

## LA JUSTICIA Y EL DERECHO POSITIVO

JUAN ALFREDO CASAUBON

Profesor titular de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de Buenos Aires y de Lógica y Gnoseología en la Universidad Católica Argentina.

Invirtiendo en cierto modo el orden expuesto en el título de esta conferencia\*, comenzaremos por determinar la esencia, los fines y los fundamentos del derecho positivo, para pasar luego a tratar de la justicia, y, por último, a las relaciones entre el derecho positivo y esa Virtud, cualidad o ideal.

### I – El derecho positivo. Su esencia.

El hombre es por naturaleza un "animal político" (Aristóteles, *Política*, 1,2,1253 a 2-5). Efectivamente, nace en tales condiciones de impotencia que necesita de sus padres no sólo para ser engendrado, sino también para subsistir luego y recibir por lo menos un mínimo de educación necesaria para la vida. Pero la familia no alcanza a cubrir todas sus necesidades, y por ello nacen la aldea y luego la ciudad (Arist., *Op. cit.* 1,2). Hasta allí se llegó en Grecia –por lo menos antes de Alejandro Magno – ; pero después los hechos mostraron que sus necesidades comunitarias no se detienen en la ciudad, sino que pasan a la sociedad civil, y en nuestros días están comenzando a hacerse más universales; tendiendo a formar – para bien o para mal– una comunidad internacional organizada.

---

\* El presente trabajo contiene el texto de la conferencia pronunciada por el autor en el "Curso sobre instituciones y justicia", organizado por la Facultad, en mayo de 1978.

Por ser social y político, el hombre es **coexistente**, y por lo tanto **co-actuante**. Dadas esa coexistencia y co-actuación sociales, sus acciones relativas a otro deben ser **coordinadas**. Sto. Tomás de Aquino, hablando de la justicia, usa precisamente esas palabras, diciendo: "Y por lo tanto, dado que la justicia se ordena a otro, no recae sobre toda la materia de la virtud moral, sino solamente acerca de las acciones exteriores y las cosas, según cierta razón especial de objeto, a saber, según que medianle aquéllas un hombre se **coordina (coordinatur)** con otro" (S. Teol. II-II, 58,8,c.). Esta coordinación puede darse directamente entre acciones humanas, o a través de las cosas que los hombres habitualmente usan.

Tal orden puede ser considerado en **dos estados o niveles**: 1) en las **conductas mismas** relacionadas; 2) en las **reglas o normas** que determinan imperativamente modelos de conductas, por lo cual son **regla y medida** de éstas. Por eso decía el Aquinate, a quien seguimos por su adecuación a la realidad: "...dado que la ley es cierta regla y medida, tiene una doble existencia. De un primer modo, en el mensurante o regulante. Y, dado que ello es propio de la razón, por lo tanto en este sentido la ley existe solamente en la razón. De un segundo modo, en el regulado y medido. Y de esa manera la ley existe en todos los que se inclinan a algo en virtud de alguna ley; y por eso cualquier inclinación proveniente de alguna ley puede llamarse "ley", no esencialmente, sino por cierta participación..." (S. Tomás, S. Teol., 1-11, 90,1, ad 1). Es decir, la ley propiamente dicha existe en la razón, como regla práctica —según veremos—; en la razón movida por la voluntad; en un segundo sentido, por participación, existe en las conductas normadas o reguladas. De manera que parece fútil la discusión entre normativistas y conductistas (esto último es propio de la teoría egológica del derecho). El derecho no es pura ley, ni tampoco mera conducta, así sea en interferencia intersubjetiva. La ley —según veremos— es cierta "razón" o causa del derecho; y la conducta, para ser derecho, debe ser considerada en relación a la ley, cuyo contenido se realiza en tal conducta en forma de cumplimiento de la prestación, o de sometimiento a la sanción.

El orden entre conductas —esa "rectitudo objectiva"— (Cfr. S. Tomás, S. Teol., II-II, 58,1, ad 2) es el "derecho objetivo" en la terminología tomista. Por eso dice el Aquinate: "...este nombre "derecho" fue primeramente impuesto para significar **la misma cosa justa**" (S. Teol., 11-11,57, ad 1). Debemos entender por "cosa justa" no sólo las cosas materiales, sino también las acciones u omisiones humanas, en su razón de debidas a otro. Por lo que el derecho objetivo en el tomismo viene a identificarse con la coordinación de conductas según norma, de que habláramos. No ignoramos que modernamente "derecho objetivo" significa solamente las normas; para el moderno sólo hay dos acepciones principales de la palabra "derecho": las normas o "derecho objetivo", y el derecho subjetivo o fa-

cultad jurídica. Pero hay allí sin duda cierta influencia del racionalismo y del idealismo. La "objetividad" de la norma es sólo una objetividad! ideal dado que la norma es una proposición de la razón práctica. En cambio, el derecho viviente es algo dado en la realidad de la sociedad; en la realidad de la interacción humana; y por eso es más propio llamar "derecho objetivo" al orden concreto entre seres humanos en sociedad. La ley o norma debe ser llamada —en un sentido derivado— derecho, sí, pero "normativo".

Es que el término "derecho" es análogo (ni unívoco, ni equívoco). Decía el Doctor Angélico que "es costumbre que los nombres pasen, desde su primera significación, a significar otras cosas: así como el nombre "medicina" primero fue impuesto para significar el remedio que se administra al enfermo para sanarlo; después dicho nombre fue llevado a significar el arte de la medicina. Así también, este nombre "derecho" (*ius*) primeramente fue impuesto para significar la misma cosa justa; después derivó a significar el arte por el que se conoce qué es lo justo- y posteriormente a significar el lugar en que se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien compareció "a derecho" (*in iure*) y después se ha llamado derecho a lo que da aquél cuyo oficio es hacer justicia, aunque lo que resuelva sea inicuo" (*S. Teol.*, 11-11, 57,1, ad 1).

Como se ve, la extensión analógica del término "derecho", en Santo Tomás, no abarca el derecho normativo ni el subjetivo. Pero no hay inconveniente en admitirlo, siempre que se recuerde que la norma, más que derecho, es la regla y medida del derecho; y que el derecho subjetivo se funda en el objetivo —esto es, en la "cosa misma justa" — y no a la inversa. Tengo derecho a algo porque ese algo **es derecho**; ese algo **no es derecho** porque tenga derecho a él. Así evitamos las desviaciones racionalistas-normativistas y las subjetivistas y excesivamente personalistas.

Ahora bien, ese derecho-coordinación de acciones humanas, se nos presenta ante todo a nosotros, animales racionales que comienzan su conocimiento por los sentidos, como **derecho positivo humano**.

Dice Santo Tomás de Aquino que ". . .el derecho, o lo justo, es cierta obra adecuada a otro según algún modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a algún hombre de una doble manera: de una manera, por la **naturaleza misma de la cosa**: como cuando alguno da tanto para recibir otro tanto. De otra manera algo es adecuado o conmensurado a otro por convención o común acuerdo: como cuando alguien se tiene por contento con recibir tanto. Lo cual puede hacerse doblemente. De un modo, por cierto convenio privado, como cuando se firma algún pacto entre personas privadas. De otro modo, por convención pública: como cuando todo el pueblo consiente en que algo se tenga como adecuado y conmensurado a otro; o como cuando lo ordena el gobernante (*princeps*),

que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa a su persona. Y esto es llamado derecho positivo".

Así llega Santo Tomás a la determinación de qué sea el derecho positivo a partir del derecho objetivo como "ipsa res iusta"; también llegará a él a partir de la noción de ley.

Sto. Tomás da la siguiente noción universal de ley: "**es cierta ordenación de la razón, para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad**" (S. Teol., I-II, 90,4, c). Esta definición, aunque analógica, esto es, aplicable proporcionalmente a toda clase de leyes: eterna, natural, positiva humana y positiva divina, ha sido sin duda originariamente pensada sobre el modelo de la ley humana positiva, la cual, por tanto, es el primer analogado en cuanto a nosotros, seres humanos, del concepto análogo de ley. También llama Sto. Tomás a la ley "proposición universal de la razón práctica" (S. Teol., 1-11, 90,1, ad 2) y asimismo "cierta regla y medida de los actos, según la cual se induce a alguno a obrar, O' se lo aparta de ello" (S. Teol., 1-11, 90,1, c) e incluso "dictamen de la razón práctica" (S. Teol., I-II, 91,3 c.).

En el pasaje de la **Suma Teológica**, I-II, 91,3 c, Sto. Tomás accede del siguiente modo al concepto de ley humana. Dice: "...así como en la razón especulativa, a partir de principios indemostrables naturalmente conocidos, se producen las conclusiones de las diversas ciencias, cuyo conocimiento no está impreso naturalmente en nosotros, sino que es hallado por industria de la razón; así también a partir de los preceptos de la ley natural, como a partir de ciertos principios generales e indemostrables, es necesario que la razón humana proceda a disponer algunas cosas más particulares. Y estas disposiciones particulares halladas por la razón humana, se llaman **leyes humanas**, dadas las demás condiciones que pertenecen a la esencia de ley, como más arriba (a.2-4) se dijo. Por lo cual Tulio (Cicerón) expresa, en su **Retórica (De invent, rethor., I, 2, c. 53)** que "el comienzo del derecho es proporcionado por la naturaleza; otras cosas se hicieron costumbre por su utilidad; posteriormente el miedo de la ley y de la religión sancionaron las cosas proporcionadas por la naturaleza".

Aquí se llaman leyes humanas a las disposiciones más particulares, obtenidas a partir de la ley natural, sin distinguirse los casos en que tal obtención se hace a modo de conclusión de un raciocinio y aquéllos en que se logra por determinación de lo más general a lo más particular. Pero en otro pasaje se distinguen esos dos modos de derivación (S. Teol., I-II, 95,2, c). Expresa allí el Doctor Común: "Debe saberse que a partir de la ley natural algo puede derivar de dos modos distintos: de un modo, como las conclusiones a partir de los principios; de otro modo, según ciertas determinaciones de algo general. El primer modo es similar a aquél por el cual en las ciencias se obtienen a partir de los principios conclusiones

demostrativas. El segundo modo es parecido a aquél que en las artes las formas comunes se determinan a algo especial: así como el arquitecto necesariamente determina la forma general de casa a éste o aquél tipo de casa. Por lo tanto, algunas cosas se derivan de los principios generales de la ley natural a modo de conclusiones, así como el "no debe matarse" puede derivar como una conclusión del "a nadie debe hacerse mal". Otros derivan a modo de determinaciones: así es que la ley natural determina que aquel que delinque (**peccat**) debe ser penado; pero que se lo pene con tal pena, ello es cierta determinación de la ley natural" ("determinación" en el sentido de particularización).

Agrega enseguida Sto. Tomás que "una y otra cosa se encuentra en la ley humana positiva (**posita**). Pero aquello que pertenece al primer modo, se contiene en la ley humana no a modo de algo meramente **puesto** por la ley, sino que también tiene algún vigor por ley natural. Pero lo que se obtiene del segundo modo, sólo tiene fuerza por ley humana" (**S. Teol.**, I-II, 95,2 c.).

De aquí se deriva la distinción entre la ley o derecho positivo "por accidente", y la ley o derecho positivo "de por sí". Es ley o derecho positivo "por accidente" aquello **cuyo contenido es de derecho natural**; pero que también ha sido sancionado y promulgado por los hombres. Es ley o derecho positivo "de por sí" aquello que es **indiferente en su contenido a ley natural**, pero que resulta obligatorio **porque** ha sido sancionado o promulgado por los hombres.

Demos algunos ejemplos: que el homicidio se pene; que el depósito deba devolverse; que el préstamo de dinero deba ser devuelto según un monto material o virtualmente idéntico; que en la locación deba pagarse alquiler, son disposiciones de ley positiva "por accidente", pues su contenido es justo por ley natural, por la misma "naturaleza de las cosas"; en cambio, que el homicidio se pene con tal o cual pena (dentro de ciertos límites), o que el tránsito deba hacerse por la derecha, son disposiciones de derecho positivo "de por sí".

Con esto se verá cuántas disposiciones de nuestros códigos son en realidad, por su contenido, de derecho natural, aunque revestidas de formas positivas; aunque no se trate por lo general de los primerísimos principios de la ley natural, sino de conclusiones próximas o alejadas, esto es, de lo que la escuela tomista, siguiendo a la tradición romana, llama "derecho de gentes" (no en el sentido de derecho internacional).

Por eso es un grave error concebir el derecho natural y el positivo como dos esferas cerradas y separadas: hay primeros principios de derecho natural que no son derecho positivo; hay conclusiones de derecho natural que a la vez son de derecho positivo; hay disposiciones de derecho positivo

que no son de derecho natural, y hay finalmente disposiciones de derecho positivo que son injustas. En nuestro trabajo **La teoría tricircular del derecho**, aparecido en **Jurisprudencia Argentina**, de Buenos Aires, así lo tratamos de demostrar recurriendo incluso a medios gráficos para mostrarlo mejor: un círculo representaba al derecho natural; otro, secante respecto del anterior, al derecho positivo y, un tercero, secante respecto del segundo al "derecho" injusto. De manera que parte del círculo del derecho natural quedaba fuera del derecho positivo; otra parte de aquel círculo superponía al de derecho positivo —y esa zona correspondía a lo que hemos llamado "derecho positivo por accidente" — ; el resto de la superficie del círculo de derecho positivo no se superponía al derecho natural —derecho positivo "de por sí" — , y finalmente parte del círculo del "derecho" injusto se superponía a parte del círculo de derecho positivo, abarcando un trozo del sector del derecho positivo "de por sí".

De manera que el derecho positivo "por accidente" no puede ser injusto porque su contenido es de derecho natural; en cambio, el derecho positivo "de por sí" puede ser justo o injusto.

Y aquí entramos al problema de si es posible sin contradicción hablar de un **derecho** injusto. Esta es una de las esferas de mayor divergencia entre las escuelas tradicionales de derecho natural y la casi totalidad de las modernas filosofías y teoría del derecho. Es claro que se trata, ante todo, de una cuestión de definición. Porque si definimos el derecho como "lo justo" entonces es evidente que no puede hablarse, al menos en el mismo sentido, de derecho injusto: esta última expresión equivaldría a la de "derecho torcido", esto es, a la de "derecho no-derecho", lo cual indudablemente es contradictorio; pero si definimos el derecho, ya no por la rectitud de su contenido, sino por otras notas como su vigencia fáctica o su validez puramente formal, o su carácter coactivo, etc., entonces es igualmente evidente que hay y que siempre ha habido derecho injusto.

La posición de Santo Tomás en esta materia es muy matizada, como veremos; su posición no tiene la rigidez de la de otros jusnaturalistas.

En primer lugar, hay textos tomistas que no dejan lugar a dudas de que la ley injusta es más una corrupción de la ley y del derecho, que auténtica ley y derecho. Transcribamos algunos de ellos: "... la voluntad humana, por una convención común, puede hacer que algo sea justo en aquellas cosas que de por sí no repugnan a la justicia natural. Y aquí tiene su lugar el derecho positivo <sup>1</sup>. Por lo que dice el Filósofo, en el **libro V de la Etica**, que lo justo legal es aquello que "al principio en nada difiere que sea así o de otro modo; pero cuando se pone, entonces difiere".

---

1 Se refiere aquí al "derecho positivo de por sí".

Pero —agrega el Aquinato— si algo tiene de por sí repugnancia al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana; como si se determinara que es lícito hurtar o cometer adulterio. Por lo que dice Isaías (10,1): ¡Ay de aquéllos que sancionan leyes inicuas! (S. Teol., 11-11, 57, 2, ad 2). Otro texto en el mismo sentido: "...la ley humana tanto tiene razón de ley cuanto sea según la razón recta (...) Pero en cuanto se aparta de la recta razón, es llamada ley inicua: y así no tiene razón de ley, sino de cierta violencia" (S. Teol., I-II, 93,3, c). Y también, "...como dice San Agustín en el Libro I de De lib. arb. (c.5), "no parece ser ley la que no es justa". Por lo que tanto tiene de ley como tenga de justicia (...) Por lo que toda ley humanamente puesta tanto tiene de ley cuanto se derive de la ley natural. Si, en cambio, discuerda en algo respecto de la ley natural, **ya no sería ley, sino corrupción de la ley**" (S. Teol., 1-11, 95,2, c).

Pero hay otros textos que atenúan —sin desvirtuarlas— las antedichas afirmaciones; y lo hacen recurriendo al instrumento de la analogía. En un texto ya citado por nosotros al principio de este trabajo, donde Santo Lomas estudia la primera significación del término "derecho", y luego su derivación a otras significaciones que solo guardan analogía con la primera, expresa que "finalmente se llama también derecho a aquello que da aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, **aunque lo que decida sea inicuo**" (S. Teol., II-II, 57,1 ad 1). Evidentemente, el autor se refiere aquí a las **sentencias injustas**, y sin embargo tolera que se las llame "derecho". En otro pasaje, el Aquinate se refiere a si es propio de la ley hacer buenos a los hombres, y dice allí: "Si la intención del que hace la ley tiende hacia el verdadero bien, que es el bien común regulado según la justicia divina, se sigue que por la ley los hombres se hacen buenos absolutamente hablando. Si, en cambio, la intención del legislador tendiera a aquello que no es bueno absolutamente hablando, sino útil o deleitable al legislador mismo, o repugnante a la justicia divina, entonces la ley no hace a los hombres buenos absolutamente hablando, sino relativamente, es decir, en orden a tal régimen" (S. Teol., 1-11, 92,1, c).

En otro texto manifiesta: "...la ley tiránica, como no sea según la razón, no **simplemente** ley, sino **más bien** una perversión de la ley. Y **sin embargo**, en cuanto **tiene algo de la esencia de ley**, tiende a que los ciudadanos sean buenos. No tiene esencia de ley sino **según que es dictamen de algún gobernante (praesidentis)** respecto de sus súbditos, y tiende a que los sometidos a la ley sean bien obedientes; lo que equivale a que sean **buenos**, no absolutamente hablando, sino en orden a tal régimen" (S. Teol., I-II, 92,1, ad 4).

Encontramos pues que, según Santo Tomás, puede llamarse derecho y ley al derecho y ley injustos **sólo por analogía**; la cual es en este caso analogía de proporcionalidad: el dictamen injusto es al bien deleitable o

útil, o al bien del gobernante, como el dictamen justo lo es al bien honesto de toda la comunidad. Por ello ambos pueden también ser llamados – por analogía– leyes, y puede –por analogía– llamarse derecho a lo que estatuyen para ser puesto en la realidad por la acción de los súbditos.

Hasta aquí llegamos en materia de la **esencia** de la ley y derecho positivos. Pasaremos ahora a determinar sus **finés**:

## II. – El derecho positivo. Sus finés.

Aunque de lo ya visto se habrá inferido que el fin del derecho positivo consiste en contribuir al bien común particularizando las normas demasiado genéricas del derecho natural, hay textos de Santo Tomás que muestran que no es posible reducir a ello los finés del derecho positivo, entendido ahora como ley humana positiva. Se pregunta primeramente Santo Tomás si existe alguna ley humana, y contesta positivamente, en texto ya citado (**S. Teol.**, I-II, 91,3, c) recurriendo a la también mencionada determinación o particularización de la ley natural. Pero más adelante justifica la existencia de la ley humana echando mano de otros argumentos, más "positivos" y más del gusto de la mentalidad jurídica actual, más o menos afectada casi siempre por el positivismo. Dice, efectivamente: "... en los hombres existe naturalmente cierta aptitud para la virtud; pero es necesario que el hombre llegue a la perfección de la virtud mediante alguna disciplina (...) Para esta disciplina difícilmente el hombre de por sí resulta suficiente. Porque la perfección de la virtud consiste principalmente en apartar a los hombres de las delectaciones indebidas, a las que los hombres están máximamente inclinados, y sobre todo los jóvenes, respecto de los cuales la disciplina es más eficaz. Y por lo tanto es necesario que tal disciplina, mediante la cual llegan a la virtud, los hombres la reciban de otros. Y en cuanto a aquellos jóvenes que son propensos a los actos de las virtudes, por una buena disposición de su naturaleza, o por la costumbre, o más aún por la ayuda divina, es suficiente la disciplina paterna, que se hace por admoniciones. Pero como existen algunos que son protervos y propensos a los vicios, que no pueden ser movidos fácilmente por palabras, fue necesario que por la fuerza y el miedo se abstuvieran del mal, paré que por lo menos, dejando así de hacer el mal, permitieran a los demás una vida tranquila, y en cuanto a ellos mismos, por la costumbre consiguiente, llegaran a practicar voluntariamente lo que antes cumplían por el miedo de la pena y por la disciplina de las leyes, y así se hicieran virtuosos. Tal disciplina, que constriñe por el miedo de la pena, es la disciplina de las leyes. Por lo cual, fue necesario para la paz y virtud de los hombres, que se dictaran leyes; porque, como lo dice el Filósofo en el L. I de su **Política** (C.1, n. 13), "así como el hombre, si es perfecto en la virtud, es el mejor de los animales; así, si está apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos"; porque el hombre tiene el arma de la razón para

satisfacer concupiscencias y crueldades; arma que no tienen los demás animales" (S. Teol., I-II, 95,2, c).

Vemos así que la más primitiva, aunque también la más necesaria – con necesidad de urgencia– función de la ley positiva humana, consiste en lograr cierta tranquilidad social mediante el miedo de la pena que las dichas leyes infligen a los hombres propensos al vicio y a la violencia.

Pero en esa su más rudimentaria misión, las leyes humanas positivas buscan sin embargo un fin más alto; un fin educativo; el lograr llevar a los hombres a la virtud, corrigiendo sus acciones al principio por el miedo, y después por el acostumbamiento. Este es uno de los modos que la ley positiva tiene para contribuir al bien común.

En otro texto insiste Santo Tomás sobre el problema de si el efecto de la ley humana es hacer buenos a los hombres. Y expresa: "... la ley no es otra cosa que un dictamen de la razón del gobernante, por medio del cual los súbditos son gobernados. La virtud de cualquier súbdito consiste en que se someta a aquél que lo gobierna: así como vemos que la virtud de los apetitos irascible y concupiscible consiste en que obedezcan bien a la razón. Y de este modo "la virtud de cada súbdito consiste en que se someta debidamente al gobernante", como dice el Filósofo en el L. I de la **Política**. A esto se ordena cada una de las leyes, a que sea obedecido por los súbditos. De donde resulta manifiesto que lo propio de la ley es inducir a los sujetos a ella a su propia virtud. Dado que la virtud es "lo que hace bueno al que la posee", se sigue que el efecto propio de la ley es hacer buenos a aquéllos para los que se da, **o absolutamente o relativamente hablando**". Y, según expusimos ya anteriormente, sigue diciendo: "Si la intención del que da la ley tiende al verdadero bien, que es el bien común según la justicia divina, se sigue que por tales leyes los hombres se hacen buenos absolutamente (**simpliciter**). Si en cambio la intención del legislador tiende a algo que no es bueno simplemente, sino útil o deleitable (...), o repugnante a la justicia divina; entonces la ley no hace simplemente buenos a los hombres, sino relativamente (**secundum quid**), a saber, **en orden a tal régimen**. Es así que el bien se halla incluso en lo que de por sí es malo: como cuando se llama a alguien buen ladrón, porque opera conformemente a tal fin" (S. Teol., I-II, 92,1, c).

Más adelante el Aquinate distingue entre el buen hombre y el buen ciudadano, diciendo: "...el bien de cualquier parte se considera en proporción a su todo, por lo que dice San Agustín en el libro III de las **Confesiones** (c. 8), que "es torpe toda parte que no es congruente con su todo". Dado que cada hombre es una parte de la ciudad, no es posible que un hombre sea bueno si no está bien proporcionado en relación al bien común; y el todo no puede tener buena consistencia sino por sus partes propor-

donadas a sí. Por lo cual resulta imposible que el bien común de la ciudad se halle debidamente, si los ciudadanos no son virtuosos, por lo menos aquéllos a los que corresponde mandar. Efectivamente, es suficiente, en cuanto al bien de la comunidad, que los demás sean virtuosos sólo en cuanto obedecen a los mandatos del gobernante. Y por ello dice el Filósofo en el L. III de la **Política** (c. 2, n. 6), que "es la misma virtud del príncipe y la del buen ciudadano; pero no es la misma la virtud de cualquier ciudadano y la de un hombre bueno" (**Ibid.** ad 3).

Por aquí se ve que el efecto bonificante de la ley hace buenos absolutamente a los ciudadanos en cuanto ciudadanos, cuando tiende al verdadero bien común; en caso contrario, los hace buenos sólo relativamente al régimen de que se trate.

En otro texto, Santo Tomás se refiere, en verdad, a la subsanación de defectos de la ley natural, o de su conocimiento por los hombres, por la **ley escrita divina** —esto es, por la ley Antigua, o del Viejo Testamento, y por la Ley Nueva, del Nuevo Testamento — ; pero nada impide aplicar analógicamente lo dicho a la ley positiva humana: "... se dice que la ley escrita fue dada para la corrección de la ley natural, o bien porque por la ley escrita se suplió lo que faltaba a la ley natural; o porque la ley natural, en algunos corazones, y en cuanto a algunas cosas, estaba corrompida en tanto que estimaban ser buenas cosas que naturalmente son males; y tal corrupción necesitaba de corrección" (**S. Teol.**, **94,5**, ad 1).

En otro texto, el Aquinate reconoce que no pertenece a la ley humana el reprimir todos los vicios, sino sólo los más graves para la sociedad: "La ley humana se dicta para la multitud de los hombres, en la que la mayor parte está formada por hombres **no perfectos en cuanto a la virtud**. Y por ello la ley humana no prohíbe todos los vicios, sino sólo los más graves, de los cuales es posible a la multitud<sup>1</sup> abstenerse; y principalmente aquéllos que son en daño ajeno, sin cuya prohibición no podría conservarse la ciudad humana, y es así como se prohíben por la ley humana los homicidios, los hurtos y cosas semejantes" (**S. Teol.**, **I-II**, **96,3**, c).

Con sumo realismo, Santo Tomás se acerca a aquello de que "el derecho es un mínimo de ética"; manda o reprime, por lo general, lo que afecta de un modo grave al bien común.

Asimismo, el Aquinate reconoce que la tarea educadora de la ley humana —de la que ya habláramos— debe cumplirse **gradualmente** y no súbitamente: "... La ley humana trata de inducir los hombres a la virtud de una manera no súbita, sino **gradualmente**. Y por lo tanto no impone a la multitud de los imperfectos aquello que es propio de los virtuosos, a saber, que se abstenga de todo mal. De otro modo, los antedichos imperfectos, no pudiendo soportar tales preceptos, estallarían en males peo-

res, como se dice en los **Prov.** 30,33: "Quien se suena demasiado fuerte, sacará sangre"; y en **Mt.** 9,17, se dice que: "Si el vino nuevo" —esto es, los preceptos de la vida perfecta— "se pone en odres viejos" —es decir, en los hombres imperfectos —, "los odres se romperán, y el vino se derramará", a saber, se despreciarán los preceptos, y los hombres, por ese desprecio, caerán en peores males" (**S. Teol.**, I-II, 96,3, c). No se podrá negar el realismo y hasta la visión moderna —evolutiva— que tiene el doctor medieval de la ley y el derecho humanos.

Señala luego el Aquinate cómo la ley humana es imperfecta con respecto a la ley natural; es decir, cómo no es posible transformar en derecho positivo todas las exigencias de la ley natural. Expresa: "... La ley natural es cierta participación de la ley eterna en nosotros: pero la ley humana es deficiente con respecto a la ley eterna. En efecto, dice San Agustín, en el L. I de **De lib. arb.**: "Esta ley que promulgan los gobernantes de las ciudades concede y deja impunes muchas cosas que son sancionadas por la divina providencia. Pero no porque (la ley humana) no lo haga todo, debe desaprobarse lo que hace". Por lo que asimismo la ley humana no puede prohibir todo lo que prohíbe la ley natural" (**S. Teol.**, I-II, 96,3, ad 3).

Por aquí se ve que la ley eterna rige todos los movimientos de los entes creados —racionales o no —; la ley natural es una participación de la ley eterna en la creatura racional, pero referente a la totalidad de la conducta moral; mientras que la ley humana sólo regula las acciones exteriores — sociales— de los otros, buscando un mínimo de paz y de orden en la social convivencia. Y por aquí vemos que el sólido jusnaturalismo de Santo Tomás es mucho más realista y flexible que el de otros jusnaturalistas, incluso que el de no pocos que se proclaman tomistas.

Finalmente, se da cuenta el Santo Doctor que la ley humana, así como no puede ni debe reprimir todos los vicios, tampoco puede exigir todas las virtudes (Algo de esto se vio ya, "supra"). Expresa Santo Tomás: "...las especies de virtudes se distinguen según sus objetos, como resulta de lo dicho más arriba (q.54, a.2; q.60, a. 1; q.62, a.2). Mas todos los objetos de las virtudes pueden referirse, o al bien privado de alguna persona, o al bien común de la multitud: así como aquello que pertenece a la fortaleza puede ser ejecutado por alguien, o para la conservación de la ciudad, o para conservar a un amigo suyo; y lo mismo ocurre con las demás virtudes. La ley, empero, como se ha dicho (q.90, a.2), se ordena al bien común. Y por lo tanto no existe ninguna virtud cuyos actos no pueda preceptuar la ley. Pero sin embargo la ley humana no prescribe todos los actos de todas las virtudes: sino sólo aquéllos que son ordenables al bien común, ya inmediatamente, como cuando se hace algo directamente por el bien común; ya mediatamente, como se ordenan por el legislador algunas cosas que pertenecen a la buena disciplina, por las cuales los ciudadanos son informados

para que conserven el bien común de la justicia y de la paz" (S. Teol., I-II, 96,3, c).

Resumiendo, pues, los fines de la ley humana positiva son: a) amenazar con penas positivas al propenso al delito; b) prohibir los vicios más graves que afecten a los demás y al bien común; c) prescribir algunos actos de las virtudes, a saber, también, aquellos más necesarios al bien común; d) proceder en ello gradualmente, como en una paulatina labor educativa de la multitud; e) no excederse en la imposición de la virtud, para no provocar reacciones peores; f) completar a la ley natural en lo que ésta sea defectuosa por su demasiada generalidad o por su olvido por los hombres; g) sancionar con penas positivas contenidos gravemente contrarios a la ley natural, y promover positivamente conclusiones extraídas de los primeros principios de dicha ley.

### III. – El derecho positivo. Sus fundamentos.

En muchos de los textos transcritos se hace ya alusión al derecho natural, o a la ley natural, e incluso en una ocasión a la ley eterna. Nadie duda de que Santo Tomás fundamentó el derecho positivo en el natural, y a éste en la ley eterna. Pero queremos ver nosotros si ello puede justificarse, partiendo, no como debía hacerlo el teólogo, de la ley eterna para pasar a la natural, y de ésta a la humana, sino siguiendo el procedimiento inverso, como debe hacerse en filosofía. Pues debemos partir de lo que es más próximo a nosotros, y por nosotros más conocido; y elevarnos después a lo que es primero en sí. Y lo haremos doblemente: partiendo primero del derecho positivo –en el sentido estricto de la palabra "derecho", es decir, del acto u omisión justos absolutamente hablando o en relación a cierto régimen–; y después de la ley positiva.

Partamos, pues, del derecho positivo en el primer sentido indicado. Pareciera que algunos positivistas pensarán que el legislador humano puede ser absolutamente libre en el escoger los contenidos del derecho positivo, como si legislara, no para ¡hombres, sino para una materia amorfa e indefinidamente maleable. Pero no es así.

En primer lugar, el derecho es derecho entre hombres, dotados de una naturaleza peculiar, cambiante en lo accidental, pero no en lo esencial; en segundo lugar, esos hombres viven en un contorno cósmico que no pueden cambiar esencialmente a **voluntad**; en tercer lugar, los hombres viven también en sociedad, y ésta **tiene leyes** inmanentes que tampoco son alterables a capricho de **legislador alguno**.

En cuanto a lo primero, **no podría** el legislador desconocer absolutamente la tendencia a conservar su **vida**, que es propia del hombre-, no podría autorizar **ni** menos mandar el homicidio indiscriminado; tampoco

podría desconocer absolutamente la tendencia humana a la vida sexual en uniones más o menos regulares, ni a educar, al menos en un primer estrato, a sus hijos; asimismo, tampoco podría desconocer por mucho tiempo la tendencia del hombre a conocer la verdad, remontándose hasta sus últimos fundamentos, ni a vivir en sociedad.

Pues bien, éstas son precisamente las tendencias radicales humanas que Santo Tomás reconoce como dando contenido a la ley natural: "...Dado que lo bueno tiene razón de fin, y lo malo de lo contrario, por ello es que la razón aprehende naturalmente como bueno, y como debiendo ponerse por obra, todo aquello hacia lo cual el hombre tiene una inclinación natural. El orden de los preceptos de la ley natural sigue al orden de las inclinaciones naturales. Existe primero en el hombre una inclinación hacia el bien que le es común a todas las sustancias: en cuanto, a saber, toda sustancia apetece<sup>2</sup> la conservación de su existencia según su naturaleza.

Y de acuerdo a esta inclinación, pertenecen a la ley natural todas aquellas cosas por las que se conserva la vida humana, y se impide lo contrario. En segundo lugar, existe en el hombre una inclinación a algunas cosas más especiales, según aquello que su naturaleza comunica con la de los demás animales. Y de acuerdo con esto, se dice ser de ley natural "lo que la naturaleza enseñó a todos los animales" (**Dig.**, L.I, tít. I), como es la unión del varón y la mujer, la educación de los hijos y cosas semejantes. En tercer lugar, existe en el hombre una inclinación al bien que es según la naturaleza de la razón, que le es propia: y así el hombre tiene una inclinación natural a conocer la verdad acerca de Dios, y a vivir en sociedad.

Y de acuerdo con esto, pertenece a la ley natural lo que atañe a tal inclinación: a saber, que el hombre evite la ignorancia; que no dañe a aquéllos con quienes debe convivir, y demás cosas semejantes que se refieren a esto" (**S. Teol.**, I-II, 94,2, c).

No creemos que sea posible ninguna legislación que viole, siempre y sistemáticamente, y para todos, estas connaturales inclinaciones del ser humano.

En segundo lugar, según dijimos, tampoco puede el legislador humano olvidar que el hombre vive rodeado por cierta naturaleza cósmica de la que necesita para ser y para vivir. No podría obligarse a todo hombre a no comer, a no tomar agua, a no recibir el calor ni la luz del sol. Asimismo, y para ello está la moderna ecología, no puede el hombre romper, mediante un exceso de industrias, el "habitat" natural del hombre, que requiere algo de campo, algo de verdor, aguas no contaminadas, no ser ahogado por el humo y el "smog". Menos aún podría obligarse al

---

2 El término "apetece", en cuanto aplicado a las sustancias no dotadas de conocimiento, tiene un sentido solamente metafórico; equivale a "tender a".

hombre a volar sin aparatos, a atravesar paredes como el cuerpo resucitado de Jesucristo, a no respetar las leyes de inercia y de gravedad, etc.

En tercer lugar, vive el hombre en un contorno social. Por ello es inconcebible una legislación que lo mande no obedecer nunca a la autoridad; dañar siempre al conviviente; no respetar nunca ninguna distribución de bienes en propiedad o uso; no someterse a regla alguna en su conducta sexual y la generación de hijos, etc.

Creemos que queda demostrado que el derecho positivo debe respetar, al menos en sus exigencias primordiales y más generales, la naturaleza humana, su inserción en un mundo corpóreo y su paralela inserción en un mundo social. ¿Cómo sostener entonces, cual los positivistas y neokantianos, que la **materia** del derecho es siempre indiferente para la **forma** del derecho? Si el derecho es en alto grado un fenómeno natural -cultural-natural— ¿cómo no deberá fundamentarse en un derecho natural?

Por eso decía Santo Tomás: "...la voluntad humana, por una convención común, puede hacer que algo sea justo (derecho) en aquellas cosas que de por sí no tienen ninguna repugnancia a la justicia natural. Y esto tiene lugar en el derecho positivo (...) Pero si algo tiene de por sí repugnancia al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana: como si se dispusiera que es lícito hurtar o cometer adulterio" (S. Teol., 11-11, 57,2, ad 2). Ya habíamos citado este texto con otro motivo, al principio.

Según su mayor o menor grado de "naturalidad" distingue también Santo Tomás lo que podríamos llamar "derecho natural primario" del que podría denominarse "derecho natural secundario" o de gentes (no en el sentido de derecho internacional). Y, así, dice en un pasaje de la Suma Teológica: "...como se ha dicho (a2), el derecho, o sea lo justo (**ius sive iustum**) natural es aquel que por su naturaleza es adecuado o conmensurado a otro. Mas, esto puede ocurrir de dos modos. De un modo, según su absoluta consideración: así como el varón, por su esencia, tiene una conmensuración respecto de la mujer para engendrar de ella, y la madre la tiene respecto del hijo para nutrirlo. De otro modo, algo está naturalmente conmensurado respecto de otro, no según su esencia absolutamente tomada, sino según algo que se sigue de él: por ejemplo, la propiedad de las posesiones. Si, en efecto, se considera este campo absolutamente, no tiene nada que indica que deba ser de éste o de aquél; pero si se lo considera en cuanto a la oportunidad de **cultivarlo** y en cuanto a su uso pacífico, según ello tiene cierta conmensuración a que pertenezca a uno y no a otro, como se evidencia por **el Filósofo** en el L.II de su **Política**" (S. Teol., 11-11, 57,3, c).

Digamos de paso que el antedicho texto no consagra al comunismo positivo como de derecho natural primario; el Aquinate se limita a decir

que las tierras, de por sí, nada tienen por lo que deban pertenecer a éste o a aquél; pero que sí conviene que, para su mejor cultivo y pacífico uso, haya propiedad privada, lo cual es de derecho de gentes, no de derecho natural primario. Y por no ser de derecho natural **primario**, los escolásticos decían que ante un estado de necesidad "todas las propiedades son comunes".

Ahora intentemos probar la necesidad de la existencia de un derecho natural a partir de la noción de ley positiva humana. Sabemos que el positivismo, representado en este caso por Kelsen, funda la validez de algo como derecho en su famosa **pirámide jurídica**. Tal sentencia o disposición administrativa son derecho porque se fundan en una ley; esta ley es derecho porque se funda en la Constitución; esta Constitución es derecho porque ha sido dictada de acuerdo a lo prescrito en una Constitución anterior, y así sucesivamente, hasta llegarse a una Constitución originaria antes de la cual no hay ley ninguna positiva que la convalide. Para no confesar que en una perspectiva positivista el derecho se reduce, en último término, al hecho, tiene Kelsen que acudir a un **puro postulado**, no del campo del derecho sino del de la ciencia del derecho: "Hay que obedecer al legislador originario". Pero como él mismo reconoce, esta no es una ley puesta sino solamente supuesta; en el fondo, una ficción justificadora. Lo mismo cuando dice que un régimen es legítimo si es internacionalmente reconocido como tal; lo cual remite al problema de por qué es legítimamente este hecho.

En cambio, en el jusnaturalismo tomista podría hablarse de una pirámide jurídica mucho más consistente y sólida, como trataremos de mostrar. Una sentencia o decisión administrativa son derecho si están de acuerdo, por su forma y contenido, con una ley; una ley es derecho si lo está con una Constitución, en sentido lato (escrita o consuetudinaria); y una Constitución —supongamos, la primera Constitución de un pueblo— es derecho si está de acuerdo con la ley natural o si al menos no la contradice. Así se funda lo jurídico en algo jurídico, y no en un mero hecho originario.

Y si se dice ¿por qué vale jurídicamente la ley natural?, cabe dar una respuesta ontológica y otra gnoseológica. Ontológicamente, la ley natural vale porque es expresión de los dinamismos naturales y perfectivos del ser humano, que tienden hacia el bien, así como la inteligencia tiende hacia el ser. A su vez, tales dinamismos son impresión en nosotros de una moción trascendente, creadora y conservadora, cuya eterna regulación lleva el nombre de ley eterna, esto es, "la razón de la divina sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y mociones" (S. Teol., I-II, 93, 1, c).

Gnoseológicamente, vale la ley natural porque no es una ley creada por nuestra mente, cambiante y falible, sino como una luz que la ilumina

desde dentro; luz que es impresión en nosotros de la Inteligencia divina. Por eso la ley natural, dice Santo Tomás, no es sino una "participación de la ley eterna en la creatura racional" (S. Teol., I-II, 91,2, c).

En cuanto a la ley eterna misma, dice el Aquinate, "...como se ha dicho más arriba (q.90, a.1, ad 2; a.3-4), la ley no es otra cosa que cierto dictamen de la razón práctica en el príncipe que gobierna alguna comunidad perfecta. Mas es manifiesto, como se lo ha probado en la **Primera Parte** (q.22, a. 1,2), que toda la comunidad del universo es gobernada por la razón divina. Y por lo tanto, el mismo plan de la gobernación de las cosas en Dios, existente como en un gobernante de todas las cosas, tiene razón de ley. Y dado que la razón divina no concibe nada en el tiempo, sino que posee un concepto eterno, como se dice en los Prov. 8,23, por eso es que es conveniente llamar eterna a esta ley" (S. Teol., I-II, 91,1, c).

Pero nótese que en filosofía no se deduce de la ley eterna, postulada como un principio, la ley natural, ni de la ley natural la positiva humana – ese es el orden de emanación del ser, no el orden de ascensión del conocimiento humano – , sino que al revés, buscando el fundamento último de la ley positiva humana, se descubre la ley natural, y buscando el fundamento último de ésta, se halla la ley eterna. Por supuesto que, como Santo Tomás lo reconoce, esto supone normalmente demostrada la existencia de Dios y de su providencia; pero cabe preguntarse si no sería –la fundamentación jurídica ascendente– a su modo y a su vez, cierta demostración de la existencia de Dios, porque, según vimos, partimos del dato de la ley humana; para fundamentar su validez en algo más que un hecho, desembocamos en la ley natural, y para fundamentarla a ésta también en algo más que en un hecho, ascendemos a la ley eterna, que se identifica con Dios.

Sólo así el **deber ser** puede fundarse en algo que, siendo **ser**, es también **deber ser**, porque en Dios hay identidad de voluntad y norma, de razón y verdad, ya que sólo El es la **identidad subsistente de esencia y existencia**.

Y por eso también Santo Tomás concluye que toda ley se deriva de la eterna, diciendo: "...la ley implica una cierta razón directiva de los actos hacia su fin. Por lo cual, en todos los gobernantes vemos lo mismo: que la razón o plan de la gobernación se deriva desde el principal gobernante hacia los secundarios: así como la razón o plan de lo que debe hacerse en una ciudad se deriva del rey mediante un precepto dirigido a los administradores inferiores. Y en las cosas artificiales, asimismo, el plan racional de los actos artificiosos, se derivan desde el arquitecto hasta los artifices inferiores, que operan manualmente. Como la ley eterna es la razón de la gobernación en el supremo gobernante, es necesario que todas las razones o planos racionales de gobernación que existen en los

gobernantes inferiores **deriven de la ley eterna**. Estos planes racionales de los gobernantes inferiores son ciertas otras leyes, distintas de la eterna. Por lo cual todas las leyes, en cuanto participan de la recta razón, derivan de la ley eterna. Y por eso es que San Agustín dice, en el L.I dé **De lib. arb.** (c.6), que «en la ley temporal nada es justo y legítimo que no se derive de la ley eterna a lqs hombre» (**S. Teol.** I-II, 93,3. c).

Para terminar este punto comparemos, con Santo Tomás, el proceso de la razón práctica con el de la especulativa. Dice el Aquinate: "...los preceptos de la ley natural son a la razón práctica lo que los primeros principios de las demostraciones son a la especulativa: son ambos ciertos principios de por sí evidentes. Se llama a algo de por sí evidente de dos modos: de un modo, en sí mismo; de otro modo, para nosotros. En cuanto a lo primero se llama de por sí evidente a cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la razón del sujeto; pero ocurre que para el que ignora la definición del sujeto, tal proposición no será de por sí evidente (**per se nota**). Así ocurre con esta proposición "El hombre es racional", que es evidente por su naturaleza, porque quien dice hombre, dice racional; y sin embargo para el que ignore la definición de hombre, tal proposición no es de por sí evidente. Y por eso es que, como dice Boecio en su libro **De hebdomad.** (M.L., 64,1311), hay algunos axiomas o proposiciones que son de por sí evidentes para todos, como lo son aquellas proposiciones cuyos términos son conocidos por todos, como "Cualquier todo es mayor que alguna de sus partes", y "Dos términos idénticos a un tercero son idénticos entre sí". Pero algunas proposiciones son de por sí evidentes sólo para los que saben, los cuales entienden qué significan los términos de dichas proposiciones: así ocurre que al que entiende que el ángel no es cuerpo, le es de por sí evidente que no se halla circunscriptivamente en un lugar, lo cual no es manifiesto para los rudos, que no alcanzan a comprenderlo.

En aquellas verdades que caen bajo la aprehensión de todos, se encuentra cierto orden. Lo que primero cae bajo la aprehensión es el ente, cuyo concepto se incluye en todo lo que se aprehende. Y por lo tanto el primer principio indemostrable es el de que "no se puede simultáneamente afirmar y negar", lo que se funda sobre la razón de ente y de no ente; y sobre tal principio todos los demás se fundan, como se dice en el L.IV de la Met. Así como el ente es lo que primeramente cae en la aprehensión simplemente tal, del mismo modo el bien es lo que primero cae en la aprehensión de la razón práctica que se ordena a la obra: en efecto, todo el que obra, obra por un fin, que tiene razón de bien. Y, por lo tanto, el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón de bien, razón que es "Bueno es lo que todos apetecen". Por lo tanto, este será el primer principio de la ley, a saber: que debe hacerse lo bueno y evitarse lo malo. Y sobre éste se fundan

lodos los demás preceptos de la ley natural: de suerte que todas las cosas que deben hacerse o evitarse tendrán carácter de preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos" (S. Teol., I-II, 94,2. c). Y por aquí se conecta este texto con el ya transcrito de la fundamentación de los preceptos de la ley natural en las radicales tendencias del ser humano.

#### IV – La justicia: como virtud, como cualidad y como ideal

En la moderna filosofía del derecho se suele decir que **la justicia es el objeto del derecho**, mientras que Santo Tomás y su escuela sostenían que **el derecho es el objeto de la justicia** (S. Teol., 11-11, 57,1, c).

Pero la virtual contradicción o contraposición es sólo aparente, pues en esas expresiones no se toman en el mismo sentido los términos "justicia", "objeto" y "derecho".

En la tesis moderna "justicia" significa el ideal de una comunidad éticamente organizada (Cfr. Stammler); "objeto" significa fin, y "derecho" alude a un conjunto de normas. Por eso la expresión moderna citada "supra" puede ser traducida de la siguiente manera: **"El fin del orden normativo es lograr una comunidad éticamente organizada"**. Si recordamos ahora que uno de los fines de la ley positiva era para Santo Tomás el de llevar a los hombres, vivientes en comunidad, hacia la virtud, de un modo gradual, hasta lograr una comunidad de ciudadanos no sólo relativa, sino absolutamente perfectos, entonces veremos que no hay contradicción entre el ideal jurídico moderno y el tomista, aunque sí la existe en el modo de concebir la virtud, pues para los modernos ella reside en la libertad ("comunidad de hombres librevolentes", decía Stammler), mientras que para el tomista la libertad es sólo un medio; y la virtud, globalmente tomada, consiste en enderezar a los hombres, mediante una perfección interna, hacia el bien y la verdad objetivas.

Por su parte, en la expresión tomista "el derecho es el objeto de la justicia", "derecho" significa el acto justo relativo a otros; "objeto" no significa fin, sino cosa o materia sobre la que recae el acto de virtud; y "justicia" alude a la virtud; moral que consiste en la disposición constante de dar a cada uno lo suyo.

Por "justicia", pues, podemos entender: a) **una virtud moral**; b) **una cualidad**, aquella por la cual el acto exterior es justo, es decir, conmensurado a otros; también cabría llamarla un **valor**, y, c) un fin o ideal, el de la **comunidad justa**, que sería imposible sin hombres justos.

Analicemos estos tres aspectos de la justicia.

**La justicia como virtud:** Para el tomismo toda virtud es un "hábitus",

esto es, algo que se tiene ("habet"), una disposición permanente para realizar actos buenos y para hacer bueno al que la posee. Las virtudes pueden ser **intelectuales** o **morales**: las primeras perfeccionan en orden al conocer como la ciencia o la sabiduría subjetivamente consideradas; las virtudes **morales**, en cambio, perfeccionan en orden al obrar. Aunque hay una que es a la vez intelectual y moral: la **prudencia**. Son conocidas las cuatro virtudes morales cardinales: la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. Circunscribámonos ahora a la justicia.

Primero establece Santo Tomás la relación entre esta virtud y el derecho, en el sentido ya indicado: "... la justicia tiene como propio entre las demás virtudes el ordenar el hombre en aquello que dice relación al otro. Importa por tanto cierta igualdad, como lo muestra su mismo nombre: vulgarmente se dice que dos cosas se "ajustan", cuando se adecúan. Mas la igualdad es con relación a otro. Las demás virtudes perfeccionan al hombre sólo en aquello que le conviene en sí mismo.

"De esta manera, aquello que es recto en las obras de las otras virtudes, hacia lo que tiende la intención de la virtud como hacia su propio objeto, no se toma sino en comparación al que obra. En cambio, lo recto que existe en las obras de la justicia, aún hecha abstracción del agente, se constituye por comparación a otro: se dice ser justo en nuestras obras aquello lo cual corresponde a otro según cierta igualdad, como por ejemplo, el pago del debido salario por un servicio suministrado. Así, por tanto, se llama justo a algo que tiene la rectitud de la justicia, y en lo que termina la acción justa, **aún no considerado de qué modo lo haga el agente**. Pero en las demás virtudes no se determina algo como recto sino según lo haga el agente. Y por esta razón, la justicia, entre las demás virtudes se determina según un objeto propio, que se llama lo justo. Y esto es el derecho. Por lo cual es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia" (S. Teol., 11-11, 57,1, c).

La diferencia, pues, entre las demás virtudes morales y la justicia, reside en que en las primeras es condición esencial que su acto sea hecho con buena intención; mientras que las obras de la justicia pueden tener la cualidad objetiva que emana de ésta virtud —esto es, la rectitud objetiva o cualidad de "lo justo" —, sin ser hechas sin embargo con una intención buena: así, el que paga su deuda, cumple con la justicia, aunque lo haga por temor a la sanción, y no por rectitud moral.

Indudablemente, un acto de **virtud moral** no puede ser tal sin rectitud interior, y en ello no es excepción la justicia: un acto exteriormente justo no basta para que el que lo pone obre con virtud de **justicia**, aunque su obra, en sí misma considerada, sea objetivamente justa. Lo que ocurre entonces es que en la justicia, el término medio eminencia! en que toda virtud consiste según Aristóteles, es ante todo un "médium

rei", un medio real u objetivo: **lo que** debo dar a otro o respetar en otro; pero para que haya justicia en sentido **moralmente pleno** se requiere también rectitud de intención en el que obra.

Esto permite una cierta **autonomía** —no digo una separación — del derecho dentro de la Ética; los teólogos y los moralistas, como Santo Tomás, es lógico que encaren el derecho a partir de la virtud de la justicia; pero un puro jurista debería encararlo desde el derecho mismo objetivo primeramente, como acto exterior relativo a otro que en si lleva encarnada la cualidad o valor "justicia", aunque no sea emanado de un acto virtuoso de justicia subjetiva.

**Y con esto pasamos a estudiar a la justicia como cualidad.** Dice el Aquinate que la justicia **no es esencialmente rectitud** (objetiva, se entiende) sino **causalmente**; es, en efecto, un hábito según el cual alguien quiere y opera **rectamente**" (S. Teol., 11-11, 58,1, ad 2).

Hay que distinguir pues, como dijéramos, la rectitud interior del justo de la rectitud exterior que tiene, sí, el acto del justo; pero que por accidente, aunque con frecuencia, **la tiene también** el acto del que no es interiormente justo: el que cumple con otro por temor a la sanción, o por el qué dirán, o de alguna manera forzado.

Esta **rectitud objetiva**, la justicia como **cualidad o valor por el cual** es justo un acto que da a otro lo que de él es, es el punto central de mira del derecho estudiado desde el derecho mismo. En filosofía jurídica deben estudiarse en función de él todos los demás aspectos jurídicos: el derecho como norma, el derecho como facultad y la misma justicia **como virtud**. Sin embargo, como veremos, no debe dissociarse kantianamente demasiado la moral y el derecho, porque, como dijimos ya, uno de los fines de la ley positiva es hacer virtuosos a los hombres, no sólo por el cumplimiento exterior de sus obligaciones, sino también por una rectificación anímica. Sería absurdo creer en la posibilidad de una comunidad justa en la que "un número determinante" de componentes sean interiormente injustos e inmorales.

**La justicia como fin o ideal:** Dijimos que un tercer sentido de la palabra "justicia" es el de fin o ideal de las leyes.

Para la mentalidad moderna, esa justicia consiste o en una perfecta libertad de los hombres convivientes (ideal liberal) o en una perfecta igualdad económica, y como consecuencia jurídica, política, etc., de los mismos (idea socialista).

Incluso el comunismo marxista, aunque parece buscar un futuro y supuesto bien común sin parar mientes en los atropellos contra las perdonas que para ello sería necesario, es también-, como el liberalismo, "perso-

nalista"; busca en el último término la exaltación del individuo como hombre liberado de toda traba; el hombre en que individualidad y socialidad coinciden: la **Gattungswesen** o esencia genérica del hombre del mañana; el hombre dios de sí mismo, como decían Feuerbach y Marx; la perfecta anarquía final, con desaparición del derecho y del Estado.

En cambio, el tomismo —y coincidimos también aquí con él— da como fin a toda ley el **bien común**, no un bien individual; pero como lo ha puesto de manifiesto Charles de Koninck en su obra **La primacía del bien común contra los personalistas**, el verdadero bien común no es un bien ajeno a las personas; es el mejor bien de las personas.

Es que el ser humano está abierto por su inteligencia a la totalidad del ente; y por su voluntad a la totalidad de lo bueno; de allí que, al captar por la inteligencia el ente-verdad objetiva, capta personalmente algo que de por sí es común; y que al tender mediante su voluntad a lo bueno real y objetivo, tiende mediante ella, personalmente, a algo que es común: la verdad y el bien ontológicos son bienes comunes. Y al mismo tiempo su posesión es lo máximamente perfectivo de los hombres individuales.

Por eso decíamos en otro trabajo <sup>3</sup>, aparecido en la revista **Ethos** (nº 2/3), del Instituto de Filosofía Práctica de la Capital Federal, que para nosotros el **bien común político** comprende tres clases de bienes, de los cuales los de la primera son los que merecen con máxima propiedad del nombre de bienes comunes. A saber: 1º) Los que llamamos **bienes comunes participabas**. De ellos puede participar toda persona sin división ni distribución alguna del bien común respectivo (precisamente por la recién nombrada apertura universal-objetiva del hombre al ente y al bien). Tenemos entre ellos, al nivel político: la verdad objetiva —religiosa, filosófica, científica — ; el ambiente moral; el ambiente de belleza; 2º) **bienes colectivos**, como calles, plazas, jardines, hospitales, ferrocarriles y todo el aparato de la administración pública; bienes que, aunque pueden ser disfrutados por muchos, tienen una capacidad limitada, por ser bienes materiales; 3º) **bienes distribuibles**, como el dinero, alimentos, ropas; éstos dejan de ser comunes en el momento mismo de ser distribuidos o repartidos, cosa que no ocurría con los dos tipos anteriores.

Veamos ahora algunos textos tomistas sobre el bien común como fin de las leyes: "...como se ha dicho (a.1), la ley pertenece a aquello que es principio de los actos humanos, por ser su regla y medida. Así como la razón es principio de los actos humanos, así también en la misma razón hay algo que es principio respecto de todo lo demás. Por lo cual el ca-

---

3 Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica. en *Ethos*, Nº 2/3, 1978.

rácter de ley pertenece a ello máxima y principalmente. Mas el primer principio en lo operativo, sobre lo que recae la razón práctica, es el fin último. El fin último la vida humana es la felicidad o beatitud, como se ha sostenido más arriba (q.2, a.7; q.3, a.1; q.69, a.1). Por lo cual es necesario que la ley tenga en cuenta máximamente el orden que existe en la beatitud. Además, dado que toda parte se ordena al todo como lo imperfecto o lo perfecto; y como un hombre es parte de la comunidad perfecta: es necesario que la ley propiamente encare el orden hacia la felicidad común. Por lo cual el filósofo, en la anterior definición de lo legal hace mención de la felicidad y de la comunidad política. Dice, efectivamente, en el L.V. de la *Ethic.* que "llamamos justo legal a lo que es factivo y conservativo de la felicidad, y lo particular de la misma, la comunicación política": la ciudad es la comunidad perfecta, como se dice en el L.I de la *Polit.* (c.I, n.1).

"En cualquier género de cosas, lo que es máximo es el principio de los demás, y las demás se nombran en orden a aquello: así como el fuego, que es máximamente cálido, es causa del calor en los cuerpos mixtos, los cuales se llaman cálidos, en cuanto participan del fuego. Por lo cual es necesario que, dado que la ley lo es máximamente según el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre obras particulares no tiene razón de ley sino según su orden al bien común. Y por lo tanto toda ley se ordena al bien común" (*S. Teol.*, I-II, 90,2, c).

"...la bondad de cualquier parte se considera en proporción a su todo, por lo cual San Agustín dice en el III libro de las *Confes.* (c.8). que es torpe toda parte que no se adecuaba a su todo". Dado que cada hombre es parte de la ciudad, es imposible que cualquier hombre sea bueno si no está bien proporcionado al bien común: ni el todo puede consistir sino por sus partes proporcionadas a sí. Por lo cual es imposible que se halle bien el bien común de una ciudad, si los ciudadanos no son virtuosos; al menos, aquéllos que mandan" (*S. Teol.*, I-II, 92,1, ad 3).

Como veremos enseguida al hablar de la división de la justicia, dada la primacía del bien común, en las relaciones mutuas entre ciudadanos y comunidad política —contrariamente a las teorías modernas— no debe existir una igualdad estricta, sino sólo proporcional: proporcional a la importancia de ese hombre, por sus cualidades personales y/o funciones sociales, en relación al bien común. Ese es el verdadero y no utópico ideal de justicia social.

## V – Los tipos o división de la justicia:

Aunque la división de la justicia suele hacerse sobre la base de la justicia como virtud, nada impide hacerla también sobre la justicia como

cualidad o valor ínsitos en ciertos actos, o sobre la justicia como ideal comunitario. La "ratio divisionis" es la misma.

Existe por un lado la justicia general –también llamada legal– y la justicia especial o particular por otro. Dice Santo Tomás: "...la justicia, como queda dicho (a.2) ordena al hombre en comparación a otro. Lo cual puede darse doblemente. De un modo, en relación a otro singularmente considerado. De otro modo, en relación a otro en común, a saber, así como cuando alguien sirve a la comunidad, sirve a todos los hombres que se contienen bajo dicha comunidad. A una u otra de estas relaciones puede referirse la justicia según su esencia propia. Es manifiesto que todos los que se contienen bajo cierta comunidad se comparan a ésta como las partes al todo. Todo lo que es de la parte, es del todo; por lo cual cualquier bien de una parte es ordenable al bien del todo. De acuerdo con esto, el bien de cada virtud, ya sea que ordene algún hombre respecto de sí mismo, ya sea que lo ordene a algunas otras personas singulares, es referible al bien común, a lo cual ordena la justicia. Y, según esto, los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia, en cuanto ordena al hombre al bien común. Y en cuanto a esto, la justicia es llamada virtud general. Y dado que a la ley pertenece ordenar, hacia el bien común, como se ha dicho "supra" (I-II, 90,2), por ello es que tal justicia, general del modo antedicho, se llama justicia legal, que ordena los actos de todas las virtudes al bien común" (S. Teol., II-II, 58,5, c).

Vemos que, contrariamente a ulteriores deformaciones individualistas del pensamiento de Santo Tomás, la justicia por excelencia no es en él la conmutativa –la dada entre particulares– sino la que se refiere al bien común, respecto del cual son exigibles todas las virtudes de los particulares: la fortaleza al guerrero, la prudencia política al gobernante, la justicia particular todos los ciudadanos y al juez, la templanza a los comerciantes, etc.

Pero por supuesto, el Aquinate también reconoce la existencia de una justicia particular: "Así como además de la justicia legal es necesario que existan otras virtudes particulares que ordenan al hombre en sí mismo, como la templanza y la fortaleza; de igual modo también además de la justicia legal es necesario que exista otra particular que ordene al hombre acerca de lo que pertenece a otra persona singular" (S. Teol., I-II, 58,8, c).

En el texto citado el Aquinate se refiere sin duda a la llamada **justicia conmutativa**, que rige las partes de la comunidad entre sí; pero admite también una **justicia distributiva**, que rige las relaciones entre la comunidad política y las partes, esto es, los ciudadanos.

Y, siguiendo a Aristóteles, sostiene que la igualdad que -debe existir en la justicia conmutativa es estricta o aritmética, mientras que en las otras dos debe ser proporcional o geométrica. El error igualitario moderno es querer implantar la igualdad aritmética también en las justicias de bien común: esto es, en la legal o general y en la distributiva.

Finalmente subraya el Aquinate que la justicia, pero especialísimamente la general, **descuella por encima de todas las virtudes morales.**

"...si hablamos de la justicia legal, es manifiesto que la misma es la más preclara entre las virtudes morales: en cuanto el bien común es más eminente que el bien singular de una sola persona. Y según ello el Filósofo, en el L.V de la *Ethic.* (c.I, n. 15), dice que «la justicia parece ser la más preclara entre las virtudes, y ni el lucero de la tarde ni el de la mañana son tan admirables»" (S. Teol., II-II, 58,12, c). Pero incluso admite el Doctor Común que la justicia particular sobresale también sobre las demás virtudes morales, y ello por dos razones: porque reside en la voluntad, y porque no hace bien sólo al que la posee, sino también a otro (*Ibid*).

## VI – Conclusión; el derecho positivo y la justicia

Las conclusiones de este trabajo ya se hallan implícitas y aún explícitas en el desarrollo del mismo, y especialmente en el capítulo **El derecho positivo. Sus fines.** Falta ahora solamente retomar esos puntos, ordenarlos y sintetizarlos, con especial referencia a la justicia.

Hemos visto ante todo que el derecho positivo es cierta determinación o particularización de los contenidos muy genéricos del derecho natural; determinación o particularización que se logra, o bien por deducción, y entonces los contenidos deducidos son esencialmente de derecho natural, aunque, por decirlo así, su revestimiento sea de derecho positivo (promulgación humana, sanción especial, eventual redacción escrita). Se trata del que llamáramos **derecho positivo por accidente**, en que se vierte las conclusiones de los primeros principios del derecho natural; conclusiones llamadas de **derecho de gentes**. O bien se trata de una particularización al modo de las artes; así como el arquitecto determina a una forma especial de casa la forma general de casa que conoce por su arte. Este es el **derecho positivo de por sí**, a veces llamado simplemente derecho positivo.

Y como el derecho natural, objetivamente considerado, es lo **naturalmente justo**, las particularizaciones y determinaciones de sus contenidos tienen que ser, evidentemente, una adecuación **a lo que es justo en una situación determinada**, ya sea ésta todavía genérica (leyes positivas), ya sea individual (sentencias).

Pero no se limita el derecho positivo, en el sentido de ley positiva humana, a ser una concretización del derecho natural.

En primer lugar –primero en el orden de la generación y del tiempo, no en el de la dignidad y el valor– tiene la ley positiva por fin inmediato lograr ese **mínimum de justicia** que consiste en permitir la vida tranquila de los ciudadanos normales, cohibiendo, con el temor de las penas, los designios de los malignos y perversos. Este **mínimum de justicia** se confunde con el orden exterior mínimo de la humana convivencia, por lo que no hay aquí opción entre la justicia y el orden.

En segundo lugar, aún en los casos antedichos, a través del miedo y del consiguiente acostumbramiento, la ley positiva tiende a ir **corrigiendo éticamente a los protervos**. Así, la justicia objetiva y social alcanzada se eleva un grado por encima del mínimo anteriormente mentado.

En tercer lugar, el fin de la ley humana es hacer buenos a los hombres en general, y no sólo a los actuales o potencialmente delinquentes. Comienza la ley a inculcarles la virtud mediante la **obediencia a las autoridades**; luego crece la actividad tonificante de la ley, y los hace **buenos ciudadanos** (que es algo más que la obediencia al soberano) en relación a un régimen determinado; el cual puede muy bien proponerse como fin último no el bien llamado honesto –esto es, autovalente, noble– sino sólo el bien deleitable o el bien útil. Y en tal caso la virtud inculcada y el orden obtenido son sólo **justos relativamente** (se entiende, en orden a ese fin intravalente perseguido). Pero si el régimen se ordena al **auténtico bien común** –que es ante todo bien honesto– la virtud y el orden conseguidos son **justicia absolutamente hablando** (lo que no quiere decir justicia absoluta). Ya vimos que la virtud de **justicia general o legal** – que debe residir en los gobernantes ante todo– puede exigir actos de todas las virtudes; pero en cuanto ordenables al bien común. El derecho o ley positivos no alcanzan a las virtudes puramente individuales e interiores, mientras no sean ordenables al bien común. Y recordemos lo que dice nuestra Constitución sobre las actividades privadas de los hombres.

En cuarto lugar, tendría por función la ley positiva el subsanar el olvido en que pudieran haber caído zonas enteras del derecho natural, como cuando, entre los antiguos germanos, según se dice, no se consideraba al hurto como delito. Así, **restaura la justicia natural**.

En quinto lugar, recordemos que no pertenece a la ley positiva la tarea imposible de reprimir todos los vicios, **sino sólo los más graves para la sociedad**, pues se legisla para la multitud, **que no es ni mucho menos perfecta en cuanto a la virtud**.

En sexto lugar, la educación para la Virtud mediante la ley debe hacerse sólo de un **modo gradual**.

En séptimo lugar, la ley positiva es **defectuosa** con relación a la ley natural. No prohíbe todo lo que esta prohíbe, ni puede exigir todas las virtudes que la ley natural exige; la positiva sólo puede imponer algunas (o todas, en el caso óptimo) de las que hacen más directamente al bien común.

Por eso podemos decir que el derecho positivo no logra la virtud perfecta, ni, en la mayoría de los casos, ni siquiera la justicia perfecta; pero sí hace posible, y en ocasiones fructífera, la humana convivencia.

En cuanto a las **leyes injustas**, ya vimos que son más corrupción de la ley que las leyes (pues no llevan ínsito el valor de lo justo, ni, por tanto, del derecho); pero no dejan de ser **de algún modo** leyes ni derecho, por analogía, pues buscan lo que podríamos llamar una justicia "relativamente tal"; esto es, ya relativa a los designos e intereses del gobernante injusto, ya relativa a fines comunes infravalentes con relación al bien común honesto.

Pero la plenitud y nobleza de la ley positiva humana alcanzan su culminación cuando, obedeciendo al impulso de la llamada justicia general o legal, impera en pro del bien común los actos de todas las virtudes. Entonces es sin disputa –tal justicia– la mejor de las virtudes, y como dice Aristóteles, ni el lucero de la tarde ni el lucero de la mañana la superan en brillantez. **Servir a tal fin es la razón de ser terminal y suprema del derecho positivo.**