

## CARACTERIZACIÓN DE LA LEY Y EL DERECHO

La tesis sobre el carácter convencional de la normalidad jurídica es el resultado de la célebre controversia escolástica sobre la producción de la ley.

En el planteamiento del problema, los autores recurren habitualmente a San Agustín. Se ha hablado de un primado de la voluntad sobre el intelecto en la obra agustiniana. El acto de conocimiento es puesto en acción por la voluntad; la voluntad es necesaria para alcanzar el conocimiento conceptual. Agustín supera el antiguo intelectualismo porque no considera ya solamente la actividad cognoscitiva como la hazaña más alta y como la suprema dignidad del hombre. La atención, la reflexión y la reproducción de representaciones, el juicio y la deducción dependen de un “querer conocer”. Así, la voluntad es el principio de obrar práctico. Sólo la voluntad es valorable éticamente y sólo en ella hunde el mal sus raíces.

Mientras que según el intelectualismo griego, la voluntad sigue necesariamente al conocimiento, para Agustín, la voluntad es libre, lo mismo frente a motivos internos que externos, poseyendo la fuerza necesaria para aceptarlos o rechazarlos. Las consecuencias de este voluntarismo serían extraídas más tarde, sobre todo en los sistemas de la Alta Edad Media.<sup>44</sup>

El pensamiento del Obispo de Hipona fue reformulado por San Anselmo, con agudeza y precisión. El hombre tiene bondad y verdad ontológicas, pero además tiene que hacerse bueno moralmente mediante la justicia como rectitud de la voluntad. De esta suerte, la voluntad se convierte en núcleo esencial del hombre. Esta voluntad —debe aclararse— no es ciega; es una cosa con el conjunto del espíritu —memoria, inteligencia y amor— igual que en la Trinidad las tres personas son una sola naturaleza cuyo espejo es el espíritu humano. Esta imagen y semejanza la tiene impresa ya por naturaleza, pero como criatura racional debe expresarla y realizarla mediante el afecto y actividad voluntarios.

Abelardo batalla en otro campo: colocado dentro del intelectualismo afirma que la razón manda sobre la voluntad y la determina. El juicio moral subjetivo debe ser lo único decisivo de toda acción singular moralmente buena. La bondad o maldad de la acción radica exclu-

<sup>44</sup> Welzel, Hans: *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 61.

sivamente en que nosotros asentamos a nuestro juicio mejor, en que le prestemos nuestro *consensus*, o bien en que sigamos el impulso propio de la *voluntas* irracional.

La doctrina de Buenaventura sobre la voluntad está más que nada caracterizada por el hecho de que en su sistema hay un equilibrio entre ambas facultades como en Tomás de Aquino; pero la moralidad propiamente dicha queda alojada en la voluntad. La voluntad libre es voluntad espiritual, es unidad de acción compuesta de espíritu y voluntad, un *consensus rationis* y *voluntates*, pero donde el entendimiento ocasiona solamente el movimiento de la voluntad, en cuanto nosotros solamente podemos querer lo conocido, propone un objeto a la voluntad, frente al cual, sin embargo, la voluntad se decide con plena libertad y dominio y por virtud de su propia plenipotencia.

Tomás de Aquino —al decir de Welzel— se adhiere a la interpretación intelectualista, según la cual la voluntad sigue necesariamente el bien que le es mostrado por el intelecto.<sup>45</sup> El problema del papel que juega la voluntad en el concepto de ley, lo resuelve el Doctor Angélico en la cuestión 90, de la *Prima Secundae* de la *Suma Teológica*. Cuando se pregunta por la esencia de la ley, escribe que “conviene aclarar, si la ley es propia de la razón”. Siguiendo el método de toda la *Suma*, Tomás de Aquino plantea las dificultades.

Parece que la ley no es efecto de la razón. 1) Puesto que el Apóstol dice: “Siento otra ley en mis miembros.” Y como nada que pertenezca a la razón existe en los miembros, porque la razón no usa de órgano corporal, siguiere que la ley no pertenece a la razón. 2) En la razón tan sólo encontramos la potencia, los hábitos y los actos. Pero la ley no es la misma potencia cognoscitiva, ni tampoco un hábito de la misma, cuales son las virtudes intelectuales; ni finalmente un acto de la razón, en cuyo caso, al cesar el acto cesaría la ley; por ejemplo, durante el sueño. Luego, la ley no pertenece a la razón. 3) La ley mueve a obrar rectamente a los que le están sujetos. Pero la moción a obrar es propia de la voluntad, como dice el Jurisconsulto: “La voluntad del príncipe tiene fuerza de ley.” Por otra parte, propio de la ley es mandar y prohibir. Pero la potestad imperativa pertenece a la razón; luego la ley pertenece asimismo a la razón.<sup>46</sup>

He aquí la solución del doctor:

La ley es una especie de regla y medida de los actos, por cuya virtud es uno

<sup>45</sup> Welzel, Hans: *op. cit.*, p. 71.

<sup>46</sup> De Aquino, Tomás: *Suma Teológica*, I-IIae 9.90, edición bilingüe de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959.

inducido a obrar o apartado de la operación.<sup>47</sup> Ley, en efecto, procede de ligar (?), puesto que obliga a obrar. Ahora bien, la regla y medida de los actos humanos es la razón, la cual constituye el primer principio de estos mismos actos, pues que a ella compete ordenar las cosas a su fin, que es principio primero de operación. Pero en todo género de cosas lo que es primer principio es también regla y medida, como la unidad entre los números. De lo que se deduce que la ley es algo propio de la razón. Siendo la ley regla y medida, de dos maneras puede hallarse en un sujeto. *Primero*, como principio activo que regula y mide; y como el medir y regular pertenece a la razón, requiere que la ley pertenece solamente a la razón. *Segundo*, como principio pasivo que es regulado y medido y así la ley está en todas las cosas que se dirigen hacia un fin en virtud de una ley, de suerte que toda inclinación nacida de esta ley puede llamarse también ley, no por esencia, sino más bien por participación. Y así la misma tendencia de los miembros hacia lo concupiscible se llama “ley de los miembros”. Así como en las operaciones externas podemos considerar la actividad y el efecto de la misma, por ejemplo, el edificar y el edificio, así en las operaciones de la razón podemos considerar el mismo acto de entender y raciocinar y algo que es efecto de ese acto que es en el orden especulativo, primero la definición, segundo la enunciación o proposición y, por último, el silogismo o argumentación. Y como aun la razón práctica utiliza el silogismo en el orden de la operación, por eso debemos encontrar en la razón práctica algo que desempeñe con relación a las operaciones, el mismo cometido que la proposición con respecto a las conclusiones en la razón especulativa. Estas proposiciones universales de la razón práctica en orden a la operación tienen razón de ley.<sup>48</sup>

Carlos Soria,<sup>49</sup> recalca esta conclusión a la que ha llegado el autor de la *Suma*: La ley esencialmente no es el acto de la razón, sino algo producido por ese acto que son las proposiciones universales imperativas de la razón, sino algo producido por ese acto que son las proposiciones universales imperativas de la razón práctica.

La razón —admite Tomás de Aquino— puede ser movida por la voluntad como queda dicho, pues por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la

<sup>47</sup> Es interesante el razonamiento con el que Suárez rechaza la definición tomista de la ley. A. D'Entreves le sorprende, en este punto, encontrar a Hooker tan fiel a de Aquino y a Suárez tan crítico. Aquella definición le parece a Suárez “exclusivamente amplia y general”. La extensión de la idea de ley implica un juicio sobre la naturaleza del derecho. Este no requiere necesariamente la existencia de un superior. Así lo enseñaron Locke y Grocio. Para este último, el derecho indica una particular cualidad de las acciones. *Cfr.*, D'Entreves: *op. cit.*, *supra*, nota 19, p. 98.

<sup>48</sup> De Aquino, Tomás: *Suma Teológica*, I-IIae p. 90. a. 1.

<sup>49</sup> Soria, Carlos: *op. cit.*, *supra*, nota 13, p. 21.

razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad al apetecer estos medios tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse el que la voluntad del príncipe se constituya en ley. De otro modo no sería ley, sino iniquidad.<sup>50</sup>

Ya en tiempos de Tomás de Aquino —escribe Soria— los escolásticos coincidían generalmente en reconocer que tanto la inteligencia como la voluntad intervienen en la producción de la ley, pero se separaban al señalar el puesto de estas facultades. Tomás de Aquino, *decididamente*, da la primacía a la razón, admitiendo la influencia de la voluntad. Posteriormente Scoto, Durando y *sobre todo Suárez*, defenderían —este último con algunas fluctuaciones— la primacía de la voluntad, aunque sin excluir a la razón.<sup>51</sup> Conviene recordar que Tomás de Aquino ha insistido en que el hombre es por definición un ser racional y que la razón lo constituye en su ser y, especialmente, en su obrar. Sobre todo los actos humanos se definen y configuran por orden al fin en función del cual se pone siempre en movimiento la actividad del hombre, incluso cuando se refiere a los medios o cosas útiles. El fin es así el principio y la razón de ser del acto humano. Pero ese orden al fin es algo propio de la razón, de la cual lo reciben los actos, pues es ella la que propone y presenta el fin a la voluntad, especificando y moviendo a su acto, siendo esa función de la razón condición absolutamente necesaria para que se ejecute todo acto voluntario. Por consiguiente, el primer principio de la actividad humana, de donde recibe su ser y su especie, es la razón, y la ley que regule y mida esos actos ha de pertenecer necesariamente a la razón. La ley es un dictamen, algo imperativo, fruto del imperio de la razón. Este acto de imperio, sin embargo, no es un acto puro de razón; es un acto de la razón que presupone un acto de la voluntad. El imperio es de la razón porque implica un orden que se intima o denuncia, y ordenar intimando es propio de la razón. Pero esta orden de intimación —sigue recordando Soria— no se expresa únicamente por una indicación como cuando decimos: “Esto debes hacer”, sino de modo imperativo moviendo al mismo tiempo a la operación, como cuando decimos: “Haz esto.” El imperio es una orden esencialmente racional, pero con valor y eficacia motiva, y toda moción en el hombre tiene su fuente más o menos inmediata en la voluntad, que es el primer motor del alma en el orden de ejercicio. La elección es un acto esencialmente de la voluntad, pero que está enraizado profundamente en la inteligencia, de tal modo que lleva en sí mismo la impresión real

<sup>50</sup> De Aquino, Tomás: *loc. cit.*

<sup>51</sup> Soria, Carlos: *op. cit., supra*, nota 13. p.

y eficaz que en él ha dejado el orden impuesto previamente por la razón. Del mismo modo, aunque a la inversa, el imperio es un acto esencialmente de la inteligencia, pero que lleva en la entraña de sí mismo el sentido emotivo, la pureza y la eficacia impulsiva que el acto previo de la voluntad ha dejado como impreso en la inteligencia. La fuerza motiva, el poder impulsivo que incluye esencialmente la ley, está participado de la voluntad, que previamente se lo imprime a la razón. Pero sigue siendo algo esencialmente de la razón, porque la voluntad en las cosas que se imperan, para tener razón de ley debe estar regulada por la razón. La ley incluye moción, fuerza imperativa; pero moción recta, fuerza imperativa regulada. La regulación es lo más esencial; la moción, en tanto, pertenece a la ley en cuanto entra a formar parte del fenómeno de dirección o regulación; por eso la ley es esencialmente de la razón, aunque previamente necesite recibir la fuerza motiva de la voluntad.<sup>52</sup>

Frente al primado de la razón, Duns Scoto restaurará la tradición agustiniana: la idea del amor.<sup>53</sup> El amor espiritual tiende a un objeto porque éste es bueno en sí, mientras que el amor sensible tiende a un objeto porque es bueno para el sujeto que ama. El primer amor es denominado por Duns, *voluntad de honestidad* o *affectio justitiae* y el segundo, *aspiración a lo provechoso* o *affectio commodi*. La voluntad de honestidad es la voluntad en sentido propio, la voluntad libre, la única que merece el nombre de voluntad. El acto libre consiste en querer el bien por razón de sí mismo. Toda inclinación natural, en cambio, está vinculada a los apetitos e instintos. Libre es sólo la voluntad que independientemente de las inclinaciones naturales, puede tender a lo bueno porque es bueno en sí. La voluntad libre dirigida al bien por razón del bien mismo, es una voluntad racional, guiada por la razón. A la voluntad le precede siempre una evidencia racional. ¿Pero por qué la razón quiere un objeto, por qué lo aprehende en amor? Scoto no encuentra ningún argumento racional.

Lo individual es aprehensible, pero no deducible de conceptos generales. El amor no se dirige nunca a los conceptos generales, sino al individuo. Ahora bien, como la voluntad amorosa es la más noble facultad del alma, también lo individual tiene que representar una forma de ser superior a lo general. Es imposible deducir —explica Welzel— exhaustivamente la decisión volitiva individual partiendo de ideas racionales generales. El descubrimiento de lo individual tenía que llevar a Scoto a la afirmación del carácter propio de la voluntad frente al intelecto. La voluntad ocupa axiológicamente un rango más elevado que la razón.

<sup>52</sup> Soria, Carlos: *op. cit.*, *supra*, nota 13.

<sup>53</sup> Welzel, Hans: *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 81.

Más excelente es, en efecto, aquella potencia por la cual el hombre puede ser bueno, de igual manera que participamos de la más alta bienaventuranza no por el intelecto, sino por la voluntad en virtud del amor.<sup>54</sup> Pero también en sentido óntico tiene la voluntad el primado. Si bien ella no puede influir en la exactitud de la evidencia racional —en este sentido la razón es independiente de la voluntad— determina, sin embargo, la dirección definitiva del conocimiento y puede apartar al intelecto de ciertas consideraciones. No es el intelecto quien manda la voluntad, sino la voluntad al intelecto. Pero, por muy libre que sea la voluntad humana para aprehender en amor el bien por causa de sí mismo, o para apartarse en odio de él, queda, no obstante, sometida a la ley del bien como una norma objetiva que le viene de fuera y que ha de cumplir para obrar adecuadamente. La voluntad, desde luego, puede obrar de *facto* contra la ley, pero de *iure* está vinculada a ella. Su *potentia ordinata*, es decir, su facultad de obrar adecuadamente, está determinada por la ley. Su *potentia absoluta*, su facultad para obrar de *facto*, tiene capacidad para violar la ley.

La solución de Suárez no sigue la línea que Tomás de Aquino marcará; pero tampoco se confunde con el trazo de Duns Scoto. El capítulo v del libro i del *Tratado* aborda el problema: “Si la ley es acto de entendimiento o de voluntad y cual sea él.” Lo que Suárez sostiene en tal capítulo no se refiere a la ley divina ni a la humana “porque en este libro han de tratarse aquellas cosas que fueren comunes a todas las leyes, abstrayendo, en cuanto pueda hacerse, de aquellas otras que son propias de cada una de sus especies”.<sup>55</sup> El capítulo a que nos referimos arriba expone los argumentos de aquellos que sostienen que la ley es acto del entendimiento. “Así siente Santo Tomás, Cayetano, Soto y otros. Además Platón llama ley a la operación proba de la ciudad, es decir, verdadera. Y del mismo modo Aristóteles dice que la ley es opinión de muchedumbre. De Cicerón también trajimos arriba muchas palabras con las cuales significa que la ley está en la razón.”<sup>56</sup>

Suárez expone los argumentos que apoyan tal afirmación intelectualista.

Es la primera (razón) que a la ley pertenece ordenar y así suele definirse que es la ordenación de la razón. Pero ordenar no pertenece a la voluntad, sino al entendimiento, porque encierra algún raciocinio; de donde las cosas que carecen de razón no pueden ordenar: luego, la ley es acto del entendimiento. De la ley es propio iluminar e instruir; mas iluminar es propio

<sup>54</sup> San Agustín decía —escribe Welzel— que la más alta bienaventuranza es el amor al bien supremo por razón de sí mismo. En Tomás de Aquino, la más alta bienaventuranza es un acto del intelecto: la visio Dei. Sólo por el conocimiento de Dios surge el amor a Él.

<sup>55</sup> Suárez, Francisco: *De Legibus*. lib. 1. Introducción.

<sup>56</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 5, núm. 1.

del entendimiento. La ley es regla; pero la voluntad no es regla, antes bien, debe ser regulada por la razón, luego la ley está en la razón. No puede decirse de ningún acto de la voluntad que sea ley; la voluntad de mandar no es ley si no sigue el mandato, el cual pertenece al entendimiento; luego en él está la ley.

En el número 5 del capítulo v del libro II, Suárez nos da a conocer la opinión de aquellos que pretenden que la ley es acto de la voluntad del legislador.

En favor de esta sentencia pueden hallarse todos los que ponen el imperio en la voluntad como Gabriel, Ockham, Almain. Lo sienten también San Buenaventura, Medina y Durando. Cítase también en favor de esta sentencia a Scotto, en cuanto dice que a la voluntad pertenece ordenar a otro a hacer algo.

Puede esto mostrarse principalmente por las propiedades de la ley. A la ley se atribuye sea regla y medida, más esto grandemente conviene a la voluntad divina. Santo Tomás dice que la divina voluntad es la primera regla por la cual deben ser medidas las acciones humanas. Otra propiedad de la ley es que ilumina y dirige al súbdito; en cuanto está en el mismo súbdito es acto de razón e iluminante formalmente. Y, por tanto, al leer a los autores hay que evitar equivocación, pues, como definen la ley por la razón, muchas veces hablan de la ley en cuanto está en el súbdito, del cual modo la ley natural se dice que es razón recta y grabada por la naturaleza; y así la ley ilumina porque muestra la voluntad del legislador. De donde, en el mismo legislador parece ser la voluntad la que objetivamente o también efectivamente ilumina al súbdito.<sup>57</sup>

Era la tercera propiedad que la ley ordena, mas esto precisamente conviene a la voluntad. Esta ordenación de la ley o es por modo de relación del medio al fin o por modo de locución que indica la voluntad del príncipe; y de ambos modos muy bien se atribuye a la voluntad, pues es la voluntad la que ordena los medios al fin, porque ella es la que tiende al fin y elige los medios por él, y así estatuye que se haga; y también es la voluntad la que manda la locución; luego la ordenación de la ley en cuanto está en el superior ordenante o que habla, es siempre algo que se refiere a la voluntad. Cuando el superior quiere que algo sea hecho por el súbdito, si no intima la voluntad no manda. La intimación, en cuanto está en el legislador, parece ser principalmente la voluntad de intimar exteriormente, la cual íntimamente se incluye en la voluntad de obligar o de ella se sigue;

<sup>57</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 5, núm. 6.

luego también por esta razón la ley principalmente pertenece a la voluntad.<sup>58</sup>

Suárez intentará probar que:

Algunas condiciones necesarias para la ley se hallan en el acto de la voluntad y no propiamente en el acto del entendimiento. La primera es *mover* y *aplicar al súbdito a ejecutar la acción*, o bien a omitir la acción. El principio que mueve y aplica al ejercicio de la acción es la voluntad; pues el entendimiento más bien mueve en cuanto a la especificación y así antes se dice que dirige, que mueve. Es la segunda, que *tiene fuerza de obligar*, que propiamente está en la voluntad, no en el entendimiento; pues el entendimiento puede solamente mostrar la necesidad que hay en el mismo objeto, lo que si en él no está, no puede él atribuirle; mas la voluntad da la necesidad que no había en el objeto y hace v. gr., que en la materia de justicia una cosa valga tanto o cuanto.<sup>59</sup>

Suárez examina las opiniones de aquellos que han pretendido que la ley se compare y se complete por un acto de la inteligencia y otro de la voluntad. Pero los argumentos de esta tercera posición son aceptados en cierta medida por el escritor jesuita. Concluye: “Se entiende mejor y más fácilmente se define que la ley es en el mismo legislador un acto de la voluntad justa y recta, por el cual quiere obligar al inferior a hacer esto o aquello.”<sup>60</sup>

A la luz de lo expuesto, resulta justificado concluir<sup>61</sup> que para Suárez, el derecho en el ánimo del súbdito consiste en un mero juicio del entendimiento. Pero en el legislador, se *entiende mejor* como un acto de la voluntad. Sin embargo, Suárez ha admitido que si en la ley se atiende la fuerza de mover en este modo, la ley es acto de la voluntad; mas si se considera en la ley la fuerza de dirigir a aquello que es bueno y necesario, entonces pertenece al entendimiento y parece consistir en el juicio práctico. Es decir, el príncipe, supuesto su decreto, juzga que tal cosa deben hacer cumplidamente sus súbditos. “El Derecho emitido, para Suárez —escribe Goldschmidt— es orden; el Derecho captado es juicio.” Para el escritor citado, Suárez anticipa así la solución a la controversia entre imperativistas y logicistas. Recaséns Siches ha visto esta conclusión:

<sup>58</sup> Suárez, Francisco: *loc. cit.*

<sup>59</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 5, núm. 7.

<sup>60</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 5, núm. 13.

<sup>61</sup> Cfr., Goldschmidt, Werner: *Filosofía, historia y derecho*, Buenos Aires, 1950, p. 130.



La ley considerada en el legislador supone además del momento intelectual, un acto de voluntad que obligue a quienes va dirigida. No puede decirse que sea esencial sólo el acto de entendimiento, o que lo sea únicamente el de voluntad. Debe, sin embargo, reconocerse que lo que inmediatamente eleva la ley a la categoría de tal es el momento de voluntad de quien la emite.<sup>62</sup>

Pudiera convenir la transcripción de los comentarios de Suárez a diversas definiciones de la ley, contenidas en el lugar clásico de la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino.

En I-2, q. 90, a. 1 afirma de Aquino: “La ley es una especie de regla y medida de los actos, por cuya virtud es uno inducido a obrar o apartado de la operación. La regla y medida de los actos humanos es la razón. La ley es algo propio de la razón.”

Suárez comenta en *De Legibus*, libro I, capítulo I, 1:

La descripción (de Tomás de Aquino) parece excesivamente amplia y general, pues según ella, la ley abarcará no sólo a los hombres o criaturas racionales, sino a todas las demás, porque todas las cosas tienen su regla y medida según la cual actúan y que las induce o retrae a obrar. Asimismo el término ley habrá de aplicarse no sólo al ámbito de la moral, sino también al de las artes, tanto de las buenas y honestas, como de las torpes y bajas, porque también las artes, sean lícitas o ilícitas, tienen sus reglas y medidas. Por fin, se desprende de tal definición que el consejo queda comprendido bajo el concepto de ley, porque es también una regla o medida. Ahora bien, la fe enseña que los consejos se distinguen de las normas y en consecuencia no pueden quedar comprendidos bajo la denominación de ley propiamente dicha.

Más adelante, Tomás de Aquino define la ley en I-2, q. 90, a. 4: “La ley no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad.” Suárez, en *De Legibus*, libro I, capítulo XII, 3., acepta la definición y la aclara, diciendo que:

en ella se establece en primer término a modo de género, el ordenamiento de la razón, que ha de tomarse en sentido activo y no pasivo, pues la ley ordena a los súbditos. Ahora bien, el ordenamiento activo proviene del legislador, y ese acto con el que ordena se denomina ordenamiento activo, que debe tener su origen en la razón. Este término, sin embargo, no se limita de suyo a un acto del entendimiento o de la voluntad, ya que el

<sup>62</sup> Recaséns Siches, Luis: *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 124.

ordenamiento puede darse en ambos. Lo que procede de la voluntad puede decirse de la razón, sea porque la voluntad es una potencia racional, sea, al menos, porque debe estar dirigida por la recta razón, en especial cuando se trata del otorgamiento de la ley.

En I-2, q. 91, a. 1. se lee: “La ley no es más que el dictamen de la razón práctica en el soberano que gobierna una sociedad perfecta.” El comentario de Suárez es extremadamente crítico, pues afirma en *De Legibus*:

Ambas definiciones (la de Tomás de Aquino y la de Alfonso de Castro) contienen las propias opiniones de quienes las formulan, cosa que ha de evitarse en lo posible, ya que una definición ha de ser una especie de primer principio y fundamento común a todos. Por su parte la primera definición (la de Tomás de Aquino) es sólo aplicable a la ley en cuanto existe en la mente del soberano.

El planteamiento tomista de la ley exige la descripción de las “causas” de ésta. En este tratamiento aparece manifiestamente la distancia entre Suárez y Tomás de Aquino, y la insistencia del primero en que la causa material o “sujeto en el que reside la ley” es la voluntad del legislador.

No sería correcto olvidar los matices de la argumentación tomista.<sup>63</sup> La ley es constituida por la razón práctica mediante el acto de imperio, (el que dice relación a la prudencia como “virtud” que dispone a la razón práctica para dirigir los actos humanos en orden al fin último), implicando la moción previa de la voluntad. No es un *acto* de la razón, sino un *producto* de ese acto. Es decir, se trata de las proposiciones universales imperativas de la razón práctica. La razón práctica no puede conocer sino mediante especies o ideas; el acto de imperio también produce esa especie o idea, que incluye un juicio mental que no es sólo enunciación sino juicio imperativo en orden a mover eficazmente los actos de otras potencias o personas. Se trata, en último análisis, de una proposición práctica. Tomás de Aquino ve que sólo la razón común o pública puede producir la ley (positiva), porque siendo una proposición no sólo indicativa sino imperativa debe proceder de la razón que pueda ordenar eficazmente hacia el “bien común” y sólo la persona pública, mediante la fuerza coactiva, puede ordenar eficazmente con miras al bien común. Así, es la prudencia gubernativa por su acto de imperio la que crea o produce las proposiciones universales que son las leyes.

<sup>63</sup> Vid., Soria, Carlos: *op. cit.*, *supra*, nota 13.

La razón práctica opera gradualmente, por lo que cabe distinguir preceptos primarios, secundarios y terciarios. La ley positiva ha de ser ubicada entre estas últimas. Los primarios se abstraen de los datos (inclinaciones) de la naturaleza humana. Las “inclinaciones” se distinguen en la naturaleza humana en cuanto sustancia (así, la conservación de la existencia), en cuanto animal (la unión de los sexos) y en cuanto características de su carácter racional (de ahí la sociabilidad, la virtud). Los principios resultantes (primeros principios) son conocidos por pura evidencia, sin necesidad de demostración, a diferencia de los principios terciarios, deducidos de esos y producidos por la razón práctica “revestida de ciencia moral y jurídica”.

*De Legibus ac Deo Legislatore* parecería mostrar la acentuación del concepto de ley frente al de derecho, lo que conduce a distinguir el uso del término “derecho” en Suárez.

Tomás de Aquino usó indistintamente *ius* y *lex* aun cuando postuló que la ley no es propiamente derecho sino la regla del derecho, existente en la mente al modo como existen las ideas ejemplares. Así, “derecho natural” (que no “ley natural”) es lo adecuado a otro según la naturaleza de las cosas, antes y por encima de toda determinación humana. El “derecho natural” como conjunto de normas es una parte de la “ley natural”; se refiere sólo a las cosas o actos que son debidos a otros.

La escuela de los teólogos-juristas españoles —observa Ramón Macía Manso— entiende dos acepciones principales del derecho (*ius*): derecho como ley y entonces *ius=lex*; o bien, derecho como lo justo: *ius=iustum*.

Los comentaristas modernos suelen distinguir dos concepciones diversas dentro del pensamiento escolástico: una que entiende lo justo como algo objetivo: la cosa justa, y otra que lo entiende como algo subjetivo: la facultad o poder legítimo de un sujeto. Tomás de Aquino —en la opinión de Macía Manso— sería el representante genuino de la primera concepción. La postura puramente subjetivista procede de la escuela franciscana. Si se prescinde de los presupuestos, pueden incorporarse elementos de la concepción subjetivista a la visión del derecho como lo justo en sentido objetivo. La escolástica española del XVI y XVII así lo hizo.

Toda la Escuela, siguiendo a Tomás de Aquino está de acuerdo en algo fundamental: el derecho es lo justo, el objeto de la justicia. Suárez sostiene que la ley realiza el derecho (que es el objeto de la justicia), sin que ése pueda existir fuera de aquélla.<sup>64</sup> Macía Manso recuerda algunas distinciones importantes: La justicia puede entenderse en acepción propia o impropia. Justicia en la acepción más impropia equivale a toda virtud; se equipara a la virtud en general, porque toda virtud

<sup>64</sup> Macía Manso, Ramón: *Derecho y justicia en Suárez*, Granada, 1968.

establece cierta equidad. Justicia en su acepción propia, es una virtud especial que se distingue de todas las demás. La justicia en sentido propio exige tres condiciones en la acción de dar a cada uno lo debido: alteridad, débito e igualdad. La alteridad significa relación entre personas. El débito se entiende como cosa debida. La igualdad se refiere a la igualdad en la deuda. Estas exigencias caben en la definición romana de la justicia: “La voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo que es debido.” Así acepta Suárez la definición.

La justicia comprende tres especies: la legal, la distributiva y la conmutativa. Si se considera al derecho como objeto de la justicia, habrá que distinguir el derecho objeto de la justicia conmutativa, el que es objeto de la justicia distributiva, y aquel, objeto de la justicia legal.

El derecho objeto de la justicia conmutativa, es el derecho propio y exacto o propio y riguroso. Esto porque el derecho en sentido propio exige relación entre personas, cosa debida e igualdad. En la justicia conmutativa, la relación se da entre personas privadas; la cosa se debe a una persona privada porque es suya y se da asimismo una igualdad especial.

El derecho objeto de la justicia distributiva es un derecho menos riguroso.<sup>65</sup> La relación se da entre la persona pública (república o Estado) y una persona privada. La cosa debida se debe a una persona, no absolutamente porque sea suya, sino relativamente, atendiendo a su capacidad y dignidad. Es distinto que una persona tenga derecho a una cosa que es suya propia, a que tenga algún derecho a una cosa común que no dejará de serlo. Por eso no existe ahí derecho en sentido riguroso, ni verdadero dominio.

El derecho objeto de la justicia legal, es también derecho, pues se trata de una relación entre personas (súbdito y Estado). El débito lo constituyen las acciones y los bienes de los súbditos. La cosa debida se debe al Estado sólo si lo exige el bien común y de ninguna manera para disponer de ella arbitrariamente.

El derecho en sentido propio y estricto, es decir, el derecho objeto de la justicia conmutativa, consiste en una potestad no física; concretamente en una potestad o facultad moral de un sujeto por la que se hace lícito el ejercicio de las facultades humanas acerca de una cosa mediante la libertad. La facultad moral se da en una persona y versa acerca de una cosa que le pertenece.

Ahora bien, el derecho como objeto de la justicia conmutativa —sigue diciendo Macía Manso— es un efecto moral del derecho-ley. Éste es su causa; para explicar aquél, nuestra atención comenzará dedicándose a

<sup>65</sup> Así lo califica Suárez.

ésta. El derecho-ley entraña una relación interpersonal, pues lo que permite a una persona o personas, prohíbe que lo impidan los demás. Así, la ley crea una relación entre personas. Dicha relación pasa de la causa (ley) al efecto (derecho). Efectivamente, pues, se dice que nota esencial en el derecho es su *alteridad*.

La ley crea el llamado clásicamente “débito”: los actos o cosa debida y la concesión o cosa concedida. Y, además, establece la igualdad de que la cosa debida por unos sea precisamente lo que se concede a los otros, a los que la atribuye como propia. La cosa debida y atribuida se llama la *cosa justa*.

Se destaca más el elemento *objetivo* cuando se enfatiza la cosa justa; el *subjetivo* se acentúa cuando se insiste en la persona que debe y en la persona acreedora, lo que podríamos llamar —escribe Macía Manso— “facultad justa”.

En la posición objetiva, la relación adquiere un sentido estático, como ordenación de cosas a la persona. Aun así, no puede olvidarse el elemento personal, pues se trata de la cosa debida *por alguien* y de la cosa propia *de alguien*. En la postura subjetiva la relación toma caracteres dinámicos ya que se mira ante todo la actividad de las personas. Sin embargo, no puede olvidarse el elemento objetivo, pues el deber versa sobre un *acto* o *cosa* determinada y la facultad es para hacer *algo*. Necesariamente es así porque toda ley es imposición de *algo* —elemento objetivo— a *alguien* —elemento subjetivo—, tanto si se considera la imposición como imperio de la razón (Tomás de Aquino, Vitoria, Soto, Molina) o como mandato de la voluntad (Alfonso de Castro, Suárez).

Pueden distinguirse fundamentalmente dos concepciones: la objetivista, según la cual el derecho es la misma cosa justa, y la subjetivista, para la que el derecho es la facultad o poder de un sujeto y depende de una voluntad subjetiva. Para que se den estas dos concepciones ha de partirse de determinados presupuestos. Una ley que *sea razón*, o al menos, contenga razón, hace posible la existencia de verdadera cosa justa en sí misma, determinada objetivamente. Y sólo la ley que es exclusivamente voluntad puede dar lugar a la concepción subjetivista. Efectivamente, si *lo justo* o derecho se produce por una ley que entraña razón, aquélla tiene un último fundamento objetivo. Los actos que manda y que pasarán a ser como efecto de la cosa debida y atribuida se determinan por la razón, que a su vez se determina por la realidad, ya sea del bien común o de la naturaleza del acto. Verdaderamente existiría cosa justa determinada o determinable objetivamente. En cambio, si lo justo existe por ley que *exclusivamente* contiene voluntad del legislador, ésta se determina en sí misma por la libertad y no reconoce otro fundamento o exigencias. Una tal concepción de la ley destruye la verdadera *cosa*

*justa*. A lo más, podría hablarse de *cosa legítima*, de *legítima*, de legitimidad o legalismo.

Si la ley contiene racionalidad, su efecto, el derecho, aunque se considere bajo el aspecto predominante de facultad o poder, no es puramente subjetivo, es decir, subjetivista, porque no depende de una voluntad arbitraria, sino que es *facultad justa*. Se dará facultad puramente subjetivista, es decir, *facultad legítima*, si la ley de donde emana es puramente voluntarista.

Macía Manso ha visto la discusión que nos ocupa cuando afirma que “el problema del objetivismo o subjetivismo en el concepto del derecho como objeto de la justicia, depende del problema del intelectualismo y voluntarismo en el concepto de la ley”.<sup>66</sup>

La concepción objetivista como “cosa justa” en sentido preferentemente estático u objetivo, no es incompatible con la misma concepción objetivista bajo su consideración dinámica o personal. Bajo unos mismos presupuestos pueden coexistir la *cosa justa* y la *facultad justa*. Esta es la línea de Suárez.

La ley, según Suárez, no es sólo voluntad. Por lo mismo, su efecto, el derecho, no es pura “potestad legítima”, en el sentido de puro subjetivismo arbitrario. Lachance —nos informa Macía Manso— ha atribuido a Suárez una concepción del derecho según la cual éste es la facultad moral sin más, lo que interpreta como sinónimo de mero querer o facultad libre. El querer subjetivo se exige en regla del obrar justo; la base objetiva de la moralidad queda sustituida por el simple querer de la voluntad.

Ockham atiende al sentido dinámico o subjetivo del derecho como “potestad lícita” (según ley) de poder actuar frente a los demás que quedan obligados a no impedirlo. Pero ni siquiera para Ockham se trata de la potestad libre de un sujeto. Esto sería un puro hecho, no sería derecho. Para ser derecho ha de existir potestad *según ley* (potestad lícita) y además esta potestad debe ser válida frente a los demás; en otro caso tampoco hay derechos por falta de relación bilateral interpersonal. Claro que en Ockham la ley es *esencialmente* voluntad del legislador y por eso la facultad concedida es en último término arbitraria, subjetiva del legislador.

Hay autores que han interpretado la doctrina suareciana afirmando que el derecho es “lo justo”, el objeto de la justicia y que es susceptible de una consideración objetiva o subjetiva y que a Suárez le gusta destacar sobre todo la última. Pero según Macía Manso esta postura se parece más a la de Vitoria que a la de Suárez. Para Vitoria el derecho es

<sup>66</sup> Macías Manso, Ramón: *op. cit.*,

“lo justo”, pero es también lo lícito por razón de una ley. Hay que advertir que en Vitoria “lo lícito” ha de ser igual a “lo justo”. “Lo lícito” es una facultad justa, pues la facultad o aspecto subjetivo del derecho equivale a dominio, pero que ha de ser creado por una ley racional. Según Suárez —así lo interpreta Macía Manso— la ley es inteligencia y voluntad en una determinada relación de primacía de la voluntad. Esto se explica por la concepción de la ley como ente moral, más exactamente como una *especifica causa moral pura*. (Es decir, una fuerza de una voluntad racional y libre). La ley como ente moral tiene su último constitutivo en la voluntad. Como causa moral pura formalmente es voluntad de obligar y, correlativamente, voluntad de permitir del legislador respecto de los súbditos. El efecto formal de la voluntad de obligar y de permitir es la obligación o necesidad moral y la “facultad moral”. Pero el ser moral en general exige como presupuesto que la voluntad recaiga sobre algo que previamente presente la razón consciente. Para el ser moral específico de la ley como causa moral pura, se exige que los actos que han de mandarse por la ley no sólo sean presentados racionalmente, sino que han de ser objetivamente buenos y objetivamente adecuados para el bien común, según indicación de la razón. En esto consiste la justicia de la ley y estos actos pasan a ser en su efecto el contenido de lo “debido” y de lo “atribuido” recíprocamente. Así pues, los actos objetivamente buenos que constituyen el objeto material sobre el que recae formalmente la voluntad del legislador de preceptuar o permitir, se traducen en su efecto constituido, el derecho en el objeto material de la facultad moral y de la necesidad moral. El derecho formalmente consiste en la “facultad moral” de una persona que tiene por objeto material lo que objetivamente es justo, la “cosa justa” o más explícitamente, es la facultad moral de una persona de hacer o no hacer algo respecto de lo que es suyo propio y sobre lo que otra persona tiene necesidad moral de adoptar una determinada conducta.

Vitoria mantiene una posición de equilibrio respecto de los sentidos objetivo o estático y subjetivo o dinámico. Para Vitoria —escribe Macía Manso— resultan ser efectivamente dos aspectos bajo los cuales puede considerarse el derecho como objeto de la justicia. El derecho formalmente es ambas cosas: cosa justa y facultad justa, según la consideración objetiva o subjetiva.

Soto y Suárez —afirma el multicitado Macía Manso— dentro de la línea objetivista ocupan posiciones antitéticas. Para el primero, el derecho consiste formalmente en “la cosa justa”, si bien ésta contiene “facultades justas” que no son formalmente el derecho, sino su contenido. Para Suárez, el derecho consiste formalmente en la *facultad moral* que tiene por objeto material la “cosa justa” que formalmente no es el derecho.

Soto considera esencial el sentido objetivo y estático; Suárez, el sentido dinámico y subjetivo, y Vitoria, los dos. No se justifica confundir en el problema a Suárez y Ockham. El franciscano propugna la concepción subjetivista y considera esencial el sentido subjetivo. Sostiene que el derecho es “facultad lícita” de hacer algo sin impedimento de los demás. Pero la facultad lícita de Ockham difiere de la facultad moral de Suárez. Facultad lícita es facultad que procede de la ley en cuanto es sólo voluntad. Facultad moral es facultad que procede de la ley que es inteligencia y voluntad en una determinada relación.<sup>67</sup>

Las precisiones anteriores han de utilizarse para entender la distinción de Suárez entre derecho natural y *lex naturalis*. Rommen la ha planteado<sup>68</sup> como sigue: la ley natural abarca todas las normas y los derechos y deberes que en ellas se basan y que se deducen de la idea apriorística de la naturaleza racional del hombre, de su fin natural y esencial, de la naturaleza de las cosas que le sirven y de la esencia de las formas naturales de la vida social. El derecho natural se refiere a las relaciones con los demás hombres; su esfera es la convivencia, ordenación y subordinación social con los derechos y deberes que de aquí se deducen con relación a los demás. Esto da a las normas del derecho natural un criterio distintivo: sólo la virtud de la justicia está en relación esencial con ellas, constituyendo esta virtud la correlación ética del derecho. Por consiguiente, pertenecerían al derecho natural todas aquellas normas de la ley ética natural que se refieren a la convivencia, ordenación y subordinación de la vida social humana, que, además (aquí la distinción frente a la ética social) están en relación esencial y específica con la virtud de la justicia.

<sup>67</sup> Suárez, Francisco: *De Legibus*, lib. 1, caps. 2 y 11.

<sup>68</sup> Rommen, Heinrich: *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 127.