

LAS VIRTUDES DEL JURISTA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presupuestos históricos*. III. *La Prudencia*.
IV. *El Derecho*. V. *La Justicia*. VI. *La Equidad*.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones son el resultado de una lectura muy personal de los tratados de la Prudencia, la Justicia y la Equidad de la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino (1215-1274). Lectura, sin duda, orientada por un afán liberador de la actividad del jurista frente al absolutismo jurídico imperante en la cultura jurídica moderna desde que el Estado monopolizó las fuentes del Derecho a comienzos del siglo XIX. Este anhelo constituye una de las facetas de la evolución de la ciencia jurídica a finales de la presente centuria y en él estamos comprometidos desde hace muchos años en nuestra actividad docente. Recientemente ha sido renovado debido a las ricas experiencias académicas que significaron los cursos y las obras del profesor Francisco Carpintero¹, la lectura de los libros de Paolo

¹ Los cursos han versado sobre historia del pensamiento jurídico occidental, y los ha impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de México, durante los meses de mayo y octubre de 1996 y junio de 1997. Fruto de éstos han sido unas *Lecciones* mecanuscritas que esperamos pronto se conviertan en un libro. Ellas han sido especialmente valiosas para la elaboración de las presentes reflexiones. En cuanto a sus obras nos han sido especialmente luminosas *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, 1993. "En torno al método de los juristas medievales" *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo LII, 1982; "mos italicus, mos gallicus, y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica". *Ius Commune* 6, 1977; "La modernidad jurídica y los

Grossi, especialmente *El orden jurídico medieval*² y de Manlio Bellomo, *La Europa del Derecho Común*³ y dos viajes de estudio a Europa, especialmente a Pamplona y a Bari, donde pudimos entrar en contacto más estrecho con esta tendencia liberadora de la ciencia jurídica respecto del positivismo legalista que cada día responde menos al clamor de justicia en nuestro agitado y confundido mundo occidental.

Hace varias décadas, y desde la óptica del realismo filosófico y con la historia del derecho como instrumento de análisis, algunos autores comenzaron a erigir una sólida y fundamentada crítica a ese positivismo legalista, al monopolio estatal sobre el Derecho y a la servidumbre del juzgador frente al legislador, comenzando a reivindicar épocas y momentos en los cuales una altísima cultura jurídica pudo ser posible, precisamente, porque no implicó dicho monopolio, sino, por el contrario, una proliferación de fuentes jurídicas donde la labor del jurista fue reconocida sin mayores cuestionamientos como una de las más importantes y decisivas en el momento de integrar un orden jurídico justo, razonable, práctico y realista. Y es que la visión legalista acerca del Derecho que ha dominado en las dos últimas centurias había contaminado también la propia visión de los historiadores del Derecho y del pensamiento jurídico acerca de sus particulares disciplinas, de suerte tal que por historia del Derecho llegó a entenderse la historia de la legislación.⁴ Incluso la propia visión del Derecho Natural que defendieron autores católicos que por siglos reforzó la concepción *legalista* del Derecho.⁵ Una de las razones que condujeron a esto último fue la importancia excesiva dada a la lectura del Tratado de la Ley de la *Suma Teológica*, por encima de los tres tratados que ahora nos ocupan. Hasta la sociedad se ha repe-

católicos" *Anuario de filosofía del Derecho*. V, 1988; y *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1989.

² Madrid, Marcial Pons, 1996.

³ Roma, Il cigno Galileo Galilei, 1996.

⁴ Véase por ejemplo, nuestro estudio, "Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana" *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 15, Número 15, 1991, pp. 145-166.

⁵ CARPINTERO, "La modernidad", *passim*.

tido la definición de la Ley expuesta por Tomás de Aquino, pero poco se recuerdan sus ideas acerca del Derecho, la Justicia, la Prudencia y la Equidad, lo que supuso un reforzamiento de un legalismo muy conveniente a los fines del Estado moderno donde el Derecho se identifica sin más con la ley positiva considerada ésta, obviamente, como resultado de la voluntad estatal, sin ni siquiera reconocer ya los argumentos medievales o ilustrados que la vincularon o pretendieron vincularla con la Ley natural.

Hoy no pocos autores parecen darse cuenta que el problema del Derecho es más simple de lo que se suponía: un problema que atañe a las fuentes mismas de su creación. Asombrados por las terribles consecuencias del reduccionismo legalista, cada vez menos conveniente y más injusto e irreal, pudieron percatarse de que el problema estaba precisamente en la concepción del Derecho que lo identificó y lo redujo a la ley estatal; y que si se aspiraba a superar este positivismo legalista en pos de una cultura jurídica más justa, real y humana había que desenterrar las posibilidades, la validez y la utilización de otras fuentes jurídicas. De aquí que voltear hacia el pasado haya sido un proceso hasta cierto punto natural y necesario. Había que investigar si en otros tiempos y lugares habían existido órdenes jurídicos no puramente legalistas, y si dichos órdenes habían procurado buenas soluciones a los conflictos humanos. La Historia del Derecho se volvió de este modo no en una disciplina conservadora —como alguien totalmente ignorante de la Historia y del Derecho y sí anhelante del poder recientemente afirmó—⁶ sino por el contrario, liberadora. Liberadora y crítica del poder, del Estado y de la legalidad más opresiva. Los historiadores del Derecho, esos "agentes incómodos al poder" como los calificó Paolo Grossi,⁷ vinieron a poner en tela de juicio no sólo el orden jurídico moderno, sino la modernidad misma y sus aparentes posibilidades para construir un orden jurídico

⁶ Es el caso de Jaime Cárdenas Gracia. *Cfr. Proceso*, núm. 1075, 8 de junio de 1997, p. 16.

⁷ En la interesante conferencia que dictó en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 23 de mayo de 1996.

eficaz y justo (desde luego eficaz y justo para los hombres, que no para quienes detentan el poder). Desde la perspectiva histórica otros órdenes jurídicos —negados y criticados acerbamente por y desde la Ilustración, la Modernidad, y el *ius naturalismo* moderno— comenzaron a ser conocidos, revalorados y, por qué no decirlo, reivindicados. Han sido los casos del derecho romano clásico (siglos I a.C.-III d.C.) y del orden jurídico medieval, particularmente la época de vigencia de lo que hoy denominamos como *Ius Commune* (siglos XII-XV). Ambos casos se caracterizaron por integrar un conjunto de diversas fuentes normativas para dar solución a los conflictos jurídicos del hombre, por enaltecer el llamado derecho de juristas —o la jurisprudencia— como fuente autónoma y particular, y por mantener la diferencia entre lo público y lo privado. Rasgos todos que evidentemente contrastan con los de la modernidad jurídica: monopolio de una fuente del Derecho; extinción del derecho de juristas (el cual queda reducido a simple doctrina sin fuerza vinculatoria), y disolución de lo privado en lo público, de suerte que todo el derecho deviene en público.⁸

Tanto el derecho romano clásico como el *ius commune* tuvieron que ser rescatados de aquella visión maniquea elaborada tan fina y sutilmente por la Modernidad y sus luces, y que los condenó si no al olvido, cuando menos sí a una serie de epítetos con los cuales la propia modernidad —y su visión legalista del Derecho— se quiso por contra justificar: injusto, inseguro, supersticioso, irracional, desordenado, intolerante, desigual, confuso, etc. Un nuevo y desconocido panorama acerca de aquellos órdenes jurídicos comenzó a conocerse y a definirse: la visión tópica frente a la sistemática de la modernidad; la plural frente a la singular; la multiplicidad de normas frente al legalismo; la justicia frente a la norma; la diversidad frente a la uniformidad; la visión horizontal de las fuentes jurídicas frente a la jerárquica; la compleja frente a la simple; en fin...

⁸ Vid. GROSSI. "Absolutismo Jurídico y derecho privado en el siglo XIX". En *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Barcelona. Universitat Autònoma de Barcelona, 1991, pp. 9-26.

la humana frente a la geométrica. Autores diversos y de diversas corrientes y países como Viehweg⁹, Wieacker,¹⁰ Calasso,¹¹ D'Ors,¹² Grossi,¹³ Villey,¹⁴ Hervada,¹⁵ Carpintero,¹⁶ Bellomo,¹⁷ Cannata,¹⁸ Tarello,¹⁹ Cotta,²⁰ Ollero,²¹ Cavanna²² —muchos desde la perspectiva del realismo filosófico— han contribuido a reconstruir una reflexión sobre el Derecho y sobre la actividad de los juristas que estuvo viva por varios siglos, que se perdió, y que hoy puede iluminar en la búsqueda de soluciones a los graves problemas de justicia que el ser humano enfrenta al transitar hacia el nuevo milenio; que no de un mejor y más eficiente control social como parecen insistir ciertas "definiciones" o "conceptos" actuales del Derecho y que obviamente se resisten a prescindir del reduccionismo legalista que tanto sirve y conviene ahora también a los propósitos reglamentaristas y controladores del nuevo poder tecnocrático y antihumanista.

⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. *Tópica y filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.

¹⁰ WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

¹¹ CALASSO, Francisco. *Medioevo del Diritto. Le fonti*. Milán, Giuffrè, 1954.

¹² D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973; *Una introducción al estudio del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Rialp, 1982.

¹³ Obras citadas.

¹⁴ VILLEY, Michel. *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979-1981, 2 vols., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986.

¹⁵ HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1991; *Introducción crítica al derecho natural*, México, Editora de Revistas, 1985.

¹⁶ Obras citadas.

¹⁷ BELLOMO, *op. cit.*

¹⁸ CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1989.

¹⁹ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

²⁰ COTTA, Sergio. *Itinerarios humanos del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1978, *¿Qué es el Derecho?*, Madrid, Rialp, 1993.

²¹ OLLERO TASSARA, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1982; *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

²² CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982.

La lectura que hicimos de los tratados de la Prudencia, la Justicia y la Equidad de la *Suma Teológica* obedecen al propósito de acercarnos con mayor profundidad a la comprensión de una visión del Derecho que todavía puede dar mucho para conseguir sociedades más justas, menos oprimidas por la administración y por el poder político y más conscientes de su papel en la formulación de soluciones adecuadas y consonantes con la realidad humana, siempre compleja, insospechada y diversa. De aquí que hayamos voluntariamente desechado la lectura del Tratado de la Ley —abusivamente citado y utilizado por siglos— y preferido rescatar la visión del Aquinatense sobre la prudencia y la justicia; que al fin y al cabo no hay que olvidar son éstas precisamente dos virtudes que se unen para integrar una palabra: la jurisprudencia, la ciencia de los juristas.

II. PRESUPUESTOS HISTÓRICOS

Hay que recordar algunos presupuestos para comprender la obra y el pensamiento del autor de la *Suma Teológica*. Presupuesto obvios pero no por esto prescindibles

Primero; la época. Santo Tomás escribe en pleno siglo XIII, es decir la etapa donde culmina la "Escuela de los Glosadores" (*La Magna Glosa* se ha fechado hacia mediados de esta centuria) y florece esa corriente que algunos autores han llamado de los *ultramontani*.²³ El *mos italicus* se afirma y pronto dará paso al apogeo de la ciencia jurídica medieval con la "Escuela de los Comentaristas". La pluralidad de fuentes es un hecho evidente y obliga a la formulación de diversos órdenes de prelación que, sin embargo, se muestran poco eficaces: la solución a los problemas jurídicos proviene no del mandato sino de la razón, la oportunidad, la *utilitas*, la conveniencia y la justicia. Durante la centuria conviven el derecho feudal, los diversos estatutos urbanos locales, los tradicionales derechos consuetudinarios y se afirma y organiza un Derecho Canónico en manos

²³ MOLITOR-SCHLOSSER. *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1980, p.28.

del papado, a la vez que se consolida el *ius mercatorum*. A su lado, el derecho de los reyes, del Príncipe o del Emperador, es decir, la legislación, viene a ser una norma más que proclama, sin conseguirlo, una pretendida supremacía sobre los demás derechos. El propio Tomás de Aquino dedicará todo un tratado de la *Suma Teológica* a la ley pero sin entenderla sólo como resultado de la voluntad humana y sin desconocer otras fuentes del Derecho; a fin de cuentas él afirmó, siguiendo a San Isidoro de Sevilla, que la Ley "es sólo un modo de ser del Derecho" no *todo* el modo de ser del mismo.

Otro presupuesto consiste en la formación teológica, no jurídica, del Doctor Angélico, hecho que permite entender la vinculación que por fuerza debió mantener con los juristas de su época para hacerse del bagaje jurídico indispensable que le permitiera *opinar* con autoridad en aquellas cuestiones teológicas que se referían al derecho y a la justicia. Santo Tomás no fue un hombre aislado que redactó la *Suma Teológica* en la soledad de una torre de marfil. Su obra se abre a su época y responde a su tiempo; y ambos son los del florecimiento de la jurisprudencia medieval, a la vez influenciada por la teología escolástica que influyente en los teólogos escolásticos, particularmente en Tomás de Aquino. Resultaba imposible que los teólogos y juristas de la época se ignoran o se desconocieran dado el febril y universal ambiente intelectual del siglo XIII; y si bien en la Universidad de París no se enseñó Derecho Romano, esto no quiere decir que Santo Tomás no conociera a los autores que desde el siglo anterior venían elaborando los presupuestos de una dogmática jurídica llamada a colmar los vacíos e insuficiencias de los derechos locales y tradicionales. Parece que sobre todo conoció y tuvo cierta familiaridad con la obra de uno de los *ultramontani*; Pedro de Bellapertica (c. 1250-1308). En definitiva sus ideas acerca del Derecho no podían desconocer el imperio de la tópicos y los pocos alcances y posibilidades de la legislación de reyes, príncipes y emperadores ni ignorar que el Derecho más que un conjunto de normas era ante todo lo justo; un orden justo que se realizaba concretamente, caso por caso y frente a situaciones humanas irrepetibles y diversas, y no como resultado de la aplicación de un

modelo universal y abstracto de justicia, de características matemáticas y casi geométricas. Frente a sus ojos se estaba desarrollando una intensísima labor por parte de diversos juristas que exploraban las posibilidades de los textos jurídicos de Justiniano para encontrar en ellos principios, argumentos, métodos y razonamientos que les permitieran elaborar soluciones pertinentes para los miles de nuevos problemas jurídicos que la formación de la sociedad baja medieval presentaba. Frente a él se encontraba la realidad de un derecho positivo y él, realista como pocos, no podía desconocer ni su validez ni sus posibilidades. Su iusnaturalismo por fuerza no pudo desconocer ni la autonomía del derecho positivo, ni cierta relatividad del propio Derecho Natural.

Su carácter de teólogo, pues, no debe hacernos olvidar que se movió no sólo en el siglo de oro de la teología escolástica, sino también en el siglo del florecimiento universitario de los estudios de Derecho —Civil y Canónico— y que ambas disciplinas pertenecían a la universalidad de los conocimientos de una época que no concebía la parcialización del saber humano., Lo jurídico por lo tanto no le pudo ser ajeno ni desconocido.

Otro presupuesto que importa recordar es la ausencia del Estado.²⁴ Hacia el siglo XIII, en efecto, por un lado Imperio y Papado —las dos potencias Universales— y por el otro, la existencia todavía de señoríos feudales y de ciudades libres dotadas de fueros o estatutos jurídicos particulares, hicieron imposible la existencia de monarquías fuertes y consolidadas de las cuales nacerá el Estado moderno. La debilidad misma de la monarquía medieval implicó a su vez una presencia muy relativa de la legislación dentro del amplio espectro que formaron las diversas fuentes del derecho de la época. La ley vendría a ser, por ende, lo que Santo Tomás diría de ella: “cierta norma de derecho”. La inexistencia del Estado, por su lado, supuso que la definición entre lo público y lo privado fuera más clara y sus límites más precisos y conocidos. Lo público lo determinaría el Emperador o el monarca, pero sólo en aquellas

²⁴ Manuel GARCÍA PELAYO, “Hacia el surgimiento histórico del Estado Moderno”. En *Idea de la política y otros escritos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

materias que hoy denominamos administrativas. El Derecho siguió siendo el *ius*, y conforme a la tradición romanista que resurgía por entonces pertenecía sobre todo a los *privados*.²⁵ De aquí la intervención de corporaciones, comerciantes, poblaciones y juristas para su formulación. Por encima, y en ocasiones en contra de los deseos del monarca medieval, se construyó todo un orden jurídico complejo, diverso y que relegó a la ley a un papel modesto y secundario: ser *junto* con las otras fuentes un instrumento más al que los jueces *podían o no* acudir en la solución de los conflictos entre *los privados*. Orden que simplemente no pudo contemplar a la ley como la única fuente del derecho, ni siquiera como la principal o de mayor jerarquía, puesto que dicho orden no se construyó ni se concibió según un sistema jerárquico entre normas diversas.

Tomás de Aquino vivió, pensó y escribió inmerso en estos límites culturales, políticos y sociales: En lugar del universo estatal contempló un pluriverso político, jurídico y social. Una compleja sociedad estamental que supuso sin embargo, un orden interno cuyas claves de explicación habría que encontrar no en la racionalidad moderna del poder o del Estado sino en la Teología de la época y en el realismo filosófico que contempló al hombre dentro de una sociedad cargada de desigualdades, tal vez porque el hombre mismo no se concibió igual a sus semejantes sino únicamente en los planos teológico y metafísico. En cambio, en la sociedad y en la historia se desenvolvía un hombre concreto y diferente, único y singular, cargado de defectos y virtudes; preocupado por su vida cotidiana y diverso desde su nacimiento a los demás por las distintas posiciones que ocupaba según su origen, su estado, su sexo, su profesión, su edad, etcétera. Posiciones todas que impedían tratarlo del mismo modo que se trataría a otro hombre. La realidad evidenciaba hombres y mujeres irrepetibles. De aquí que sus problemas jurídicos no pudieran reducirse a soluciones genéricas y abstractas emanadas de una supuesta *Teoría* acerca del hombre y sus conflictos. Con toda su enorme carga de complejidad y dificultad la singularidad del hombre exigía, por el con-

²⁵ GROSSI, *op. cit.*, n. 8 *passim*.

trario, soluciones *ad hoc*, humildes y precisas, sin pretensiones de perpetuidad ni de universalidad.

Una visión así del hombre condicionó la propia definición del Derecho. Este serviría al hombre, no el hombre al Derecho. Por lo mismo, exigía una laboriosa tarea de integración de soluciones justas para cada caso. Visión y tarea que se avinieron muy bien con el trabajo de los juristas del *mos italicus* que siguieron el modelo de trabajo y reflexión de los juristas romanos. Serían ellos los llamados a construir esa dogmática medieval que tan buenos servicios prestó a la cultura occidental hasta el período de la codificación moderna. Dogmática que no desdeñó ni canceló las posibilidades de los derechos locales o consuetudinarios, ni tampoco de la misma legislación real que encontró en las tareas de los juristas su exacta y justa proporción y utilidad: orientar a veces, precisar otras; o imponer, en ocasiones extremas, la solución adecuada y justa a un problema singular, que por implicar al hombre se resistía a someterse al dictado de una única y suprema norma, sea quien fuera el que la hubiera dictado.

Como teólogo realista Tomás de Aquino debió reconocer esta complejidad y diferenciación del ser humano; inmerso en la historia y condicionado por circunstancias personales. A la vez, la teología la aportaría la visión del hombre como hijo de Dios y por ende, igual a sus semejantes.

Singularidad y diferenciación por un lado, generalidad e igualdad por el otro: el gran dilema del teólogo, del moralista y del jurista medieval. ¿Hasta dónde la similitud?, ¿hasta dónde la diferenciación? Santo Tomás de Aquino y los juristas del *mos italicus* encontrarían una respuesta que la modernidad siglos después se encargó de hacernos olvidar: la correcta y realista relación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, no vinculados jerárquicamente ni por fuerza dependientes uno del otro sino, por el contrario, paralelos, horizontales, relativamente autónomos relacionados entre sí, e interactuado en la búsqueda de soluciones justas en los conflictos humanos, siempre singulares y siempre reales. El jurista, como el teólogo y como el moralista, sabría acudir a los primeros principios del Derecho Natural para *orientar* la solución jurídica (justa, útil,

razonable y ética), pero a la vez no podía desconocer la aplicación de un Derecho Positivo, creación humana en el tiempo y en el espacio, en la cultura y en la sociedad. De aquí que elaborase con ambos elementos una dogmática jurídica a todas luces ejemplar por su racionalidad, por su método, por su respeto a la compleja naturaleza del hombre: el *ius commune*, llamado a perpetuarse por siglos.

Los Tratados de la Ley, de la Prudencia, de la Justicia y de la Equidad de la *Suma Teológica* estarán condicionados por estos presupuestos. A la modernidad y a su visión legalista y castrada del Derecho y de la jurisprudencia sólo le interesó conocer el primer tratado, relegando los otros tres, precisamente los que se referían al *ius* y a sus virtudes la justicia, la prudencia y la equidad. Esto significó olvidar los méritos y los alcances de la *jurisprudencia* como fuente del Derecho y desconocer la diferencia entre éste y la Ley. Por desgracia, esta tarea, a todas luces determinada por el ascenso del Estado moderno, fue secundada por los propios teólogos y juristas católicos, desde aquellos castellanos de la Escuela Española del Derecho Natural de los siglos XVI y XVII, hasta los más recientes iusnaturalistas de los siglos XIX y XX, los cuales adoptaron en gran medida los presupuestos filosóficos de la Escuela Moderna del Derecho Natural y su perspectiva jerárquica, ahistórica, sistemática, geométrica e idealista de la ley natural; perspectiva que los llevó también a consagrar a la ley como la suprema o única fuente del orden jurídico.²⁶

El legalismo en la historia del Derecho —que equivale a decir normativismo— se impuso por fin en los siglos XIX y XX para gloria y alegría del Estado. Su inmensa fuerza seductora fue avalada por un iusnaturalismo racionalista que devino finalmente en un burdo y crudo voluntarismo. Sólo a finales de esta trágica centuria parecen haberse descubierto las posibilidades y el valor de los otros tres tratados que se refieren tanto al Derecho como a las tareas y virtudes propias de los juristas; tratados, tareas y virtudes durante tantos años ignorados por una civilización que sólo ha sabido aplaudir a los legisladores.

²⁶ CARPINTERO, "La modernidad", *passim*.

III. LA PRUDENCIA

Para entender cabalmente el pensamiento del Aquinate acerca del derecho, del arte o ciencia del jurista —la jurisprudencia— y acerca de la justicia, deben leerse en forma conjunta los Tratados de la Prudencia y de la Justicia; ambos incluidos en la parte *Secunda Secundae* donde emprendió tanto el estudio de las virtudes teologales (fé, esperanza y caridad) como de las cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza). A la virtud de la prudencia le correspondieron diez *cuestiones* (de la 47 a la 56), mientras que a la justicia veintitrés. (de la 57 a la 79). El análisis del Derecho lo realizó con brevedad en la cuestión 57, y el de la justicia específicamente en la cuestión 58. La equidad la analizó en la cuestión 120 dentro del Tratado de las Virtudes sociales. Es decir, estos cuatro conceptos —prudencia, derecho, justicia y equidad— aparecen estudiados fuera del Tratado de la Ley que forma parte de la *Prima Secundae*, (cuestiones 90 a 108) lo que de por sí es harto significativo: En Santo Tomás la ley, en efecto, no guarda relación directa e inmediata con la cuestión relativa al Derecho, lo que sí ocurre con la justicia de la cual es objeto el Derecho.

La simple ubicación de cuestiones que nos interesan y su separación de las cuestiones relativas a la ley señalan de una manera gráfica la diferencia profunda entre el pensamiento jurídico medieval y el moderno: en el primero el Derecho tenía poco que ver con la norma legal y sí mucho con la justicia mientras que la modernidad ha subrayado la naturaleza normativa del Derecho, su identificación con la ley y su desvinculación con la justicia, la cual ha sido sustituida por objetos o fines de diversa naturaleza y contenido: control social, supremacía racial, intereses económicos, legitimación del poder, etcétera.

Al no identificarse Derecho con la ley, —el prestigio o importancia de la función o tarea del legislador como operador del primero queda, por ende, bastante disminuido. Por el contrario, al relacionarse estrechamente prudencia y justicia, y al identificarse ambas como *virtudes*, es obvio que inciden en la

tarea de ese profesional del Derecho conocido como jurista, jurisconsulto, o más propiamente *jurisprudente*. Este sería aquél hombre que debiera por encima de todos poseer, cultivar y operar aquéllas virtudes, puesto que su actividad diaria lo enfrenta precisamente a los problemas de justicia entre los hombres, donde la noción *de lo justo* —el derecho— y una opinión o decisión *prudente* se hacen no sólo convenientes sino indispensables. Su prestigio se vuelve incuestionable.

La prudencia —virtud definida como “recta razón en el obrar”—, como el arte, no reside simplemente en el entendimiento sino también en la voluntad, toda vez que lleva consigo “la aplicación a *la obra*”. Es verdad que requiere “la elección de la voluntad” pero antes se da “el consejo del entendimiento”, especialmente del entendimiento práctico; por ello el prudente necesita no sólo conocer los principios universales de la razón sino también los particulares “en los cuales se da la acción”. Su materia son precisamente “los singulares *contingentes* sobre los cuales se ejercen las operaciones humanas”. Si bien ella, como la justicia, “pertenecen tanto a la parte racional, capaz de apreciar lo universal, como a la parte sensitiva lo particular”.²⁷

Concebida como principio moderador de todas las demás virtudes, —de aquí que sea ante todo *una virtud moral*— ayuda al desarrollo de todas las demás y actúa en todas, aunque no le corresponde a ella imponerles su particular fin, lo que le toca a la *sindéresis* o “razón natural”; la prudencia sólo “dispondría de los medios para la acción”.²⁸

El prudente halla el justo medio que sólo se consigue “mediante la recta disposición de los medios”. Su función se desenvuelve en tres actos: aconsejar —lo que supone “indagar”— juzgar, e imperar, que “consiste en aplicar a la operación esos consejos y juicios”. Debe ser además diligente, es decir hábil en ánimo para emprender “rápidamente lo que debe obrar”.²⁹

²⁷ Tomás DE AQUINO. *Suma Teológica*, tomo VIII. Tratado de la Prudencia y Tratado de la Justicia. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLVI. *Secunda Secundae* (2.2) cuestión 47, arts. 1 a 10.

²⁸ *Idem*, arts. 4º, 5º y 6º.

²⁹ *Idem*, arts. 7º y 8º. 29.

"Siendo propio de la prudencia emitir los actos de consejo, deliberación o consejo, juicio e imperio, respecto de los medios con los que se llega al fin debido", no sólo se limita al gobierno de uno mismo sino también se extiende al de la multitud. Cuando se orienta al bien común se llama "prudencia política".³⁰

Prevista esta última clase de prudencia —y distinguida de la "propriadamente tal" y de la "prudencia económica"— Santo Tomás refiere la prudencia como virtud propia de gobernantes y de gobernados: en los primeros obra "como mente arquitectónica" mientras que en los súbditos "a modo de arte mecánica o como obreros que ejecutan un plan".³¹ Sin embargo, con conviene reducir esta virtud exclusivamente al acto de gobernar en sentido estricto, propio de los políticos y gobernantes; su sentido es más amplio e implicaría también a los jurisprudentes dado que está orientada "al bien común". El jurista, por ende, obraría frente a su sociedad a la manera del gobernante, "a modo de mente arquitectónica", elaborando las soluciones justas, reales y pertinentes que planteasen los novedosos conflictos de una sociedad medieval en plena transformación y carente de los derechos óptimos para hacer frente a las consecuencias de esa compleja transformación. Residiendo la prudencia en la razón, se infiere la naturaleza eminentemente racional de la tarea de los juristas. Será la razón la que los guíe en esa tarea constructora de soluciones prudentes y justas. Pero será la virtud de la prudencia la que determine la aplicación de la solución a los casos concretos ya que ella "no trata del fin sino de los medios" y en las cosas humanas "los medios no son fijos, sino hay gran variedad y multiplicidad de ellos según la diversidad de personas y negocios".³² Aquí aparece una de las grandes características de los prudentes del derecho: su capacidad para determinar lo justo en cada caso atendiendo a la diversidad de hombres que pertenecen a culturas diversas, rodeados de situaciones humanas por demás de-

³⁰ *Idem*, art. 10º.

³¹ *Idem*, arts. 11º y 12º.

³² *Idem*, art. 15º.

siguales y muchas veces irrepetibles y únicas. Aptos para aplicar los principios universales a los objetos operables tanto universales como particulares,³³ los juristas, como todos los hombres, gozan de disposición natural para conocer *algunos* principios universales, pero otros "sean de la razón especulativa o práctica, *no son conocidos naturalmente, sino que deben adquirirse por experiencia personal o por instrucción*"³⁴

Refiriéndose a las partes de la prudencia y en particular a las partes potenciales —es decir, a las "virtudes adjuntas a la misma que se ordenan a otros actos o materias secundarias, porque no poseen toda la virtualidad de la virtud principal"—³⁵ Santo Tomás de Aquino distinguió entre la *eubulia*, la *synesis* y la *gnome*, todas íntimamente relacionadas con el oficio de jurista debido a que la primera se refiere al consejo (acaso la función más propia de los juriconsultos), la segunda, al buen sentido "para juzgar lo que sucede ordinariamente"; y la última, o perspicacia, dirigida a juzgar "lo que a veces se aparta de las leyes comunes".³⁶ El conocimiento de estas tres partes de la prudencia —a la cual el Doctor Angélico reservó ocuparse *del acto principal*, es decir el *precepto o imperio*— resulta clave para comprender la función de los juristas no sólo medievales sino de cualquier otra época. Aclaran por sí mismas cuál fue (y podría ser nuevamente) el trabajo del jurista.

La *eubulia* —"habilidad en el consejo"— nos lleva a "aconsejar rectamente" no sólo por averiguar y descubrir "los medios aptos para llegar al fin", sino porque toma en consideración "un conjunto de circunstancias".³⁷ Tareas que cualquiera que conozca la actividad de los juristas no puede desconocer.

La relación entre prudencia y *eubulia* no estriba en que sean virtudes diferentes sino en que la segunda ordena a la primera "como lo secundario a lo principal".

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ 2.2 c. 48, art. único.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ 2.2 c 51, art. 1º.

Aconsejar bien compete a la prudencia “como virtud imperante”, mientras que a la *eubulia* como virtud “ejecutiva”.³⁸

También la *synesis*, “o buen sentido moral”, cobra particular importancia en relación a la misión de los juristas que enfrentan cotidianamente problemas jurídicos diferenciados no por la materia de la que versan sino por las circunstancias de los hombres que los plantean, ya que supone “un juicio recto no en cosas de orden especulativo, sino sobre las acciones particulares que son objeto de la prudencia”.³⁹ Se trata, ni más ni menos, de la sensatez que permite juzgar bien.

El realismo aristotélico del teólogo dominico es evidente en el siguiente párrafo:

El juicio recto consiste en que la inteligencia aprehende las cosas tal como son en sí mismas. Esto se da cuando está bien dispuesta, como un espejo en buenas condiciones reproduce las imágenes de los cuerpos como son en sí mismos, mientras que, si falta esa disposición, aparecen en él imágenes torcidas y deformes.⁴⁰

Ver, analizar, estudiar, *aprehender las cosas como son en sí mismas*; son responsabilidades sobre todo de quienes se ocupan de resolver problemas humanos. Santo Tomás, sin embargo, no marcó el camino a seguir; los juristas romanos lo habían señalado mil años atrás pero el Doctor Angélico recuperó para la teología y para la filosofía lo que los letrados de la “Escuela de los Glosadores” habían comenzado a vislumbrar a través de la lectura de los textos recuperados del *Corpus Iuris*. Las faenas jurídicas, precisamente porque se nutrían de la realidad humana —siempre variada— no podían darse el lujo de elevarse al plano teórico, abstracto e ideal ni de ver “imágenes torcidas y deformes”. Si había que hacer y decir justicia debía de hacerse atendiendo a la realidad, la que impone siempre sus condiciones.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, art. 2º.

⁴⁰ *Idem*, art. 3º.

La perspicacia o *gnome* permite juzgar conforme a “principios superiores”, mientras que la *synesis* lo hace conforme a “reglas comunes”. De aquí que la primera lleve “consigo cierta agudeza en el juicio”. Y es que “acaeece a veces la necesidad de *hacer una obra al margen de las reglas comunes de la acción*... Por lo cual debe juzgarse de estos casos conforme a principios superiores a las reglas comunes” por las que juzga la *synesis*.⁴¹ El célebre ejemplo de las obligaciones del depositario es traído a cuenta en esta ocasión por el teólogo dominico. “La *synesis* —continúa exponiendo— juzga la verdad de todo lo que sucede conforme a las reglas comunes. Pero, como acabamos de ver, *hay cosas que deben determinarse fuera de esas reglas*”. Entonces “el juicio debe tomarse de los principios propios de las cosas, y la investigación se hace también conforme a esos principios comunes”.⁴²

La *gnome* permite conocer muchas de esas cosas que pueden “suceder fuera del curso normal de la naturaleza; lo que corresponde considerar solamente a la providencia divina; pero entre los hombres, el que más perspicaz sea puede conocer, con su inteligencia, muchas de ellas”.

Si bien Santo Tomás no vinculó específicamente a la función jurisprudencial el tratamiento de esta tres partes potenciales de la virtud de la prudencia, ni a la judicial, no cabe duda que se perfilan como “virtudes” esenciales para juristas y jueces, toda vez que la actividad de ambos, relativa siempre a problemas humanos, exige continuamente ponderar aquellas peculiaridades que rodean, matizan, distinguen y particularizan dichos problemas precisamente por ser humanos, y, en consecuencia, no siempre encasillables en fórmulas generales de aplicación forzosa, absoluta, permanente y universal. La ciencia del Derecho —especulativa y práctica a la vez— vincula por fuerza imperativos racionales con realidades humanas. El jurista —como el moralista, el político o el sacerdote— se mueve entre ambos parámetros tratando de encontrar un equilibrio justo y humano entre unos principios universales —los

⁴¹ *Idem*, art. 4º.

⁴² *Ibidem*.

primeros principios— y una vida cargada de necesidades, defectos, contradicciones, pasiones, errores equívocos, angustias, temores, ambiciones... El planteamiento de Santo Tomás fue muy claro: “Entre los dictámenes de la razón natural figuran sobre todo *los fines de la vida humana*, que son en el orden práctico, como los principios especulativos conocidos naturalmente”.⁴³ Principios que obran (no pueden desconocerse) en la vida cotidiana de cada uno de los seres humanos, cada uno condicionado histórica, biológica, social y culturalmente. De aquí la existencia en el “alma” humana de la prudencia, la que se impone como la primera virtud que debieran poseer, cultivar y desarrollar quienes se dedican a la ardua tarea de resolver conflictos jurídicos; es decir, los juristas y los jueces. La otra gran virtud será la *Justicia*.

IV. EL DERECHO

Es clara la identificación y la ubicación de la prudencia y de la justicia en la obra de Santo Tomás: ambas son virtudes y por ende pertenecientes a la Moral. Esta es entendida no a la manera moderna como *Moral de preceptos o de deberes*, sino como *Moral de virtudes*. La jurisprudencia o arte del derecho implica la actualización de ambas virtudes en la solución de los problemas jurídicos humanos (aquéllos donde se pretende dar a cada quien lo que le corresponde) y de aquí que esté estrechamente vinculada con esa *Moral de virtudes*. Desde esta perspectiva, sus cuestiones principales (el derecho, la justicia y la prudencia) no estén relacionadas inmediata ni por fuerza con la normatividad, ni con los preceptos, ni con la ley. Los juristas no son legisladores ni siquiera legistas, sino *prudentes de lo justo*, y al Derecho no lo identifican con la ley, sino con lo *justo*; lo que supone ante todo el desarrollo de una virtud, la justicia. Será la Modernidad la que trastoque esta visión tanto romana como medieval y construya la visión que identifica al Derecho con la ley visión que considera la ciencia del jurista como ciencia de la normatividad, y que en lugar de virtudes

⁴³ 2.2 c. 56, art. 1º.

enseñe e impugna preceptos; finalmente, los deberes *surgidos de la razón y de las cosas* serán sustituidos por deberes exclusivamente *emanados de la voluntad*.

Muy breve fue el tratamiento que Tomás de Aquino dedicó al Derecho (*De iure*); sólo una cuestión (la 57), y es que su intención no fue ir más allá de su propósito de vinculado con la virtud de la justicia. Ni era un jurista ni se propuso invadir terrenos que por esas épocas estaban cultivando los primeros juristas del *mos italicus*, especialmente los *ultramontani*.

Precisamente, gracias a la confluencia de los trabajos previos de los Glosadores, de la Escolástica y de la independencia de criterio desarrollada por los *ultramontani*, nacerá lo que Grossi ha denominado “el tiempo de la liberación” de la jurisprudencia medieval que representan con todo esplendor los Comentaristas de los siglos XIV y XV.⁴⁴ Sin estas tres aportaciones simplemente el *ius commune* resulta incomprensible. Santo Tomás puso su grano de arena (que no todos los materiales) para la construcción de ese magnífico edificio intelectual que fue el orden jurídico bajo-medieval. Desde su perspectiva teológica coincidió con la valoración y el manejo de la realidad llevada a cabo por los juristas contemporáneos. El Derecho se entendía ante todo como *orden justo, objeto de la Justicia*, y ésta una virtud que ligada a la prudencia conforma ni más ni menos que la jurisprudencia: la ciencia o arte del Derecho. Prudencia y justicia quedarán señaladas para siempre como las virtudes, si no es exclusivas, sí propias del jurisconsulto. La relación entre ambas virtudes y de ambas y del Derecho con respecto a la ley quedó planteada en el siguiente párrafo.

La razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y esta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley; de ahí que *la ley no sea el derecho mismo* propiamente hablando, *sino cierta razón del derecho*⁴⁵

⁴⁴ GROSSI, *El orden*, p. 176.

⁴⁵ 2.2 c.57, art. 1º.

O como siglos atrás había afirmado San Isidoro de Sevilla. *Una especie de derecho*. No hay, pues, identificación alguna posible entre la ley y el Derecho. El Derecho es considerado como lo justo y explicado de la siguiente forma:

Se da nombre de justo a aquello que, realizando, la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace. De ahí que de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, *se determina por sí mismo el objeto de la justicia y es llamado lo justo*. Tal es el derecho.⁴⁶

Ante la consideración resulta imposible identificar al Derecho como un fenómeno meramente normativo. Mas bien se encontraría en él una naturaleza vinculante, en razón de cosas o de personas.

De aquí que lo propio de la Justicia sea “ordenar (o regir) al hombre en las cosas relativas a otro”, lo cual supone *una cierta igualdad* como el mismo nombre lo demuestra, pues suele decirse “ajustar” el adecuar dos cosas, y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.⁴⁷

El artículo segundo de esta cuestión Tomás de Aquino trató de la división entre *Derecho Natural* y *Derecho Positivo*, sin duda uno de los temas más controvertidos e incomprensibles durante los siglos posteriores. En él se esforzó en definir los límites exactos de cada uno respecto de su operabilidad en la convivencia humana. En efecto, ambos derechos ni se confunden ni están relacionados de un forma jerárquica o vertical dependientes uno del otro por necesidad. Ambos gozan de una dosis más o menos de autonomía, la cual depende precisamente, de las “cosas humanas”, es decir, de la propia naturaleza humana.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem* y c. 58, art. 2º.

“El Derecho o lo justo —afirmó— es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad”.⁴⁸ Pero lo adecuado al hombre puede serlo de dos maneras: por la naturaleza misma de las cosas... y entonces se llama “derecho natural” o cuando una cosa es adecuada a otra por un mutuo acuerdo o por contrato... y en este último caso se llama “derecho positivo”.

Sin embargo, Tomás de Aquino no concibió la naturaleza humana inmutable sino *mudable* y por consiguiente “lo que es natural al hombre *puede algunas veces fallar*”, es decir, no siempre y en todas partes se muestra sin cambios.⁴⁹ De esta forma el Santo de Aquino abrió el camino hacia un *ius naturalismo* histórico, contingente, que rige al hombre en la historia y lo sigue y contempla en sus propios procesos de transformación y cambio; o si se quiere hacia un *ius naturalismo* con cierta y justificada (natural) dosis de “relativismo” en su aplicación. Lo que no supone ni su derogación absoluta, ni la mutabilidad de sus primeros principios; de tal modo que si algo en sí mismo se opone al Derecho Natural, “no puede hacerse justo por voluntad humana”. Voluntad, a la que, sin embargo, sí se le reconoce autonomía y capacidad de determinar lo que es justo cuando ella no atenta contra los primeros principios del Derecho Natural; no estando entonces necesariamente vinculado a éste. Así Santo Tomás *rescató* la autonomía de la voluntad humana para establecer algo como *justo*, y al hacerlo, salvó la autonomía del propio Derecho Positivo:

La voluntad humana en virtud de un comercio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo... Pero si algo en sí mismo se opone al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana.⁵⁰

Lo legal, sería, siguiendo a Aristóteles “lo justo que por principio es indiferente para ser de un modo o de otro; pero que lo

⁴⁸ 2.2 c. 57, art. 3º.

⁴⁹ 2.2 c. 57, art. 2º.

⁵⁰ *Ibidem*.

es una vez establecido".⁵¹ Mucho del contenido del Derecho positivo se formulará de esta manera tanto por la acción de los juristas como por la de los legisladores.

V. LA JUSTICIA

Habiendo entendido por una parte que el Derecho positivo comprende aquéllo que puede ser *adecuado* a un hombre *por convención o común acuerdo* y que "esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado... o por convención pública" (ley), sea que ésta resulte de un acuerdo de todo el pueblo o cuando lo ordena el gobernante que tiene a su cargo la comunidad; y por otra, que el Derecho se identifica con lo justo natural (*ius sive iustum*) "que es aquéllo que por su naturaleza está adecuado o ajustado a otro",⁵² resulta fácil comprender que Santo Tomás adoptara sin mayores dificultades la tradicional definición romana de la justicia como "*la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho*". Como virtud que se requiere primero de la voluntad y luego, de la firmeza (perpetua y contante). La única modificación que Santo Tomás introdujo en esta definición fue en el sentido de agregarle la calidad de Hábito: la justicia sería, en consecuencia, aquel *hábito según el cual uno da al otro lo que es suyo según derecho* [lo justo], *permaneciendo en ello con una voluntad constante y perpetua*, o, como afirmó Aristóteles, "el hábito según el cual alguien actúa al elegir lo que es justo".⁵³

La justicia es virtud que radica en la voluntad y se refiere a otro; a ella le pertenece rectificar (ajustar) los actos humanos que se refieren a otros ya que para rectificar los propios existen otras virtudes. En ella la razón orienta a la voluntad, "que puede querer algo en orden a otro, lo cual pertenecen a la justicia".⁵⁴

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Idem*, art. 3º.

⁵³ 2.2 c. 58, art. 1º.

⁵⁴ *Idem* art. 4º.

El dato distintivo de la justicia respecto a las demás virtudes es el *medio*, que en la justicia "consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior", lo que se subraya dentro de la más clara tradición del realismo filosófico y revela con toda nitidez las verdaderas funciones del jurista y del juzgador.⁵⁵

También distinguió entre *justicia legal* (que ordena al hombre inmediatamente al bien común) y *justicia particular* (que lo ordena inmediatamente al bien del otro como particular). La primera podría corresponder, en principio al gobernante mientras que la segunda corresponde a todo hombre. La justicia tiene por objeto "sólo las acciones externas y las cosas, bajo un aspecto especial de tal objeto, o sea en cuanto mediante ellas el hombre se ordena a los demás". El dar a cada quien lo que es suyo supone una "operación exterior en cuanto la misma, o la cosa sobre la que se ejercita, guarda *proporción* con la otra persona a la que se ordena la justicia". De esta forma, tanto el "lucro" como el "daño" son formas de injusticia pues uno —lo superfluo— da más mientras que el otro, menos de lo debido.⁵⁶

En la cuestión 60, Santo Tomás trató del juicio y por ende del juez o juzgador, puesto que aquél es acto propiamente del segundo, quien "decide conforme a derecho" (*ius*). El juicio implica "en su acepción primitiva, la definición o determinación de lo justo o del derecho". El juicio, sería, entonces, la "recta determinación de las cosas justas" que exige dos condiciones: la virtud misma que profiere al juicio (un acto de razón pues a ésta corresponde decir o definir algo) y "la disposición del que juzga y que le hace idóneo para juzgar rectamente". El juicio, en definitiva, sería concebido por el Doctor Angélico tanto como un acto de justicia, "en tanto ésta se inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio".⁵⁷

En el artículo 5º de esta misma cuestión se planteó el problema de si se debe juzgar siempre según las leyes escritas,

⁵⁵ *Idem* art. 10º.

⁵⁶ *Idem*, arts. 8º y 11º.

⁵⁷ 2.2 c.60, art. 1º.

asunto que nos regresa al tema de las relaciones y diferencias entre el Derecho Natural y el Positivo y de su instrumentación por parte de juzgadores y juristas. En principio pareciera que no siempre, dice Santo Tomás, pero para dar una solución satisfactoria a esta cuestión planteó las distinciones propias del método escolástico.

El juicio, o "cierta definición o determinación" de lo que es justo, requiere distinguir entre dos formas o modos por los cuales una cosa sea justa: o por su propia naturaleza (por derecho natural), o por haberlo convenido así los hombres (por derecho positivo). Las leyes precisamente se escriben "para la declaración de uno y otro derecho". La ley escrita contiene derecho natural "mas no lo instituye, pues no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza, pero el derecho positivo se contiene e instituye en la ley escrita, dándole ésta su fuerza de autoridad". De aquí que sea necesario que el juicio "se haga según ley escrita" pues de otro modo "el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo".⁵⁸ La autonomía entre ambos derechos se mantiene y el papel de las leyes queda perfectamente limitado en sus alcances: "declarar por ellas el derecho", *no siempre* establecerlo o instituirlo.

Si la ley escrita no da fuerza al Derecho Natural, tampoco se la quita o disminuye "puesto que la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza".⁵⁹ De aquí que si una ley escrita va contra aquél sea injusta y no tenga fuerza para obligar, pues el Derecho positivo sólo es aplicable cuando "es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo", en cuyo caso nadie puede dudar de su absoluta autonomía e independencia respecto del Natural, que no siempre lo condiciona. Por el contrario, cuando no es indiferente al Derecho Natural la materia o cosa que interesa al Positivo, entonces no es posible llamar a las leyes positivas que contradicen a aquel *leyes* "sino mas bien corruptelas" y no debe juzgarse de ellas.⁶⁰

⁵⁸ *Idem*, art. 5º.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

También puede darse el caso de leyes *rectas* o justas que puedan ser deficientes. Esto ocurriría en "algunos casos", es decir, no siempre. Lo que las vuelve deficientes o injustas es precisamente esa realidad humana compleja y diversa, contradictoria, particular y difícilmente reducible a fórmulas generales, abstractas, universales y eternas; operables en cualquier tiempo, lugar o circunstancia. El realismo aristotélico se conjuga entonces, por lo que supone, con un reconocimiento de la naturaleza humana que implica incluso una aparente derogabilidad —parcial o temporal (en todo caso circunstancial)— del Derecho Natural; y decimos aparente porque dicha "derogabilidad se hace precisamente por imperio de la propia naturaleza humana que exige *soluciones humanas diversas a problemas humanos diversos*. No habría, en consecuencia, un *Derecho Natural derogable, sino un Derecho natural propio y adecuado a la naturaleza humana* (contradictoria, falible, heroica, pecadora, débil o fuerte, perspicaz o ignorante, apasionada y virtuosa; siempre en medio del dilema de decidir por el bien o por el mal); resultado de esta naturaleza y por lo mismo no sujeto a fórmulas geométricas o matemáticas como si se tratara de una naturaleza puramente física o biológica integrada sólo por células o átomos iguales. Esas leyes positivas "rectamente establecidas", es decir no injustas ni contrarias en principio al derecho natural, resultan, pues, "*deficientes en algunos casos*, en los que si se observasen se iría (precisamente) contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos no debe juzgarse según el sentido literal de la ley, sino que debe recurrirse a la *equidad*, que es la intención del legislador".⁶¹ Para reforzar su argumentación Santo Tomás trajo a colación aquí la opinión del Derecho Romano "Ni la razón de derecho ni la *benignidad de la equidad sufren que lo que se ha introducido en interés de los hombres, sea interpretado de una manera demasiado dura en contra de su beneficio, desembocando en severidad. En tales casos aún el mismo legislador juzgaría de otra manera y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley*".⁶²

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

No olvida el teólogo dominico que al juzgar según las leyes escritas el juez se convierte en intérprete, que interpreta “de algún modo el texto de la ley” para aplicarla a un asunto particular, lo que también harían los juristas europeos durante los siglos de vigencia del *ius commune*. Para unos y otros el asunto particular (la realidad) —que no las fórmulas legales— condicionarán una actividad judicial y una ciencia del derecho muy pocas veces especulativa y siempre realista.

De esta forma la concepción del Derecho propuesta por Tomás de Aquino fue acorde con la de sus contemporáneos, los juristas medievales formados en la lectura de los textos del *Corpus Iuris* del Emperador Justiniano; se trató de una concepción realista, flexible, humana, prudencial, tópica, virtuosa, donde el Derecho es entendido como objeto de la justicia y como orden justo. Concepción que distinguió perfecta y claramente entre el Derecho Natural y el Positivo, sin vincularlos forzosamente en todo caso y circunstancia, y que supuso que el primero, precisamente porque lo natural de la naturaleza humana es que sea *mudable*, en ciertos casos sea derogable y, salvo unos primeros principios, sometido a cambios y modificaciones que operan en el tiempo y el espacio. De aquí que fuera de suyo injusto suponer para esa naturaleza humana un sistema de normas positivas rígidas, abstractas, inmutables, inflexibles, universales, que sujeten la conducta humana a prevenciones de consecuencias idénticas, fatales y necesarias para todos. De aquí también que el propio Derecho Natural no se concibiera ni esencialmente inmutable ni operando fuera de una realidad temporal y espacial; precisamente porque el hombre se mueve en el tiempo y en la historia. Esta fué, y será siempre su realidad.

VI. LA EQUIDAD

Tal vez el concepto que mejor ayuda a redondear esta visión del Derecho planteada desde la perspectiva teológica es *el de equidad*. Según Santo Tomás, la ley debía estar abierta e influenciada por la *epiqueya* o *equidad*; virtud social que vino a coronar y matizar con toda nitidez la concepción de la ley

del teólogo de Aquino. Su estudio fue emprendido dentro del *Tratado de las Virtudes Sociales*, concretamente en la cuestión 120 de la *Suma Teológica* y aunque breve —como en el caso del Derecho— su importancia resulta capital para comprender una visión no necesariamente legalista, ni siquiera normativista, del Derecho. De hecho culmina el esfuerzo tomista para vincular al Derecho con la naturaleza humana y con la moral sin confundirlos.

La equidad es concebida como una virtud que “rechaza lo que es justo según la ley”, precisamente porque los actos humanos sobre quienes recae y para los que se dan las leyes son hechos singulares y contingentes “que pueden variar de infinitos modos”.⁶³ De aquí que resulte imposible establecer una norma legal que en ningún caso falle, es decir, que sea absolutamente universal, omnipotente e inmutable. Pretender cumplirla en algunos casos concretos iría contra la igualdad propia de la justicia y contra el bien común que la ley intenta salvaguardar.⁶⁴ Y es que los legisladores al establecer sus leyes “atienden a los datos ordinarios” y puede ser que en algunas ocasiones se equivoquen y atenten contra la justicia y el bien común. En otras, en cambio, puede ser que acierten en relación a esos datos ordinarios pero ¿ante los extraordinarios?, ¿frente a los que no pudieron o no supieron contemplar o atender?

La equidad, en efecto, no se aparta de lo justo en sí sino de lo que es *justo por determinación de la ley* tanto natural como positiva, y es que cuando alguien (el juez, el jurista) dice “que no tiene que observarse la ley en un caso concreto, no juzga de la ley, sino de algún negocio particular que se presenta”.⁶⁵ Son las circunstancias que rodean y condicionan ese caso concreto las que determinan una especie de *derogabilidad momentánea* de la ley, que sin embargo, mantendrá su imperio y validez de origen. Nuevamente el caso del depositante sirve para ejemplificar los millones de casos similares que

⁶³ 2.2 c. 120, art. 1º.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

día a día los juristas y los jueces han debido enfrentar por siglos en relación con este tipo de situaciones.

Por encima de la letra de la ley es conveniente seguir lo que dicta la razón justa y el bien común; esto es la equidad, entendida como "una regla superior de los actos humanos".⁶⁶

Por desgracia, el iusnaturalismo moderno no se fundamentaría en esta visión realista del Derecho. Otros teólogos, también escolásticos o luteranos, se encargarían de continuar, difundir e imponer un iusnaturalismo inflexible, ahistórico, jerárquico respecto del Derecho Positivo, sistemático, geométrico, inhumano y normativista, que pronto condujo a un voluntarismo legalista que reforzado por la aparición del Estado moderno —al cual sirvió óptimamente en su vocación expropiadora del Derecho— condujo a la época del *absolutismo jurídico* caracterizada desde entonces por el olvido de esa visión prudencial, virtuosa, ética, equitativa, humana, realista y justa del Derecho y de la actividad propia de los juristas que plantearon los autores del *mos italicus* y los teólogos medievales de la talla de Tomás de Aquino. Época que no recuerda ya las *virtudes* ni el *derecho de juristas*; ni repara en lo inhumano e injusto que puede ser aplicar a todo hombre fórmulas y soluciones iguales, generales y abstractas en aras de un mayor y más eficiente control social.

⁶⁶ *Ibidem.*