ley, según lo dicho ya (q. 90 a.3), que *emane de quien gobierna el Estado*... En cuarto lugar, pertenece a la ley humana el ser *directiva de los actos humanos*. ...A este tenor las leyes se distinguen por la materia... (ley Julia, sobre los adúlteros...) <sup>191</sup>. Además de cuanto resulta esencial a la ley, Tomás precisa sus tres *cualidades*: que guarde armonía con la religión, que ayude a la disciplina y que promueva la salud pública <sup>192</sup>.

"El *poder* de la *ley positiva humana*" <sup>193</sup> depende de que se imponga en un determinado lugar <sup>194</sup>, con carácter general <sup>195</sup>, que obligue en conciencia (reconocida como justa) <sup>196</sup>, que pueda prescribir los actos de las virtudes necesarias al bien común <sup>197</sup>, y que no reprima todos los vicios, sino sólo los que afecten la convivencia. Acerca de la necesidad de atender mediante la ley a la realidad social masiva, Tomás precisa: "*Las leyes deben imponerse a los hombres en consonancia con sus condiciones... De ahí que también deban permitirse a los hombres imperfectos en la virtud muchas cosas*

*que no se podrían tolerar en los hombres virtuosos. ...Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes*" <sup>198</sup>.

La "ley escrita contiene el derecho natural", porque se escribe para la "declaración de ambos derechos" (natural y positivo), más "no lo instituye". Precisamente el derecho natural toma su *fuerza* de la *naturaleza* y la "escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo" <sup>199</sup>. Tomás, en este pasaje, seguramente inspirado en su amigo y cohermano Guillermo de Moerbeka, el traductor del Aristóteles griego, parece seguir la idea aristotélica de separar lo *justo* (*dikaion*) de la regla (*nómos*): el contenido del continente. Pero, en el mismo Tratado de la Justicia, la carga semántica que recibe el "ius" latino integra la "cosa justa" con la "norma de su justicia". Encontramos el "ius" visto desde la ley y la

<sup>191</sup> ST., I-II, 95, 4.

<sup>192</sup> "I/C (Introducción a las objeciones): —TdA cita a San Isidoro de Sevilla— "*La ley ha de ser honesta, justa y posible según la naturaleza y según las costumbres de cada país, proporcionada a los lugares y a los tiempos, necesaria y útil; debe ser también clara, para que no haya engaños ocultos en su oscuridad; ha de estar dictada no para provecho privado, sino para la utilidad de los ciudadanos*". "S/H: ...He aquí por qué San Isidoro señala ante todo como condiciones de la ley tres cosas: que guarde armonía con la religión, puesto que ajustada a la ley divina; que ayude a la disciplina, puesto que acorde con la ley natural; y que promueva la salud pública, puesto que ordena a la utilidad humana. Y a estas tres condiciones se reducen todas las demás que señala a continuación." (ST., I-II, 95, 3).

<sup>193</sup> ST., I-II, 96

<sup>194</sup> "S/H ...El que está sujeto a una autoridad está también sujeto a sus leyes... Mas puede ocurrir de dos maneras que alguien no dependa de una determinada autoridad. En primer lugar porque está fuera de sus dominios... En segundo lugar, porque se rige por una ley superior..." (ST., I-II, 96, 5)

<sup>195</sup> "E/c ...el Jurisconsulto dice: *Las leyes deben establecerse en función de lo que sucede generalmente, no de lo que puede acontecer en un caso particular*" "S/H: Todo aquello que existe como medio ordenado a un fin debe ser proporcionado a ese fin. Mas el fin de la ley es el bien común... Luego las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la *ley tiene que referirse a esta multiplicidad*, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos..." (ST., I-II, 96, 1).

<sup>196</sup> "Las leyes que reparten las cargas proporcionalmente son justas, obligan en conciencia y son verdaderamente legales..." (ST., I-II, 96, 4)

<sup>197</sup> "S/H: ...Cualquier objeto de una virtud puede ordenarse tanto al bien privado de una persona cuanto al bien común de la sociedad. Un acto de fortaleza, por ejemplo, puede hacerse, ya sea para defender la patria, ya sea para salvar el derecho de un amigo... Mas la ley se ordena al bien común... No hay, por tanto, virtud alguna cuyos actos no puedan ser prescritos por la ley..."

<sup>198</sup> ST., I-II, 96, 2.

<sup>199</sup> "Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos derechos... Pues la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, 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" (ST., II-II, 60, 5).

ley vista desde el “ius”; por lo cual fácilmente el significativo “ius” se vuelve polisémico (aceptando que signifique el *dikaion* y también *nómos*). Es posible que haya influencia de las “Etimologías” de San Isidoro de Sevilla.

Vista desde los actos de justicia, encaminados a dar lo ya repartido o atribuido, la ley natural es reparto primero, y la ley positiva es reparto segundo, que no puede negar lo atribuido por aquella. El hombre de la justicia, que es todo hombre y profesionalmente el jurisprudente y el juez, debe atenerse hic et nunc a lo atribuido por el reparto segundo, pero atento a vigilar que este reparto no anule el primer reparto radical. Por esta razón, Tomás recalca que la ley escrita “contiene” el derecho natural o que “debe contenerlo”, pues, de lo contrario, se tornaría “inícuo”. Corresponde a la perspicacia del prudente (gnome) establecer siempre si es preciso desobedecer la ley positiva por injusta (negadora del *dikaion* natural) y apelar a los primeros principios de la razón práctica.

La ley positiva ordena de ordinario, mediante determinación del legislador, muchas cosas que no son inmediatamente exigidas por lo justo natural y que quedan al arbitrio de conveniencia. Puede tratarse de cosas que se presentan como “buenas por estar mandadas”<sup>200</sup> sin que se las reconozca como intrínsecamente buenas. Son, desde este punto de vista, indiferentes (aunque el metafísico Tomás sabe que el ser y el bien equivalen). Lo mismo habría que decir de muchas cosas que resultan “malas” por estar prohibidas. Buenas por mandadas o malas por prohibidas, Tomás reconoce que son legítimas y debidas para todos. Lo que la ley positiva no

puede hacer es mandar lo prohibido por la ley natural ni prohibir lo que ésta exige. El legislador no puede hacer bueno lo esencialmente malo ni hacer malo lo esencialmente bueno.

La *obediencia a la ley positiva* puede tener dos grados extremos: “mayor”, cuando uno cumple la ley porque es mandada y reconocida como instrumento de coacción o coerción; se actúa conforme al deber impuesto. O un grado “menor o nulo”, cuando propiamente no se obedece, sino que se cumple el deber porque agrada, porque es reconocido como compatible con el íntimo sentir y preferir. Estos dos extremos pueden darse tanto en lo que es convertido en “bueno” por el mandato o reconocido como “naturalmente bueno”. Lo mismo vale para las prohibiciones<sup>201</sup>. En la obediencia “mayor” no hay coincidencia entre deber y querer. En la obediencia “menor o nula” hay perfecta coincidencia entre deber y querer, y podría decirse que no existe obediencia, sino libre opción y decisión.

Según Tomás, cuando la ley “es injusta”, se impone la desobediencia de “conciencia”, la “inobservancia de la ley”<sup>202</sup>, pues “nunca es lícito cumplirla”: *“Las leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque se oponen al bien humano al quebrantar tres condiciones: bien sea la del fin; ya sea la del autor como cuando el gobernante promulga una ley que sobrepasa los poderes encomendados; ya sea la de forma, como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común. En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen al bien divino, como las leyes de los tiranos... Y tales leyes nunca es lícito cumplirlas...”*<sup>203</sup>.

<sup>200</sup> “El derecho divino, como el humano, puede dividirse en dos, pues en la ley divina hay ciertas cosas mandadas porque son buenas, o prohibidas porque son malas; y hay, por el contrario, otras que son buenas, porque mandadas, o malas, porque prohibidas” (ST., II-II, 57, 2, 3m).

<sup>201</sup> “Hay a veces ciertas cosas que obligan bajo precepto sin pertenecer a ninguna otra virtud, tal como nos consta por las que sólo son malas porque están prohibidas... (ST., II-II, 104, 2, 1m) “Cuando lo que se nos manda de ningún modo nos agrada por sí mismo... no lo cumplimos por otra causa sino porque está mandado... la obediencia en la que interviene la propia afición, por tratarse de algo que nos gusta, es menor o nula... en lo que se opone a nuestros gustos o nos resulta difícil, la obediencia es mayor... (Id. ib., 3m) “Si la obediencia... tiene por objeto el mandato del superior, por consiguiente la razón de obedecer es única” (Id. id., 4m).

<sup>202</sup> ST., I-II, 96, 4

<sup>203</sup> ST., I-II, 96, 4.

Tomás no solamente se interesa por el problema de la legitimidad de la ley positiva (convicción de que coincide con la íntima razón natural), sino que considera fundamental atender a su estabilidad en el tiempo y en el espacio, dado que la vida humana no es estacionaria. Por ello, reflexionó acerca de la mutabilidad y derogabilidad de toda ley positiva. Entre otras variables consideró importantes las siguientes: por dispensa de los superiores en un caso concreto<sup>204</sup>; cuando del nuevo estatuto se deriva manifiesta utilidad<sup>205</sup>; si la ley vigente entraña una clara iniquidad<sup>206</sup>; cuando la costumbre la hace inútil, como lo vimos atrás. Pueden darse dos motivos para cambiar la ley legítimamente: uno por parte de la razón, y otro por parte de los hombres cuyos actos la ley regula. Por parte de la razón, porque parece connatural a la razón humana avanzar gradualmente de lo imperfecto a lo perfecto. A su vez, por parte de los hombres cuyos actos regula, la ley puede ser legítimamente modificada por el cambio de las condiciones humanas, que en sus diferencias requieren tratamientos diferentes.

El Aquinate seguía en el enfoque de la ley positiva la clasificación de las "Institutas", repetida por San Isidoro. Como sus fuentes, afirmaba la existencia de dos formas de derecho positivo: el positivo común a todos los pueblos, muy cercano a los principios de la ley natural (que en el siglo XVI, Vitoria convertirá en el derecho "intergentes" o internacional) y el derecho de cada pueblo o de cada ciudad (denominado "civil"): *"El derecho positivo se divide en derecho de gentes y derecho civil a*

*tenor de las dos vías indicadas por las que se deriva de la ley natural. Al derecho de gentes, en efecto, pertenecen las normas que se derivan del derecho natural como las conclusiones de sus principios; por ejemplo, la justicia en las compraventas, y otras cosas así... y este derecho es de ley natural, porque el hombre es por naturaleza un animal social... En cambio las normas que derivan de la ley natural a manera de determinaciones particulares pertenecen al derecho civil, dentro del cual cada Estado establece las normas que considera más apropiadas"*<sup>207</sup>.

El Aquinate tiene buen cuidado en afirmar la diferencia y la "comunicación" entre las dos esferas claves del derecho de cada pueblo ("derecho civil"): la esfera pública y la esfera privada; la esfera de la subordinación y la esfera de la autonomía de las personas, manifiesta en el libre poder de contratar: *"Es propio de un pueblo el que la mutua relación entre los hombres esté ordenada por los preceptos de una ley. Y se da una doble comunicación de los hombres entre sí: una se da por autoridad de los gobernantes, y la otra por propia voluntad de las personas privadas. Y porque cada uno puede disponer a voluntad lo que cae bajo su poder, por ello es necesario que los juicios dicten y se impongan los castigos a los malhechores por autoridad de los gobernantes, bajo cuya dirección se relacionan los hombres. Y bajo el poder de las personas privadas caen sus posesiones; y por tanto pueden comunicárselas entre sí por propia voluntad, como sería vendiendo, comprando, regalando, y de otras maneras semejantes"*<sup>208</sup>.

<sup>204</sup> "Dispensar, en sentido estricto, significa establecer una ecuación entre algo común y varios sujetos particulares. De ahí que al cabeza de familia se le llame dispensador, debido a que distribuye con peso y medida a cada uno de los miembros de la familia tanto los quehaceres como los bienes necesarios... Por eso, el rector de la comunidad tiene el poder de dispensar de las leyes humanas que dependen de su autoridad, concediendo licencia para que el precepto no sea observado por aquellas personas o en aquellos casos en que la ley resulta deficiente..." (ST., I-II, 97, 4)

<sup>205</sup> "La ley positiva humana no debe cambiarse nunca a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por éste. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad..." (ST., I-II, 97, 2)

<sup>206</sup> "Porque el cambio se hace sumamente necesario debido a que la ley vigente entraña una clara iniquidad o su observancia resulta muy perjudicial..." (ib.id.).

<sup>207</sup> ST., I-II, 95, 4

<sup>208</sup> ST., I-II, 105, 2.

Tomás, sin embargo, no reconoce solamente las dos esferas de intersubjetividad señaladas, sino que descubre, para todo el mundo del derecho, de acuerdo con las cuatro formas básicas de *orden* en la vida asociada: *"la del gobernante con los súbditos; la de los súbditos entre sí; la del pueblo con otras naciones, y finalmente la existente dentro del orden familiar..."*<sup>209</sup>. Es decir, que existen cuatro formas de intersubjetividad: la subordinante (gobernante-súbdito), la interactiva entre iguales (súbdito-súbdito), la interactiva entre pueblos (nación-nación), la económica familiar (paterno-filial).

#### 4.5.5 Costumbre y ley positiva

Según Tomás, la razón determina lo justo de un acto conforme a una "idea preexistente" en el entendimiento que funciona como "cierta regla de prudencia". Esa "preexistencia" de la idea ("regla de prudencia") no es sacada de la "razón razonante" como sucede en el Derecho natural de la Escuela clásica. El realismo jurídico tomasiano no impone ideas que no arraiguen en la realidad socio-política<sup>210</sup>. Esa "regla de prudencia" puede materializarse de dos formas: en usos repetidos adecuados a las cosas existentes y, entonces, es llamada *costumbre*; o en un escrito con cierta fuerza dado por la autoridad, que es llamado *ley*<sup>211</sup>.

Inspirado en Raimundo de Peñafort, Tomás señala importante papel a la *costumbre*. Se trata de preceptos sociales históricos que tienen más fuerza y poder que la ley escrita. Se siente el lector de estos pasajes como dialogando con el gran Savigny, el del "volks geist". El Aquinate es más un sociólogo del derecho que un normativista cuando presenta como afianzadores de la norma escrita los preceptos de la costumbre y supedita

la continuidad o vigencia de aquella al respeto que debe a ésta. Precisa Tomás: *"Los actos, sobre todo los reiterados, que engendran costumbre, pueden cambiar y explicar la ley, e incluso producir algo que tenga fuerza de ley, pues lo que se repite muchas veces demuestra proceder de un juicio racional. He aquí por qué la costumbre tiene fuerza de ley, deroga la ley e interpreta la ley"*<sup>212</sup>.

También, en la forma como nacen las leyes positivas humanas, Tomás, citando a Cicerón, presenta una fenomenología en la que el papel protagónico lo tiene la costumbre aprobada por la razón (pues no se trata de cualquier costumbre): *"Por eso dice Tulio en la Retórica que en su origen el derecho procede de la naturaleza; luego, con la aprobación de la razón, algunas cosas se convirtieron en costumbres; finalmente, estas cosas surgidas de la naturaleza y aprobadas por la costumbre, fueron sancionadas por el temor y respeto de la leyes"*<sup>213</sup>. Lo que quiere decir que si la ley positiva no tiene en cuenta la costumbre, *pierde su eficacia* y se queda sin su fuerza y sin su poder: *"Porque la costumbre —aclara Aquino— ayuda mucho a la observancia de la ley, tanto que lo que se hace en contra de la costumbre ordinaria, aunque sea más llevadero, parece más pesado. Por eso cuando se cambia la ley se merma su poder de coacción al quitarle el soporte de la costumbre"*<sup>214</sup>.

#### 4.5.6 Preceptos morales y preceptos jurídicos

Para Tomás, la naturaleza de los *preceptos jurídicos*, es decir, la diferencia específica que los distingue de los preceptos morales, consiste en dos cosas: *ordenar* nues-

<sup>209</sup> ST., I-II, 104, 4

<sup>210</sup> ST., I-II, 91, 3.

<sup>211</sup> "...la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley, según san Isidoro, es *"una constitución escrita"* (Id. ib., 2m)

<sup>212</sup> ST., I-II, 97, 3.

<sup>213</sup> ST., I-II, 91, 3.

<sup>214</sup> ST., I-II, 97, 2.

tras “relaciones con el otro” y poseer fuerza obligatoria al ser “instituidos por la autoridad”<sup>215</sup>. Son preceptos jurídicos las leyes, las sentencias de los jueces y los actos de los particulares<sup>216</sup>. En cambio, los *preceptos morales*<sup>217</sup> obligan “a hacer las cosas de esta u otra manera” por el mismo “dictamen de la razón”, que señala “lo que se debe hacer o evitar”.

En el pasaje de la Suma en el que Tomás distingue entre Ley antigua y Ley nueva precisa la distinción entre los preceptos jurídicos y morales así: 1. la ley debe ordenarse al “bien común como a su fin”, que es el “bien sensible y terreno”; en cambio, a los preceptos morales corresponde “el bien inteligible y celestial”. 2. La ley debe dirigir los actos humanos según “el orden de la justicia”, mientras que a los preceptos morales corresponde “ordenar los actos internos del alma”. 3. Corresponde a la ley inducir a los hombres al cumplimiento de los propios preceptos “mediante el temor de las penas”; en cambio, los preceptos morales lo hacen “mediante el amor”<sup>218</sup>. La ley que logra inducir a los hombres sin el recurso al temor del castigo es una ley “perfecta”<sup>219</sup>, como lo hace la ley moral<sup>220</sup>.

#### 4.5.7 Ley positiva y orden

A Tomás de Aquino se le ha considerado el gran maestro del *orden*, descubierto en las relaciones trinitarias, en el proceso creativo, en la realidad cósmica, en las

distintas distribuciones jerárquicas de los seres, en las relaciones de géneros y especies, en interacciones, en la constitución de las sustancias, en la constitución del hombre, en el modo de conocer del hombre, en la relación entre los sexos, en la vida familiar, social, política, en el ejercicio de la razón teórica, en el ejercicio de la razón práctica...

Escribe Tomás en el prólogo de su “Comentario a la Ética”: “*Es propio del sabio ordenar, y por ello la sabiduría es la perfección mayor de la razón, de la que es propio conocer el orden. En efecto, las potencias sensitivas conocen algunas cosas en absoluto, pero conocer el orden de unas cosas a otras es exclusivo del entendimiento o de la razón... Ahora bien, el orden es objeto de la razón de cuatro maneras: hay un orden que la razón no construye sino que se limita a considerar, y éste es el orden de las cosas naturales. Hay otro orden que la razón introduce, al considerarlo, en sus propios actos, como cuando ordena sus conceptos entre sí y los signos de los conceptos que son los significantes. Hay un tercer orden que la razón introduce, al considerarlo, en las operaciones de la voluntad. Por último, hay un cuarto orden que la razón introduce, al considerarlo, en las cosas exteriores, de las que ella es causa, como el arca o la casa. Y como la consideración de la razón se perfecciona por el hábito, según estos diversos órdenes, que la razón propiamente considera, se constitu-*

<sup>215</sup> “La naturaleza de los preceptos jurídicos consiste en dos cosas: primera, que ordenen las relaciones de los hombres entre sí; y segunda, que no tengan fuerza obligatoria de por sí, sino por ser instituidos por la autoridad...” (ST., I-II, 104, 1).

<sup>216</sup> “Por tanto los preceptos jurídicos no son sólo aquellos que pertenecen a litigios, sino también cuantos se refieren a la relación de los hombres entre sí, y que caen bajo la dirección del gobernante, que es el juez supremo.” (ST., I-II, 104, 1, 1m)

<sup>217</sup> “Algunos preceptos obligan por el mismo dictamen de la razón, porque la razón natural dicta lo que se debe hacer o evitar. Estos son los preceptos morales, los que por la razón ordenan las costumbres de los hombres. Hay otros preceptos que no tienen fuerza obligatoria por el mismo dictamen de la razón, porque considerados por sí mismos no parece que se obliguen a hacer las cosas de esta u otra manera. A tales preceptos les viene su fuerza obligatoria de la autoridad divina o humana. Tales leyes son aplicaciones concretas de los preceptos morales. Y si tales aplicaciones por autoridad divina ordenan al hombre a Dios, tales preceptos se llaman ceremoniales. Pero si ordenan las relaciones entre los hombres entre sí, entonces se llaman jurídicos...” (ST., I-II, 104, 1)

<sup>218</sup> ST., I-II, 91, 5.

<sup>219</sup> “Las cosas pueden distinguirse de dos maneras: bien como realidades diversas en su especie, cual es el caso del caballo y del buey, bien como lo perfecto y lo imperfecto dentro de una misma especie, cual sucede con el niño y el adulto. Y esta segunda es la distinción que media entre la ley antigua y la ley nueva.” (ST., I-II, 91, 5).

<sup>220</sup> “corresponde a la ley inducir a los hombres al cumplimiento de los propios preceptos... Esto lo hacía la ley vieja mediante el temor de las penas; la ley nueva lo hace, en cambio, mediante el amor...” Id. ib.



yen las diversas ciencias. Pues a la filosofía natural pertenece considerar el orden real, que la razón humana considera, pero que no construye, y aquí se toma la filosofía natural en sentido amplio, abarcando también la metafísica. El orden que la razón introduce al considerarlo en sus propios actos pertenece a la filosofía racional, de la que es propio considerar el orden de las partes de la oración entre sí, y el orden de los principios entre sí y respecto de las conclusiones. El orden de las acciones voluntarias pertenece a la consideración de la filosofía moral. Por último, el orden que la razón introduce, al considerarlo en las cosas exteriores, pertenece a las artes mecánicas”<sup>221</sup>.

Por tanto, tenemos cuatro tipos de órdenes diferentes, que fundan otras tantas partes de la filosofía: el orden natural, el orden lógico, el orden moral, el orden artificial, es decir, el orden descubierto al observar la naturaleza (*comprender*), el orden que la razón se impone al *pensar*, le orden que la razón práctica impone a su propio *obrar* para alcanzar los fines de la vida humana y el orden que la razón establece en el ámbito del *hacer* (arte, técnica).

Desde el punto de vista jusfilosófico, el orden debe estar presente en todas las formas de acción alteritativa, en la atribución de los derechos (“iura”), en las formas de justicia, en el bien común, en el régimen político, en el sistema nomológico. Y es función de toda ley ordenar y a través de la “ordenación” (“ordinatio”) disponer todo lo anterior.

El *papel de la ley positiva* es “ordenar” las relaciones intersubjetivas, en el sentido de imperar (mandar) y en el sentido de *establecer un orden* en tanto que “*es una determinada relación de las partes entre sí*” (“*Nihil est quam determinata relatio partium ad invicem*”)”<sup>222</sup> como efecto del imperativo. En este caso, las partes relacionadas son tanto las *acciones* como sus *objetos* y sus

*sujetos*: así resulta un todo convivencial en el cual es previsible una constante de referencias mutuas armónicas que cumplen los fines del ordinante político: la paz, la justicia, el bien común. Sin embargo, para Tomás se da un tipo de orden de relaciones subordinantes entre las grandes fuentes del derecho: ley eterna, ley natural, ley positiva divina y humana, lo cual podría llamarse “ordenamiento normativo”, dentro del cual hay que considerar el ordenamiento jerárquico propio del derecho positivo humano desde el “*jus gentium*”, pasando por las leyes del gobernante hasta llegar a las sentencias de los jueces y los contratos privados.

## Referencias

### Fuentes tomasianas

Tomás de Aquino

### Suma Teológica

Collegii Provinciae Tolosanae, Ordinis Praedicatorum, Parisiis, Editoris anno 1820, 1932 (5 Tomos).

Cura Fratrum eiusdem Ordinis, BAC, Madrid, 1952 (5 Tomos).

Texto latino de la edición crítica leonina con traducción al español presidida por Francisco Barbado Viejo, O.P. y dirigida por Santiago Ramírez, O.P. Madrid: BAC, 1954 (16 Tomos)

Dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas de España, Madrid: BAC, 1994 (IV y V Tomos), 1990 (III Tomo), 1989 (II Tomo), 1988 (I Tomo).

Traducción de los Tratados de la ley y de justicia por Carlos Ignacio González, S.J., Porrúa, México, 1996, Núm. 301 (1 Volumen).

<sup>221</sup> C. Ética, pról.

<sup>222</sup> Tomás de Aquino, “Comentarios a la metafísica”, BAC, 1969. In. XI, Lec 12

*Suma Contra Gentiles*

Texto latino al cuidado de la Orden de Predicadores con traducción y notas introductorias de Laureano Robles Carcedo, O.P., Adolfo Robles Sierra, O.P., y José M. de Garganta, O.P., BAC, 1967, 2ª. Ed. (2 Tomos).

Traducción y estudio introductorio de Carlos Ignacio González, S.J. México: Porrúa, 1998, Núm 317 (ed. íntegra en un Tomo).

*Opúsculos*

La Monarquía. Al Rey de Chipre (Régimen de los Príncipes) y Carta a la Duquesa de Brabante

BAC Maior, Opúsculos y cuestiones selectas, Coordinación Antonio Ossuna Fernández-Largo, Madrid, 2003.

Según la edición crítica del P. Mandonnet, O.P., Introducción y notas por el Pbro. Antonio Tomás y Ballús, Poblet, Bs. As., 1947.

*Comentarios*

Tomás de Aquino y Pedro de Alvernia, Comentario a la Política de Aristóteles, Eunsá, Navarra (Pamplona), 2001 (Traducción y prólogo de Ana Mallea, notas de Mallea y Celia A. Lértora).

Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles. Navarra (Pamplona): Eunsá, 2001 (2ª. Ed.) Traducción de Ana Mallea, estudio preliminar y notas de Celia A. Lértora Mendoza.

Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo, Navarra (Pamplona): Eunsá, 2004, Núm. 36 (Vol. I/2), edición preparada por Juan Cruz Cruz

Comentario al libro VI de la Metafísica de Aristóteles, Pamplona (Navarra): Eunsá, Lecciones I, II, III y IV (pp. 9-43 de la traducción).

*Obras auxiliares de la jussfilosofía tomista*

Beuchot Puente, Mauricio, Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

\_\_\_\_\_ Ética y Derecho en Tomás de Aquino, UNAM, México, 1997.

\_\_\_\_\_ Derechos humanos, Historia y Filosofía, Fontamara, México, 1999.

Baptist Metz, Johann, Antropocentrismo cristiano, Sígueme, Salamanca, 1972.

Cardona, Carlos, La Metafísica del Bien Común, Rialp, Madrid, 1996.

Cathrein, Victor, Filosofía del Derecho: Natural y Positivo, REUS, Madrid, 1958.

Galán y Gutiérrez, Eustaquio, Concepto y Misión de la Filosofía Jurídica, RDP, Madrid, 1950.

\_\_\_\_\_ La filosofía política de Santo Tomás de Aquino, Revista de derecho privado, Madrid, 1945.

Gilson, Etienne, El Tomismo, EUNSA, Navarra (Pamplona), 2000.

\_\_\_\_\_ Santo Tomás de Aquino, Aguilar, Madrid, 1949.

\_\_\_\_\_ El realismo metódico, Rialp, Madrid, 1963.

\_\_\_\_\_ La unidad de la experiencia filosófica, Rialp, Madrid, 1960.

Graneris, Giuseppe, Contribución tomista a la filosofía del derecho, Eudeba, Bs As, 1973.

\_\_\_\_\_ La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Temis, Bogotá, 2000.

\_\_\_\_\_ ¿Qué es derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico, EUNSA, Pamplona, 2002.

\_\_\_\_\_ Escritos de derecho natural, EUNSA, Pamplona, 1993.

\_\_\_\_\_ Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho, Lección XIII "Líneas generales del Método de la Ciencia jurídica", EUNSA, Pamplona, 2000.

\_\_\_\_\_ Cuatro lecciones de derecho natural, EUNSA, Pamplona, 1998.

\_\_\_\_\_ Historia de la ciencia del derecho natural, EUNSA, Pamplona, 1996.

Kenny, Anthony, *Curso de Filosofía Tomista*, Herder, Barcelona, 2000.

Millán-Puelles, Antonio, *El Interés por la verdad*, Rialp, Madrid, 1997.

Massini Correas, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, EUNSA, Pamplona (Navarra), 2006.

Messner, Johannes, *Sociología moderna y derecho natural*, Herder, Barcelona, 1964.

Maritain, Jacques, *El Hombre y el Estado*, Encuentro, 1997 (1ª reimpresión).

Pieper, Josef, *Las Virtudes Fundamentales*, Rialp, Madrid, 1998.

Sedano, O.P., José de Jesús, *Analéctica Tomista*, U. Santo Tomás, Bucaramanga, 1995.

Utz, Arthur Fridolin, *Ética Social, II: Filosofía del Derecho como ciencia del "deber ser" jurídico*, Herder, Barcelona, 1965.

Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, (2 Tomos), EUNSA, Navarra (Pamplona), 1979.

Vigo, Rodolfo, L., *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, México, 2003.

Zabalza Iriarte, Joaquín, *El derecho objetivo del 25%*, USTA, Bogotá, 1993 (1ª reimpresión).

\_\_\_\_\_ *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*, USTA, 1993 (2ª reimpresión).

Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, 2003.