

LEGGE UMANA, *RULE OF LAW* ED ETICA DELLE VIRTÙ
IN TOMASSO D'AQUINO¹

LEY HUMANA, *rule of law* Y ÉTICA DE LA VIRTUD
EN TOMÁS DE AQUINO

Francesco Viola

Università di Palermo

Traducción: Carlos I. Massini Correas²

1 En Mangini, Michele y Viola, Francesco, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp. 3-63.

2 Abogado, Doctor en Derecho, Doctor en Filosofía. Profesor titular ordinario de Filosofía del Derecho en Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo; de Ética en la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires; Visiting Scholar en las universidades de Münster, Notre Dame, Navarra, La Coruña, Panamericana de México, Los Andes de Chile, entre otras. Ha publicado treinta libros y más de doscientos artículos científicos en América y Europa. Ha sido investigador Principal de CONICET y becario del servicio Alemán de Intercambio Académico DAAD. Ha ejercido varios cargos directivos universitarios y dirigido carreras de doctorado e institutos de Investigación.

Sumario

1. Las raíces del *rule of law*
2. Concepciones del *rule of law*
3. La ley según Tomás de Aquino
4. La ley positiva y la virtud
5. La antropología del *rule of law*
6. La practicabilidad de la ley positiva
7. La estructura formal de la ley positiva
8. Los principios de la justicia natural
9. ¿Ética de las leyes o ética de las virtudes?

Si leemos con atención aquella parte de la *Summa Theologiae* dedicada a la ley humana³, podemos darnos cuenta fácilmente de la presencia de nociones ligadas directamente al ideal del *rule of law* en el sentido propiamente anglosajón. Puesto que el *rule of law* está destinado a contrastar el ejercicio arbitrario del poder normativo, pertenece en general a la historia del liberalismo, aunque representa una de las primeras manifestaciones jurídicas y políticas en el interior de regímenes no todavía liberales⁴. Por lo tanto, este tema es particularmente interesante (aunque no el único) para un contraste entre la tradición del liberalismo y la de la ley natural, en la búsqueda de raíces comunes. La idea de que el poder deba ser limitado y controlado al fin de proteger la libertad de la persona humana es en sentido amplio iusnaturalista, ya que implica la preexistencia de vínculos moralmente justificados que la producción del derecho positivo debe respetar, aunque no requiera necesariamente del recurso al derecho natural para asegurar ese control. Por ello, seguramente, una cierta presencia del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico y político liberal resulta ineliminable.

3 I-II, qq. 95-97. Cfr. También: J. Finnis, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 250.

4 En general, cfr. F. Viola, *Il Rule of Law e il concetto di diritto*, en "Ragione pratica", 2008, N° 30, pp. 151-168.

Resulta necesario distinguir bien el sentido anglosajón del *rule of law*, de la concepción decimonónica continental del Estado de Derecho (*Rechtstaat*). Este último presupone ese monopolio estatal del derecho señalado notoriamente por Max Weber, y que se empeña en la tarea de controlar esa potente concentración del poder normativo vinculando sus mandatos a la *forma de la ley*, es decir, a la presencia de determinados requisitos formales en el dictamen normativo (generalidad, irretroactividad, comprensibilidad, promulgación, no-contradictoriedad, además de ciertas condiciones puestas al ejercicio de la jurisdicción en la aplicación de las leyes). Esto es un relevante punto de contacto con la tradición anglosajona del *rule of law*, pero la determinación de estos requisitos formales ha conducido a la convicción de que basta con su (pedissequo) respeto para eliminar (scongiurare) *ipso facto* el uso arbitrario del poder normativo. Se pierde de vista así la importancia de las razones justificativas más profundas, por las cuales las características de la ley estatal deben ser estas y no otras y, con esto mismo, la finalidad última del *rule of law*. Por ello, si bien resulta correcto considerar al *Estado de derecho* un capítulo importante en la historia del *rule of law*, es necesario no perder de vista que este ideal jurídico ha tomado forma en el interior de sociedades no liberales y se ha consolidado con referencia al *common law*, para el cual el derecho no es creado por el estado sino encontrado en la tradición, en las costumbres y en los principios jurídicos basados en la razón del juez⁵.

En este sentido, el *rule of law* puede muy bien ser considerado también como uno de los primeros pasos de una visión liberal del derecho y de la política y una preparación del terreno para una expansión más amplia de esa visión. Es, por lo tanto, reductivo concentrar la problemática del *rule of law* en la de las leyes del Estado moderno y en sus requisitos formales, y resulta necesario remitirse a sus raíces filosófico-jurídicas y filosófico-políticas para comprender plenamente su sentido. No se trata de una investigación meramente histórica, ya que las razones que desde el origen han justificado el *rule of law* son las mismas que aseguran aun hoy su validez y permiten renovar sus requisitos a la luz de la evolución de las instituciones jurídicas y políticas contemporáneas.

Aquí buscaremos mostrar que la concepción de la ley humana desarrollada por Tomás de Aquino no solo pertenece plenamente a la historia del *rule of*

5 Cfr. B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge U.P., Cambridge, 2004.

law, sino que es también un observatorio particularmente interesante a los fines de evidenciar su justificación y su relación con una visión liberal del derecho.

Ya que toda ley implica una restricción de la libertad humana, ella debe respetar ciertas condiciones formales dictadas por la consideración de que los ciudadanos deben ser tratados como seres racionales y libres. Esto significa que la ley debe presentarse como una *razón* para actuar y no ya como una *causa* (física o psíquica) de la cual la acción haya de ser un efecto necesario. En lo que sigue trataré de mostrar, a través de una lectura directa de los textos, que Tomás de Aquino pensaba propiamente de este modo. Más aun, intento sostener que la versión tomista del *rule of law* se presenta como estrictamente conectada con el tema de la virtud política requerida al ciudadano sobre la base del convencimiento de que un régimen político no puede desinteresarse del carácter y de las actitudes morales de sus propios miembros. Bajo este perfil, la concepción de Tomás de Aquino puede ser considerada como una de las formas posibles de liberalismo perfeccionista (o comprensivo).

1. Las raíces del *rule of law*

El *rule of law* puede ser comprendido como “gobierno del derecho” o bien como “gobierno de la ley”. En el primer caso, se refiere al concepto de derecho positivo en toda su comprehensividad y se tiene presente una sociedad cuyas relaciones sociales significativas son todas gobernadas por la práctica jurídica en toda su compleja articulación, aún en aquellos casos en los cuales la ley en sentido formal no tiene un papel central. En el segundo caso, se hace referencia al primado de la ley en cuanto regla general, no ya como directiva particular, y a la autoridad política que gobierna prevalentemente con normas jurídicas de este tipo. De hecho, estos dos sentidos terminan por confundirse entre sí se tiene presente que aún en el segundo caso la ley no es todo el derecho, sino que en todas las fases de su articulación, de la producción a la articulación, necesita de un aparato complejo de instituciones, tradiciones, doctrinas y operadores jurídicos. El mismo concepto de “ley” va cambiando en el tiempo si se piensa en toda la diferencia entre la ley de la que hablaba Sócrates, que se remitía a tiempos inmemorables, y la ley del Estado moderno, que es el producto consciente y deliberado de la voluntad soberana. Por ello, el ideal del *rule of law* se

identifica más por su instancia central que por las formas jurídicas particulares a las cuales se aplica. Por esto podemos hablar de su historia, que atraviesa el tiempo a pesar de las diferencias entre las culturas jurídicas. Aquello que hay de común es la regulación externa del comportamiento humano y, por lo tanto, de un límite de la libertad humana, que debe ser justificado en cada caso para evitar el arbitrio.

La historia del *rule of law* al tiempo de Tomás de Aquino resulta muy instructiva⁶. Como se sabe, esta historia comienza oficialmente con la interrogación propuesta por Aristóteles acerca de la preferencia entre el gobierno de las leyes y el de los hombres. La ley se define como una “razón sin apetito”, mientras que “la pasión corrompe aun a los hombres mejores”. Es interesante hacer notar que la alternativa propuesta por Aristóteles no es —como vulgarmente se cree— la genérica entre el gobierno de las leyes y el de los hombres, sino la existente entre si es más útil ser gobernado por el mejor (o los mejores) de los hombres, o por las mejores leyes⁷. La respuesta es menos neta y decisiva de lo que se ha creído en el desarrollo sucesivo del *rule of law* hasta nuestros días.

Aristóteles tiene bien presente que, a fin de cuentas, el derecho está destinado a resolver casos particulares y es la justicia del caso concreto, y esto parecería requerir hombres sabios, gobernantes y jueces competentes y no corruptos. Una ley, en cuanto regla general, no solo no puede prever todas las particularidades de los casos futuros y las necesarias excepciones, sino que además no puede regularlo todo. Aún por esto parecería preferible confiar en los hombre más sabios. Aun así, los hombres mejores, en cuanto son hombres y no dioses, están sujetos a las pasiones, a los favoritismos y a la discriminación entre las personas.

La generalidad de las prescripciones jurídicas no es suficiente, pero es sobre todo importante la universalidad de las leyes. La generalidad se refiere a la extensión: una ley puede ser más o menos general; la universalidad se refiere a la aplicación⁸. Una ley menos general puede ser igualmente universal

6 Para la historia del *rule of law* reenvío, en general, a J.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale* (1992), trad. de M. Ascheri, Il Mulino, Bologna, 1996 e igualmente a B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, cit.

7 *Política*, III, 1286-87 (trad. al cuidado de C.A. Viano, Utet, Torino, 1992, pp. 175-181)

8 Cfr. J. Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, en “*Ratio iuris*”, 2 (1), 1989, p.82.

que una ley más general, esto es, aplicada de modo imparcial en el interior de una determinada categoría de personas y de situaciones. Una ley general puede ser aplicada de modo particularista, así como una prescripción particular puede ser aplicada de modo universal cuando se extiende a todos los casos similares. Toda ley propia y verdadera lleva en sí misma una pretensión de universalidad que una prescripción particular de por sí no tiene. Es propio de lo particular –como lo hace notar Tomás de Aquino en el comentario de este pasaje de Aristóteles⁹– hacer referencia a la dimensión pasional y emotiva, es decir, a la naturaleza animal del hombre. A la inversa, las leyes, que por su universalidad requieren un ejercicio de la razón y deben adaptarse a la naturaleza y al tipo de constitución, no tienen emociones¹⁰. Los gobernantes no tienen en cierta medida necesidad de las leyes. Pero se puede hablar de propio y verdadero gobierno de las leyes solo bajo la condición de que su presencia se haga sentir de algún modo también en todas las múltiples cuestiones no reguladas directamente por ellas, aun en aquellos casos en los que pareciera necesario confiar en los hombres más sabios, en cuanto las leyes callan o resultan lagunosas. No es necesario afirmar que las leyes de las que hablaba Aristóteles se parecen más a nuestras reglas de rango constitucional que a nuestras leyes ordinarias.

De este modo, aun en el gobierno de las leyes, son los hombres los que gobiernan, pero no los mejores sino aquellos que actúan según razón y sin pasión. Se dirá: ¿no son estos forzosamente los hombres mejores? Cómo sea posible la no coincidencia entre los hombres mejores y los que actúan según la razón, es propiamente lo que se trata de explicar.

El camino trazado por Aristóteles, a pesar de cierta ambigüedad, resulta fácilmente discernible. No existe propio y verdadero gobierno de la ley si aun en aquellos casos en los que la ley está ausente o es tácita, no se recurre a un método capaz de asegurar la universalidad de las decisiones, evitando en cuanto

9 *In Octo Libros Politicorum Aristotelis Expositio*, III, lectio XV, n. 513 y asimismo *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, 1, ad. 2.

10 En el *Comentario a la Ética Nicomaquea* se encuentra esta fórmula incisiva: “in recta gubernatione multitudinis non permittimus quod homines principentur, silicet secundum voluntatem et pasiones humanas, sed quod principetur homini lex, quae est dictamen rationis, vel homo qui secundum rationem agat”. *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, V, lectio XI, n. 1009.

sea posible la parcialidad de los hombres. Este método deliberativo requiere necesariamente la convocatoria de todos los ciudadanos. Solo así el gobierno de la ciudad estará regido por el principio de legalidad en su plenitud, Aristóteles defiende la sabiduría de la multitud de los ciudadanos, porque el pueblo en su conjunto está en condiciones de adoptar decisiones mejores que aquellas que podría adoptar por cuenta propia cualquier miembro, por excelente que sea, de la colectividad¹¹. Solo la multitud de los ciudadanos está propiamente en condiciones de evidenciar toda la multiplicidad de los aspectos factuales y valorativos de una decisión a tomar. “Parecería extraño que se decidiera mejor juzgando con dos ojos o dos orejas y actuando con dos pies o dos manos más que con varios de estos órganos”¹². Este argumento viene a reforzar una nota precedente, según la cual los mejores jueces no son los productores sino los consumidores, no los constructores de la casa sino los que la habitan, no los fabricantes de navíos sino lo que los navegan, no el cocinero sino los comensales¹³.

En este punto, la respuesta de Aristóteles, por otra parte muy prudente, se puede resumir así: es preferible que gobiernen las leyes mejores que los hombres mejores, porque es más probable que las leyes mejores sean aquellas producto del discurso público interno a la multitud de los ciudadanos, en el cual cada uno puede darse cuenta mejor de las opiniones de los otros y de este modo asumir una posición crítica frente a las propias. Por lo tanto, la alternativa no es entre las leyes y los hombres, sino entre una reglamentación general de la vida asociada y una reglamentación *ad hoc*, caso por caso, sino entre el primado de las leyes mejores, es decir, producto de una colectividad de personas con ciertas modalidades y dotadas de ciertas características, y el primado de los hombres mejores que, si bien pueden gobernar mediante leyes, todavía siguen siendo los dueños de su aplicación o no aplicación y del juicio acerca de su extensión.

Como sabemos, la historia del *rule of law* es la de la búsqueda de todas las condiciones necesarias para lograr una buena ley, en verdad traspasando aquella que para Aristóteles era la condición fundamental, es decir, el método

11 Cfr. el comentario de esta tesis desarrollado por J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano, 2001, p. 115 ss.

12 *Politica*, III, 1287 b (trad. italiana citada, p.180).

13 *Ibid.*, 1282 a (trad. italiana citada, p. 165)

deliberativo que la produce¹⁴, condición estrechamente conexa –como se verá– al fin propio (precipuo) de toda propia y verdadera ley, o sea al bien común.

El ideal en el que piensa Aristóteles tiene aparentemente una configuración muy próxima al sentido moderno e iluminista del principio de legalidad y está lúcidamente expuesto en la *Retórica*: “Sobre todo habrá de ocurrir que las leyes bien establecidas determinen ellas mismas todo cuanto sea posible y dejen al juez lo menos posible; sobre todo porque es más fácil encontrar uno o pocos que no mucho hombres bien pensantes y capaces de legislar y juzgar; de aquí porqué las disposiciones legislativas son establecidas luego de un largo examen, y en cambio los juicios acontecen de improviso, de modo que resulta difícil que los que juzgan establezcan bien lo justo y lo útil. Pero, y esto es lo más importante, porque el juicio del legislador no es particular sino que se refiere al futuro y a lo universal, mientras que los miembros de la asamblea y el juez juzgan siempre sobre casos presentes y determinados. Y a estos se les agregan muchas veces la amistad, el odio o la utilidad particular, de modo que no es posible ver suficientemente la verdad, sino que el placer y el displacer particular oscurecen el juicio. Para las otras cuestiones por lo tanto, tal como hemos dicho, es necesario otorgar lo menos posible la soberanía al juez; solo con respecto a si ha sucedido o no una cosa, si ella es posible o no, o si es tal cosa o no, resulta necesario remitirse al juez; de este modo, no es posible que el legislador prevea estas cosas”¹⁵.

En general, en la cultura griega y romana el vivir bajo la ley es signo de una sociedad ordenada y estable. En la oración *Pro Cluentio* Cicerón hace notar que “de las leyes son ministros los magistrados, de las leyes son intérpretes los jueces, de la leyes, finalmente, somos todos esclavos para que podamos ser libres”¹⁶. Pero el primer intento orgánico de individuar las características formales y sustanciales de la ley fue realizado por Isidoro de Sevilla (560–636) en las

14 Para el olvido de este aspecto en el iuspositivismo, cfr. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999.

15 *Retórica*, I, 1354 a–b (trad. italiana de A. Plebe, Laterza, Bari, 1973, p. 4). Tomás de Aquino recepciona plenamente este texto de Aristóteles en I-II, q. 95, a. 1, ad. 2).

16 Para el conocimiento que Tomás de Aquino tenía del derecho romano, con referencia particular a Cicerón, cfr. J.M. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Vrin, Paris, 1955.

Etymologiae (5, 21), que Tomás de Aquino conoce muy bien. “Ahora bien, una ley deberá ser digna de honor, justa, capaz de ser obedecida, de acuerdo con la naturaleza y de acuerdo con las prácticas ancestrales, adaptada tanto al tiempo como al lugar, necesaria, útil, clara (de modo que no contenga nada que haga incurrir al pueblo en equívoco), hecha no para la ventaja de un solo individuo, sino para el bien común de los ciudadanos”¹⁷. Como se puede constatar, no hay aquí ninguna referencia directa a cómo se hace la ley o a cómo se ha producido, sino que algunas de las características individuadas permanecen válidas aún hasta nuestro tiempo.

Debemos concluir esta breve exploración de la historia del *rule of law* que influyó el pensamiento de Tomás de Aquino, con la primer formulación del *due process of law*, que, junto al primado de la ley como regla general, es —como se sabe— el otro componente esencial, el directamente referido a la universalidad de la ley. En la Magna Carta (1215) en el art. 39 se dice: “Ningún hombre libre ha de ser prendido o apresado, o disseised, o declarado fuera de la ley, o exiliado, o de cualquier otra forma arruinado, ni se podrá actuar en su contra, excepto por el juzgamiento legal de sus pares o por la ley de la tierra”. Una vez más se trata de defender al ciudadano del poder arbitrario del soberano, que puede expresarse ya sea mediante mandatos extemporáneos, ya sea mediante juicios no respetuosos de los principios de la justicia natural (*natural justice*).

Que Tomás de Aquino haya sido un sostenedor del ‘gobierno de la ley’ no es una tesis nueva, sino que ha sido repetidamente subrayada¹⁸, y, entre otros, autorizadamente confirmada por Lon Fuller, el jurista que más ha contribuido al retorno del interés por el *rule of law* en la teoría del derecho contemporánea¹⁹. Pero resulta imposible presentar la concepción tomasiana del *rule of law*

17 Advertimos, de una sola vez, que la concepción de Tomás de Aquino de la ley humana es en buena parte un comentario creativo de este y de otros pasajes de Isidoro de Sevilla.

18 Últimamente, cfr. R.P. George, *Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition*, in “The American Journal of Jurisprudence”, 46, 2001, pp. 249-256, y R. Hittinger, *Tommaso d’Aquino e la Rule of Law*, trad. al cuidado de F. Di Blasi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.

19 Este autor ha reconocido que Tomás de Aquino ha individualizado las principales características del *rule of law*: L.L. Fuller, *Morality of Law*, Yale U.P., New Haven, 1969, p. 242. En el 2008 se cumplió el quincuagésimo aniversario del famoso debate entre Fuller y Hart acerca del lugar del *rule of law* en la

prescindiendo de su teoría de la ley humana²⁰. Aquí nos encontramos frente a una concepción para la cual los principios del *rule of law* y las características de la ley humana se identifican. No se trata aquí de establecer el concepto de ley humana y sus condiciones de ejercicio y, en un segundo momento, precisar de qué modo puede ella gobernar la conducta humana. Al contrario, el ser guía de la conducta humana y de la vida asociada es precisamente el núcleo central del concepto mismo de ley humana y, por lo tanto, sus características son funcionales a este fin.

La ley humana como objeto de estudio forma parte de ese tipo de cosas en las cuales, para responder al “¿qué cosa?”, es necesario antes responder al “¿por qué?”²¹. ¿Por qué tenemos necesidad de cosas como las leyes? O mejor, ¿por qué es bueno tenerlas mejor que no tenerlas? La respuesta es simple: para guiar y coordinar las acciones sociales de entes razonables. *Guiar* una acción humana es cosa bien distinta que *causarla* o producirla de modo mecánico. En esto el gobernar y dirigir se distingue del dominar o constreñir. En la empresa de “guiar” las acciones de entes razonables, va implícita la idea del recurso al uso de la razón práctica, es decir, a una actividad guiada por razones, que son puestas por una autoridad y entran a formar parte del proceso de deliberación práctica de aquellos que son guiados a actuar y de tal modo, al mismo tiempo, pueden gobernar esa misma acción. En este sentido la ley por definición “gobierna”, de modo que se ve indudablemente algo de tautológico en el *rule of law*. Pero no del todo, porque ello designa mayormente una situación política y social en la cual este papel de guía de las leyes es dominante y difundido en toda la vida asociada. Y es propiamente por esto que, desde el punto de vista político, el *rule of law* representa el primer paso del liberalismo y como ideal encuentra su ambiente más favorable solo en la democracia deliberativa, como lo había ya prefigurado Aristóteles.

teoría del derecho.

20 Debemos también agregar que es imposible comprender su teoría de la ley humana fuera de su concepción de la ley en general. Pero no volveremos sobre esta concepción, limitándonos a algunas referencias necesarias.

21 J. Finnis, *Law and What I Truly Should Decide*, en “The American Journal of Jurisprudence”, 48, 2003, pp. 107-109.

2. Concepciones del *rule of law*

Los debates más recientes se han polarizado en torno a la contraposición entre las concepciones formales y las sustanciales del *rule of law*²². En realidad el disenso es relativo al concepto mismo de ley, es decir, si a estos fines basta solo un elenco de características meramente formales (referidas al origen, la formulación y la dimensión temporal) o si bien no es necesario agregar también algunos caracteres sustanciales (determinados contenidos o, en general, la consideración de su justicia). Todavía queda el hecho de que el aspecto valorativo no puede ser eliminado del todo sin que el ideal del *rule of law* pierda todo su significado y su función. Como hemos visto, ya Aristóteles hablaba de las leyes “mejores” o de las “buenas” leyes. Aún las concepciones formales no proponen (ne fanno a meno) menos cuando sostienen que basta con los requisitos formales para hacer justa a una ley, aún si no es necesariamente justa. Sin dudas la justicia meramente legal en una condición necesaria del ideal pleno de justicia política, aún cuando no es una condición suficiente. En realidad, el nudo central de la discordia se refiere propiamente a la naturaleza y amplitud de esta justicia legal, es decir, a sus relaciones con el sentido moral y político de la justicia.

Es notorio que Tomás de Aquino debe incluirse entre los sostenedores de una concepción sustancialista del *rule of law*, y no tanto por haber concebido a la justicia como un elemento necesario de la validez de la ley humana, cuanto más aun por su definición de ley en general. Cuando se dice que la ley, en cuanto tal, es “quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam comunitatis habet, promulgata”²³, se hace al bien común un elemento sustancial de toda propia y verdadera ley²⁴.

Una concepción sustancialista mucho más reciente y especular respecto de la de Tomás de Aquino ha sido sostenida por Ronald Dworkin. Él la llama “rights conception” (en oposición a la “rule-book conception”), porque sostiene que el derecho debe incorporar una visión pública de los derechos individuales,

22 Gfr. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, en “Public Law”, 1997, pp. 467-87.

23 I-II, q. 90, a. 4.

24 I-II, q. 90, a. 2.

es decir, de los derechos morales y de los deberes que los ciudadanos tienen los unos respecto de los otros y de los derechos político que tienen frente al Estado. Estos derechos deben ser reconocidos por el derecho positivo y deben ser considerados justiciables a requisitoria de los ciudadanos particulares. De este modo no es posible distinguir entre el *rule of law* y la justicia sustancial²⁵. De este modo, aquí en lugar del bien común y en oposición a él se encuentran los derechos individuales, que protegen la libertad de los ciudadanos de ser subordinada al interés público. Asimismo, se podría sostener que el contenido del bien común, en este caso, está constituido por los derechos individuales mismos, los cuales, en realidad, se oponen propiamente al bien colectivo.

En todo caso, lo que seguramente aproxima la concepción de Tomás de Aquino a la de Dworkin, es el hacer depender el *rule of law* de una completa filosofía política, es decir, del principio político dominante en la comunidad y operante en su interior²⁶. Esto, por otra parte, es propio de todas las concepciones sustancialistas del *rule of law*, y ofrece a la crítica, el flanco de hacer derivar todo el concepto de derecho de una visión general de la justicia y de la política. La diferencia está en el hecho de que, según Tomás de Aquino, estos principios políticos son todos aprehendido en las leyes, y no se encuentran fuera de ellas, mientras que para Dworkin los *moral rights* tienen también otra fuente y requieren la labor del juez allí donde el ‘rule book’ guarda silencio o produce conflictos de interpretaciones, cosa que –como hemos visto– ya Aristóteles quería evitar, en especial cuando prefería ‘el gobierno de las mejores leyes’ al ‘gobierno de los mejores hombres’ (como lo es el juez Hércules imaginado por Dworkin). Como consecuencia, es dudoso que la de Dworkin sea una propia y verdadera concepción del *rule of law*, fórmula que en efecto él parece abandonar en *Law’s Empire*.

25 R. Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, en “Proceedings of the British Academy”, 64, 1978, p. 262.

26 La filosofía política de Tomás de Aquino está signada –como se ha dicho– por el primado de la ley, mientras que la de Dworkin lo está por el primado de los derechos. La relación entre la ley y los derechos en general, y entre ley natural y derechos naturales en particular, está muy controvertido. Cfr. B. Tierney, *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, en “The Review of Politics”, 64 (3), 2002, pp. 389–406 y, más recientemente, R. Cubeddu, *Sul ‘Diritto naturale’ e sulla sua relazione col cattolicesimo e col liberalismo*, en F. Di Blasi–P. Heritier (editores) *La vitalità del diritto naturale*, Phronesis, Palermo, 2008, pp. 245–276,

En la confrontación con la concepción de Dworkin se ha dejado de lado (sollevata), con razón, la objeción de que ella presupone una comunidad política en la cual, la aceptación de los derechos, y su modo de entenderlos, sea muy poco controvertida y, en el caso de que lo sea, requiere la creencia en la existencia de una única respuesta correcta, es decir, coherente con los principios políticos institucionales, no sólo (nonchè) una confianza en la capacidad del juez para descubrirla (scovarla). Es evidente que en la sociedad pluralista de nuestro tiempo, comprendida aquella a la cual se refiere directamente Dworkin, el disenso se extiende hasta los principios políticos básicos, a los valores morales fundamentales y a su interpretación²⁷. Hay que indagar si la misma objeción puede ser realizada a la concepción del bien común propia de Tomás de Aquino. La respuesta requiere una articulación particular.

Ante todo, no puede decirse que en el pensamiento de Tomás de Aquino se presuponga una concepción completa de la justicia, a la cual el bien común debería adecuarse. Están indudablemente los principios de la ley natural, e inclusive también los de la ley divina, pero los contenidos del bien común dependen asimismo de otros factores, como los relacionados con la finalidad de la cooperación social y a su grado de extensión (por ejemplo, es diverso el bien común de la familia al de la comunidad política), aquellos vinculados al tipo de régimen político, a las costumbre establecidas y a las circunstancias históricas y culturales. En cualquier caso, el contenido del bien común político es el resultado del ejercicio de la razón práctica, gobernado por la autoridad y el discurso público, que se refiere al mismo tiempo el bien de la comunidad en su conjunto y el de los ciudadanos particulares en cuanto tales²⁸.

Por lo tanto, hay de entrada una mucha mayor indeterminación respecto a los principios políticos institucionales y a los derechos individuales de los que habla Dworkin, que además se refieren a un sistema político y jurídico determinado. Queda el hecho de que, en la concepción de Tomás de Aquino, no está previsto el disenso sobre la individuación de los principios primero de la ley natural y, por otra parte, se reconoce que las soluciones concretas de lo problemas

27 Cfr. A. MacIntyre, *Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity*, en E.B. McLean (ed.), *Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, ISI Books, Wilmington, 2000.

28 J. Finnis, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, cit., pp. 118-123.

prácticos específicos pueden ser más de una y que, por ello, el pluralismo de las opiniones es previsible y, en cierta medida, legítimo y fructífero. Y por esto una comunidad tiene necesidad de la autoridad y de decisiones autoritativas.

Es asombroso constatar cómo el ideal del *rule of law*, desde Aristóteles a nuestros días, se ha mantenido válido durante los siglos, a pesar del profundo cambio en el tiempo del mismo concepto de ley y, consecuentemente, también del modo de entender al derecho positivo. Por otra parte, no cualquier concepto de ley es capaz de respetar el significado auténtico de este ideal.

3. La ley según Tomás de Aquino

El concepto de “ley” de Tomás de Aquino es rigurosamente unitario y aplicado de modo analógico a los diversos tipos de ley, desde la eterna a la humana²⁹. “La ley es una regla o medida del obrar, por la que se induce a la acción o se retrae de ella”³⁰. En esta definición son dos los elementos dignos de ponerse de relieve: primero la función reguladora y normativa de la razón (*ordinatio rationis*) y, en segundo lugar, los efectos de esa regla en el regulado, por la cual ella se presenta como principio-guía de la acción y procura un comportamiento conforme a ella. En el interior de este esquema conceptual, son posibles las más diversas aplicaciones analógicas en relación a la diferencia entre razón divina y razón humana y al carácter interior o exterior de este principio-guía. Todo esto tiene notables reflejos sobre el modo de concebir la estructura típica de la ley.

Por ejemplo, entre la ley natural y la ley humana, aún existiendo una comunidad de género, hay diferencia de especie que se evidencia, entre otros modos, en el modo mismo de la formulación de la ley. La ley humana, sobre todo en la época del derecho codificado, ha asumido la calidad de un mandato unidireccional, que prescribe a una clase de destinatarios un determinado tipo de acción. El precepto se presenta como altamente determinado, como altamente selectivo de las posibilidades de acción y se aplica según el esquema ‘todo o nada’. Pero, si se concibiera de ese modo a la ley natural, como lo ha hecho el

29 Cfr. J. Maritain, *Nove lezioni sulla legge naturale*, al cuidado de F. Viola, Jaca Book, Milano, 1985.

30 I-II, q. 90, a. 1. Corresponde hacer notar que en esta definición de ley no se hace ninguna referencia directa a la coacción como su elemento esencial.

iusnaturalismo moderno y una escolástica que aún hoy se resiste a morir, se la transformaría en un catálogo de preceptos racionales, que en realidad serían fruto del cálculo y del artificio humano, haciéndose pasar por eternas e inmutables reglas de comportamiento social en realidad deducidas por una razón históricamente condicionada. Esto significaría el abandono del método analógico, para abrazar un concepto unívoco de ley.

En lo que se refiere, por otra parte, a la comunidad del género, todo tipo de ley tiene que ver con la razón, puesto que ordena los medios en orden al fin de bien común. Es una prescripción de la razón (*dictamen rationis*), o sea que debe incluir en ella misma las razones que la justifican como una disposición de medios adaptada al fin que se propone alcanzar, aún cuando –como es posible en las leyes humanas– estas razones puedan ser erróneas o falaces. Aquello que hace común a las diversas especies de ‘ley’ y las vuelve un concepto analógico, es la ‘razón’ de la ley, es decir el ser guía de las acciones de seres racionales, conscientes y libres. Esta *ratio* es –como sabemos– la misma que subyace al principio del *rule of law*, por la cual el derecho ‘gobierna’ las acciones humanas y propiamente no las ‘causa’ o las produce al modo de una fuerza física o psíquica, como es adecuado a seres que no son esclavos. La racionalidad de la ley pertenece a su definición. En este sentido, la ley natural es el alma de la ley positiva³¹. Esto significa no solo que la ley no puede tener cualquier contenido, sino también que el contenido de la ley entra siempre entre sus características esenciales. Estamos, por lo tanto, frente a una concepción sustancialista de la ley, puesto que se exige que ella sea justificada, es decir, sea dotada de una pretensión de justicia o de una promesa de justicia³², pero no que –consideradas todas las cosas– sea siempre y necesariamente justa.

31 No debe llamar a engaño el hecho de que en su tratamiento Tomás de Aquino dedique más espacio a la ley humana y sólo una cuestión a la ley natural. En realidad esta última, en cuanto principio intrínseco de acción, actúa en el interior de la ley humana y la justifica, puesto que la razón es el sentido de la ley. Por lo tanto, no es del todo exacto considerar –como a veces lo han hecho seguidores de Tomás de Aquino– a la ley natural como una ley independiente, siendo en cambio y sobre todo el elemento esencial de toda ley propia y verdadera. Cfr. A.M. González (ed.), *Contemporary Perspectives on Natural Law*, Ashgate, Aldershot, 2008.

32 J. Waldron, *Does Law Promise Justice?*, en “Georgia State University Law Review”, 17, 2000–2001, pp. 759–788.

Por lo tanto, se debe excluir que pueda ser considerada una ley propia y verdadera un mandato del soberano dictado por el arbitrio o el capricho. En virtud del principio de la razón, el carácter propio de toda ley es el de crear obligaciones para seres libres. Para Tomás de Aquino, 'ley' viene de *legare* y no ya de *eligere*. Sin embargo, mientras esa obligación interior es completamente justificada cuando la autoridad legislativa es Dios mismo, resulta problemática cuando se trata de una autoridad humana, cuando la ley es fruto de la razón y de la autoridad de los hombres. Y sin embargo, si se abandona el vínculo entre la ley y la razón y la pretensión de obligatoriedad de las leyes, no se podría tampoco justificar el carácter coercitivo de la ley humana, esto es, el uso de la fuerza frente a los recalcitrantes. Nada más justificaría la diferencia entre la sanción jurídica y la amenaza del bandido.

El concepto de "ley humana", que encontramos en la *Summa Theologiae*, se puede situar históricamente en la zona límite entre aquello propio del mundo antiguo y aquello que será propio de la modernidad. No se trata ya de una regla proveniente de tiempos inmemorables, sino de una creación consciente y argumentada de la autoridad soberana, de la cual el primer ejemplo relevante es el *Liber Augustalis* de Federico II (1231)³³. El emperador no estaba limitado a atenerse a las costumbres, sino que había dispuesto revisarlas, y si era el caso, modificarlas, agregando nuevas disposiciones de carácter sustancial y procesal. Hace de este modo su aparición ese tipo de ley fruto de la producción deliberada del derecho que Hayek considerará una invención de mayores alcances que la del fuego o la pólvora³⁴.

En cualquier caso, lo que le interesa a Tomás de Aquino no es la fidelidad a un orden jurídico preexistente, es decir, el tema de la *iurisdictio*, sino el dar forma a un orden jurídico ordenado al bien común, es decir, el tema del *gubernaculum*. Esto es posible recurriendo a la obra de la razón, que por lo tanto

33 Para una valoración más problemática de esta compilación legislativa, cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 134-135.

34 "The deliberate making of law has justly been described as among all inventions of man one fraught with the gravest consequences, more far-reaching in its effects even than fire and gun-powder". F.A. von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty: The Mirage of Social Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 72.

se transforma en juez de las reglas consuetudinarias persistentes³⁵. Es necesario, por lo tanto, abandonar la convención de que existiría solo la alternativa drástica entre la ley de la tradición y de las costumbres y la de la voluntad soberana que se sirve de ella como de un instrumento de poder. La primera no es propiamente creada por alguno, sino consolidada a través de procesos de vida en común y sin embargo, no dotada por esto necesariamente de racionalidad y de una justificación adecuada. La segunda, es creada mediante actos de imperio de la autoridad legítima, pero por esto mismo más atenta a la forma que a la sustancia, y de por sí no vinculada a la razonabilidad. La conexión entre la ley y la razón pone en discusión sea la primera solución, sea la segunda y configura una aptitud crítica en la confrontación de ambas o, si preferimos, pone una condición de aceptabilidad que vale para ambas. Las costumbres deben ser razonables y del mismo modo deben serlo los actos de mandato.

La vinculación entre la ley y la razón ordenada al bien común, no debe ser entendida necesariamente como la preexistencia de un orden jurídico compuesto de reglas racionales, conformes a la naturaleza humana, y por eso mismo queridas por Dios, “único y verdadero creador del derecho, único legislador auténtico”³⁶. Esta era indudablemente la versión corriente en la cultura medieval, pero no es exactamente la concepción de Tomás de Aquino. Existen indudablemente los principios de la ley natural, que es la ley divina, pero la ley humana no está concebida como una mera reproducción de ella³⁷. El bien común no está ya dado, sino que debe ser determinado sobre la base de múltiples factores y, sobre todo, no es idéntico para cada comunidad política. La ley humana es, por lo tanto, un auténtico producto de la razón (*ordinatio rationis*) que pretende evitar, ya sea la

35 Al tema de la costumbre Tomás de Aquino le dedica un solo artículo, pero –como veremos– es poco significativo.

36 P. Grossi, op. cit., p. 136.

37 De la ley eterna a la humana la guía de las acciones se torna cada vez más próxima a la contingencia, sin perder la vinculación con la justificación última de la obligatoriedad con la ley eterna. Las acciones a realizar son singulares y contingentes y por lo tanto la ley, cuanto más vecina es a esa contingencia (como la ley humana), tanto menos puede revestir esa infalibilidad que es propia de las conclusiones demostrativas. No es necesario que una medida sea infalible y cierta en absoluto, sino que debe serlo según su género. Cfr. I-II, q. 91, a. 3, ad. 3.

recepción pasiva de las costumbres, ya sea el arbitrio de la voluntad legislativa. Se define, por lo tanto, por su contenido, pero este no está ya dado y debe ser justificado en cada oportunidad. Tiene necesidad, asimismo, de cualificarse con criterios formales, esto es, a la legitimidad del órgano que la produce y del modo según el cual ha sido producida. “Por eso, ordenar al fin corresponde, ya sea a todo el pueblo, ya sea a la persona pública que tiene el cuidado de él. Puesto que ordenar al fin corresponde a aquel que concibe a este fin como propio”³⁸.

4. La ley positiva y la virtud

La ley positiva es una guía de las acciones humanas que proviene de otros seres humanos. Son seres humanos que guían a otros seres humanos³⁹. Se plantean por lo tanto, inmediatamente, los problemas más básicos: ¿guiar hacia dónde? ¿Para alcanzar qué fines son necesarias las leyes humanas? ¿Cuál justificación autoriza o legitima a algunos para guiar a otros?

Antes de examinar las principales características de la ley humana, no podemos pasar por alto el afrontar el obstáculo principal que impide todo acercamiento del pensamiento de Tomás de Aquino a la orientación política liberal. Según Tomás de Aquino, la ley humana es una disciplina ordenada principalmente a guiar a los hombres, sobre todo a aquellos inclinados al mal y a los vicios, hacia el ejercicio de la virtud. Esto implica obviamente una finalidad moral de la ley positiva y, por lo tanto, está en contraste con la autonomía de las personas, que es el valor central del liberalismo.

Es necesario reconocer que esta dificultad es real y, en cierta medida, también insuperable. Sin embargo, esta dificultad se ha agravado por equívocos y malos entendidos que han hecho perder de vista el núcleo propio y verdadero de la cuestión.

38 “Et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam quae totius multitudinem curam habet. Quia et in ómnibus aliis ordinare in finem est eius cuius es proprius ille finis”. I-II, q. 90, a. 3.

39 Cfr. J. Palsterman, *La direction des autres d'après saint Thomas d'Aquin*, en “Ephemerides thologicae lovaniensis”, 1961, p. 504, y F. Viola, *L'autorità come principio secondo s. Tommaso d'Aquino*, en *Id. Concezione dell'autorità e teorie del diritto*, Japadre, L'Aquila, 1982, pp. 63-92.

Ante todo, es necesario distinguir la tesis que afirma el carácter normativo de la ley humana, de la tesis por la que es la tarea de la legislación la promoción de una moral determinada.

Que la ley humana tenga una dimensión normativa es una tesis que no puede ser confutada, a menos de refutar también que ella sea propiamente una guía del comportamiento. Solo si se acepta que los mandatos del soberano deben producir la obediencia de los ciudadanos, así como una causa produce su efecto, es decir, en virtud de la amenaza de la sanción, entonces ni el acto legislativo ni el de obediencia tendrán propiamente carácter normativo. En tal caso, no existirá una obligación jurídica propia y verdadera, sino sólo una relación de fuerza. Pero esta no es –como se ha visto– la concepción de Tomás de Aquino, y no es tampoco la de la tradición liberal a partir de John Locke, para la cual es función de la ley el hacer practicable la libertad humana en la vida social. El derecho debe estar en condiciones de proveer razones para la acción que puedan entrar en competencia con las otras razones no jurídicas para obrar en el proceso de la deliberación práctica. Esto no significa que las normas jurídicas deban ser consideradas como normas morales, sino solo que no pertenecen al ámbito de la mera facticidad en cuanto proporcionan razones para la acción.

Son, por el contrario, “leyes morales” aquellas que tienen una finalidad moral, es decir, que están ordenadas a reforzar o promover determinados valores morales. Es necesario, de inmediato, hacer notar que es imposible que una legislación consiga evitar del todo las leyes morales. Para hacerlo, debería abstenerse de regular materias que entran necesariamente dentro de su competencia, puesto que implican la posibilidad de hacer daño a otros. En muchos casos es muy difícil distinguir netamente entre la moralidad privada y la pública. Por otra parte, una ley que, por ejemplo, permite el aborto es tan “moral” como aquella que lo prohíbe. Hoy en día, mucho más que en el pasado, en razón de los progresos de las ciencias, de la multiplicación de las relaciones humanas interculturales y de la difusión del pluralismo ético y de los derechos humanos, aumentan los casos en los cuales el legislador está constreñido a afrontar cuestiones morales, pero de aquí no se sigue que la tarea general de la legislación tenga un carácter moral. Este último es el verdadero punto de conflicto entre la concepción de Tomás de Aquino y la típica del liberalismo, es decir, el objetivo general de la legislación.

En la *Summa Theologiae* están presentes dos justificaciones de la necesidad de una ley humana. La primera, que es la principal, está ligada al proceso de articulación de la razón práctica, que pasa de los principios universales y comunes a las reglas específicas de los casos particulares⁴⁰. La razón humana ha de hallar el modo más congruente de regular las situaciones contingentes a la luz de los principios primeros de la ley natural. Pero esto no es un proceso mecánico, ni es infalible y está sujeto a controversias. Esto justifica la necesidad de una autoridad humana que decida desde la óptica del bien común. Esta justificación es la principal, porque se refiere a la *vis directiva* de la ley humana, esto es, al ser un guía de la conducta en cuanto medida de la razón. Pero cuando Tomás de Aquino trata más específicamente la ley humana, agrega otra justificación, que se refiere y se dirige más a su *vis coactiva*: la institución de la ley humana es necesaria porque sólo de ese modo aquellos hombres (sobre todo los jóvenes) de carácter rebelde y dedicados a los vicios pueden ser conducidos, mediante la fuerza y el temor, hacia el ejercicio de la virtud; mientras que para aquellos bien dispuestos a la virtud ella no es estrictamente necesaria, siendo suficiente con la disciplina paterna, que actúa mediante admoniciones (*monitiones*)⁴¹. Por lo tanto, el objetivo general de las leyes es también el de conducir a los ciudadanos pendencieros al ejercicio de la virtud⁴².

Esta segunda justificación es discutible, puesto que parecería sostener que los hombres bien dispuestos respecto de la virtud no tendrían necesidad de la ley humana, cuando por el contrario aún ellos deben ser educados a su modo en la prosecución del bien común, que no siempre coincide con el bien personal.

40 I-II, q. 91, a. 3.

41 Se excluye, por lo tanto, que el *paterfamilias* tenga un poder coercitivo similar al de la comunidad política (I-II, q. 95, a. 1). También Locke pensaba que una función fundamental del poder legislativo era la de hacer más coactivas las leyes naturales ("the obligations of the law of Nature cease not in society, but only in many cases are drawn closer, and have, by human laws, known penalties annexed to them to enforce their observation"). Cfr. *Secondo Trattato sul Governo*, cap. XI, N° 135.

42 I-II, q. 95, a. 1. Mientras que Oliver Wendell Holmes se coloca desde "el punto de vista del hombre malo" (*bad man*) para la consideración de lo que sea el derecho, Tomás de Aquino se pone "desde el punto de vista del hombre malo" para comprender como tarea del derecho su socialización. Esto implica un muy diverso modo de considerar la pena y la amenaza de la sanción.

Además, se asimila la autoridad política con la paterna en lo que respecta a la vis directiva de la ley, cosa que en otra parte Tomás de Aquino ha distinguido claramente. Sin embargo, la concepción general está sostenida por la convicción de que el fin de toda ley, y por lo tanto también de la ley humana, es el de hacer buenos a los hombres⁴³, aquellos bien dispuestos a la virtud mediante una guía razonable al bien común y aquellos mal dispuestos mediante la amenaza de la pena. La legislación es una parte esencial de la educación moral de los hombres. Ahora bien, esta tesis en su conjunto aparece en contraste con la autonomía moral de las personas. Pero, en un examen más atento, lo es menos de lo que podría parecer a primera vista.

Sobre todo, hay que distinguir netamente la posición de Tomás de Aquino de la bien conocida de Patrick Devlin, que se centra en la tesis del *legal enforcement of morals*. Según Devlin, aquello que justifica el refuerzo jurídico de la moral es el objetivo de defender la sociedad de la disgregación y favorecer la cohesión social mediante el sostenimiento jurídico de un conjunto compartido de creencias morales. Como consecuencia, una sociedad puede legítimamente hacer respetar cualquier creencia moral compartida, con la condición de que ella aglutine entre sí a sus miembros. Devlin se refiere, por lo tanto, a la moralidad positiva, mientras Tomás de Aquino mira a la moral crítica, no ya a la cohesión social como un bien en sí, sino al bien en sí como tarea de la vida social. Se trata, por lo tanto, de dos orientaciones bien diferentes entre sí⁴⁴. No corresponde desconocer esta diferencia para hacer al pensamiento de Tomás de Aquino más aceptable a la óptica liberal. Por el contrario, la imposición de una moralidad crítica puede revelarse como bien contraria a las preferencias y creencias de los individuos de lo que puede serlo una moral positiva. Es evidente que el cognitivismo ético no es considerado raramente como una temible amenaza para la autonomía moral y la libertad de conciencia de las personas⁴⁵. Pero, si así fuera, entonces las elecciones de los individuos deberían ser todas consideradas

43 I-II, q. 92, a. 1. Sobre este tema, cfr. R.P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

44 Para un análisis exhaustivo de la tesis de Devlin y de la réplica de Hart, reenvío a *Ibid.*, pp. 48-82.

45 No por casualidad Devlin ha tomado distancia frente a la tesis de la verdad de las obligaciones morales. Cfr. *Ibid.*, p.71.

de igual valor moral y esto resulta irrazonable. Se debe encontrar entonces un modo de preservar el valor de la libertad de conciencia sin sacrificar la posibilidad de juzgar algunas elecciones colectivas o individuales como más justas o más buenas que otras. No digo que Tomás de Aquino haya tenido éxito en esta empresa, sino sólo que su pensamiento se dirige en esta dirección, aunque con los condicionamientos de la cultura de su tiempo.

Según Tomás de Aquino, el quehacer propio de la legislación no es el de imponer determinadas reglas morales, sino en de educar en la virtud, entendida como capacidad de realizar elecciones y cumplir acciones buenas. Tener una virtud no es simplemente poseer una determinada capacidad, sino más exactamente saberla usar al máximo⁴⁶. No se puede formar un concepto de una virtud en particular sin alguna idea del tipo de acciones que corresponden a esa virtud. Tener una virtud quiere decir tener la disposición a cumplir un cierto tipo de acciones y, por lo tanto, es el tipo de acciones a cumplir el que conduce a identificar una virtud y a distinguirla de las otras virtudes. En este sentido, la ética de las virtudes está ligada a una ética objetiva. Pero esto no significa que ella sea en sentido propio una *ética de la ley*. Para serlo sería necesario poder distinguir bien las categoría de acciones buenas sobre la base de reglas que las describen, pero en realidad lo que hace comunes acciones muy diferentes entre sí y las hace propias de una cierta virtud, es una cualidad moral no plenamente determinable a priori y dependiente del contexto experiencial en el cual las acciones son realizadas⁴⁷. Solo en referencia a los casos concretos podemos decir cuándo una acción es requerida por una cierta virtud, mientras que en el plano

46 La virtud no es simplemente una capacidad, sino la perfección de una capacidad, es decir, una disposición para usar una capacidad al máximo de su potencialidad (*perfectio potentiae*). Cfr. I-II, q. 55, a. 3. Por lo tanto, si queremos confrontar esta concepción de la virtud con la ética de Amartya Sen y Martha Nussbaum, tenemos que decir que la virtud no es una capacidad (*capability*) sino el funcionamiento al máximo de esta. Cfr. M. Nussbaum, *Virtù non relative: un approccio aristotelico* (1988), en M. Mangini (al cuidado de), *L'etica delle virtù e i suoi critici*, La Città del Sole, Napoli, 1996, p. 167-209.

47 Aquí es necesario recordar a aquello que observa Wittgenstein a propósito del lenguaje y de los juegos: no elegimos cierto tipo de acciones como individuadas por esa descripción sin ser capaz de decir aquello que ellas tienen en común y en virtud de qué caen dentro, de la misma descripción. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Blackwell, Oxford, 1953, N° 65-67.

general es más fácil concordar acerca de las acciones que le son contrarias. Sabemos cuáles son el general las acciones injustas, pero solo en el caso particular podemos individuar cuáles son aquellas justas.

Por lo tanto, la educación de la virtud por parte de la comunidad política difiere de la que es propia de la familia, que es la agencia educativa primaria. Las diferencias abarcan numerosas dimensiones. En cuanto al método de la disciplina ordenada a la virtud, la comunidad política opera mediante leyes generales reforzadas por sanciones⁴⁸. Esto quiere decir que prevalecen las prohibiciones de aquellas acciones que seguramente son contrarias a la virtud y a un vida buena, más que los mandatos positivos de acciones buenas. En cuanto al objeto, las leyes positivas no se ocupan de todas las virtudes, sino sólo de aquellas que se refieren a las relaciones sociales y, en primer lugar, de la justicia, es decir, de todo aquello que se refiere al no dañar a los demás y darles todo aquello que les corresponde. Más aun, ni siquiera todo aquello que es contrario a la virtud de la justicia es oportuno que sea expresamente prohibido por las leyes positivas, allí donde puedan verificarse consecuencias peores⁴⁹. Como se puede notar, la tarea educativa de la comunidad política está sujeta a restricciones significativas⁵⁰. No se trata de hacer a los hombres obedientes a la ley moral, sino de ayudarlos a encontrarla y seguirla.

48 La educación de la familia opera prevalentemente –como se ha visto– a través de dictámenes de carácter particular (*admonitiones*).

49 I-II, q. 96. A. 2. "Y de modo similar, a los hombres imperfectos en la virtud les son permitidas muchas cosas que no son toleradas a los hombres virtuosos. La ley humana se impone a una multitud de hombres, en la cual la mayor parte está constituida por hombres imperfectos en la virtud. Y por eso no todos los vicios han de ser reprimidos por la ley humana, vicio de la cuales los virtuosos se abstienen, sino solo aquellos más graves, de los cuales es posible alejar a la masa, y especialmente aquellos dañosos a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría conservarse, como el homicidio, el robo y otras cosas similares".

50 I-II, a. 100, a. 2. "En efecto, la ley humana está ordenada a la sociedad civil, es decir, a la sociedad de los hombres entre sí. Los hombres, finalmente, se ordenan entre sí mediante actos exteriores, con los cuales se comunican. Y esta comunicación tiene el aspecto de la justicia, que es propiamente la virtud directiva de la sociedad humana. Por eso los preceptos de la ley humana se limitan a los actos de justicia; y si mandan actos de otra virtud, lo hacen solo en cuanto toman aspectos de justicia".

Obviamente, esta posición resulta incompatible con la tesis de aquellos que consideran a la finalidad moral de la ley positiva por esto mismo una violación de la autonomía moral y, consecuentemente, de la vida moral de los ciudadanos. Sin embargo, puesto que no se puede negar –como lo recuerda Waldron– que las leyes humanas están provistas, en menos en línea de principio, de una promesa de justicia, y entonces parece necesario esterilizar la justicia en el plano moral, separándola del bien. Es este, en efecto, el sentido del conocido principio rawlsiano de la prioridad de lo justo sobre el bien. El bien es considerado como subjetivo, mientras lo justo es objetivo o en cualquier caso susceptible de reglas racionalmente justificadas. El bien es considerado moral, mientras lo justo es visto como político. Pero esta tesis es insostenible, por el simple hecho de que no podremos nunca establecer cuándo los otros son dañados o aquello que a ellos corresponde, si en ningún modo sabemos cuál es su propio bien, o cuál es en general el bien de los seres humanos que viven en sociedad. La misma posibilidad de una sociedad que sea diversa de un mero *modus vivendi* es un bien para aquellos que la habitan. Aún el principio –defendido por Dworkin– de tratar a todos los seres humanos con igual consideración y respeto, está fundado en una idea de la “vida buena”, que no podrá existir como tal en un régimen de desigualdad. No podremos ser felices en una sociedad injusta. Lo justo es, por lo tanto, una forma del bien, mejor –según Aristóteles y Tomás de Aquino– es la forma más elevada del bien, comprensiva de todas las otras.

La virtud de la justicia difiere de las otras por la relevancia particular que confiere a las acciones exteriores respecto de las intenciones. Si se ayuna para mantenerse en forma, no se cumple ciertamente con un acto de templanza, pero, si se cumplen los deberes propios por el solo temor de la sanción, se cumple no obstante un acto de justicia. Ciertamente no será por esto un hombre justo, pero el acto cumplido será justo⁵¹. Es esta la justicia que interesa al derecho y a la comunidad política, o sea, que todos sean tratados justamente. En este sentido, se puede afirmar que los actos de justicia son independientes de la disposición interior del agente. La acción debe adecuarse con el otro, con aquello que corresponde al otro, antes que con las convicciones íntimas del agente. “Aquella forma de realización de la justicia que cae bajo la ley quiere que se actúe en

51 Como consecuencia, se pueden cumplir actos injustos sin por ello ser injusto.

conformidad con el orden jurídico y no en virtud del hábito de justicia”⁵². Esto significa que las acciones justas o injustas son susceptibles de una justificación objetiva o intersubjetiva y no pueden ser abandonadas a las convicciones éticas personales⁵³.

Por estas razones resulta equivocado calificar como paternalista esta concepción de la justicia, puesto que aquello que es justo o injusto en la vida social debe ser establecido por el discurso público y no se trata de una materia en la cada uno pueda decidir por su cuenta propia en lo que respecta a los demás y a su propio bien⁵⁴. Si, pues, la autoridad política tiene la tarea de deliberar acerca de la justa articulación de las relaciones sociales, esto se refiere a la vida moral del ciudadano no ya con referencia a sus aptitudes interiores, sino relativamente al aspecto esencial de la virtud de la justicia, es decir, a la rectitud de las acciones exteriores referidas a las relaciones intersubjetivas, más que a las intenciones del agente. Por lo tanto, mientras no hay ninguna duda de que una vida es mejor si está conforme a las propias convicciones éticas más profundas⁵⁵, es también exigible que lo sea asimismo para los otros, por el respeto de sus derechos y por su tratamiento equitativo, o sea, si además de ser mejor a los propios ojos, es además justa frente a los demás.

Por lo tanto, el cometido moral de la ley positiva según Tomás de Aquino consiste en deliberar sobre la justicia de las acciones exteriores en la medida en que ellas interesan a las relaciones entre los conciudadanos, y en reforzar con sanciones las decisiones tomadas para la realización de la paz social, con el agregado de la convicción de que la práctica de las acciones justas ayuda a los

52 I-II, q. 100, a. 9, ad. 1. Es cierto que aquí se refiere a la ley del Antiguo Testamento, pero ello puede extenderse también a la ley positiva, que es exterior como aquella.

53 Cfr. J. Pieper, *Sulla giustizia* (1954), trad. italiana de E. Morselli, Morcelliana, Brescia, 1962, pp. 37-43.

54 Es necesario distinguir la cuestión del paternalismo de la inevitable influencia que tienen las leyes –aun en los regímenes liberales– sobre la vida del ciudadano y sobre su concepción del bien. Cfr., con especial referencia a las tesis de Dworkin, la crítica de Ch. Wolfe, *Natural Law Liberalism*, Cambridge U.P., Cambridge, 2006, pp. 57-81.

55 “It is implausible to think that a person can lead a better life against the grain of his most profound ethical convictions tan at peace with them”. R. Dworkin, *Liberal Community*, en “California Law Review”, 77, 1989, p. 486.

ciudadanos, en especial a aquellos más violentos, a llegar a ser justos, es decir, virtuosos.

En la modernidad, en razón del carácter intersubjetivo de la justicia y de la prevalencia de las acciones exteriores sobre las convicciones subjetivas, el punto focal de la moral se ha retirado progresivamente a la esfera privada, en la cual cada uno tiene que verse con sus propias pasiones y las administra con libertad y según su conciencia. Las cuestiones de la justicia son desprovistas de dignidad moral y confinadas al cometido puramente negativo de la protección de la igual libertad de los demás y de los problemas de coordinación social. El principio antipaternalista impone que sólo se puede decidir sobre el bien *para sí* y no sobre el bien de los otros o de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, puesto que no podemos evitar que nuestras acciones exteriores tengan efecto sobre la esfera existencial de los otros, es imposible evitar preguntarse qué cosas les debemos a ellos, es decir, interrogarse sobre aquello que está bien hacer o no hacer a su respecto. La respuesta a estos interrogantes no puede ser abandonada a nuestras preferencias, ni tampoco al juicio privado, sino que debe ser buscada en el discurso público abierto a la participación de todos los asociados. Aquí el objetivo no es más el bien *para sí*, sino el bien *para todos*.

¿Puede existir un bien para todos, o sea aquello que tradicionalmente se llama un “bien común”? A esta pregunta es siempre más difícil responder positivamente en la medida en que se difunde el régimen del pluralismo. Pero, si no existe un bien común, no es posible hablar de “comunidad política”, que es el lugar de la comunidad del bien. A lo máximo, pueden haber entrecruzamientos afortunados, aunque inestables, entre las diferentes concepciones del bien (*overlapping consensus*), pero nada más. Forzosamente resulta necesario resignarse a la presencia del bien común, pero la dificultad es que de ese modo el mismo bien personal deviene incierto e infundado. El progresivo crecimiento de las demandas de reconocimiento que los individuos y los grupos dirigen a la sociedad política en su conjunto, demuestra que el prescindir de un bien común daña también el bien personal, ya que lo deviene subjetivista e incierto. No basta, en efecto, un régimen puro y simple régimen de tolerancia de las más diversas concepciones existenciales, puesto que ninguna de ellas aspira a ser reconocida como una elección provista de valor ético y no ya simplemente como una cuestión de gusto personal. Pero, si se aspira al reconocimiento de

una dignidad moral objetiva, entonces debe aceptarse el salir de la dimensión subjetiva y confrontar con las visiones rivales en el ámbito de una búsqueda del bien común.

La época contemporánea se encuentra, por lo tanto, frente a esta alternativa: o admitir que la vida moral es subjetiva y, por lo tanto, tolerar todas las diferentes concepciones del bien en el ámbito de una vida política de por sí despojada de dignidad ética, o bien, abrir la puerta a una búsqueda común del bien, en la cual cada posición acepte ponerse en discusión, al menos bajo algún aspecto⁵⁶. En cualquier caso, no se puede negar la estricta interdependencia entre bien personal y bien común. El sentido y el alcance ético del primero depende del sentido y alcance ético del segundo. Por esto la virtud de la justicia tiene una prioridad sobre las otras virtudes, en cuanto asegura la universalidad y objetividad del bien.

Esto no significa absolutamente que el bien de la comunidad política debe tener prevalencia sobre el bien individual. Al contrario, cuando el bien de la comunidad fuera contra el bien de sus miembros, entonces ella no podría pretender legítimamente su obediencia⁵⁷. Por otra parte, si el gobierno se desinteresase de los recursos humanos que tienen los ciudadanos y de su cultivo y potenciamiento, no estaría en situación de vida que es para ellos (y no para el gobierno) la mejor. Como consecuencia, las preferencias individuales se formarían de un modo a-crítico y el radio de elección de cada ciudadano estaría restringido a aquellos objetivos que están en condiciones de alcanzar con los únicos recursos provistos por la lotería natural y de las circunstancias casuales.

Examinaremos ahora aquellas características necesarias que la ley positiva

56 Para esta problemática reenvío a mi trabajo *Tommaso tra i contemporanei. La presenza delle dottrine tomiste nella filosofia pratica contemporanea*, en C. Vigna (al cuidado de), *La libertà del bene*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, pp. 229-264.

57 Para las referencias textuales sobre este punto, cfr. J. Porter, *The Recovery of Virtue*, SPCK, London, 1994, pp. 125-128. Tomás de Aquino afirma también que cada persona participa del principio activo de la ley, o sea que hay una competencia natural para realizar juicios según la ley (I-II, q. 91, a. 3 *sed contra*, y también q. 94, a. 2). Cfr. R. Hittinger, Thomas Aquinas on Natural Law and the Competence to Judge, en J. Goyette-M.S. Latkovic-R.S. Myers (eds.), *St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 2004, p. 267.

debe poseer para permitir esta búsqueda común del bien. Aquí encontramos la concepción del *rule of law* propia de Tomás de Aquino.

No nos detendremos sobre el aspecto sustancial, es decir, sobre la relación entre la ley humana y la ley natural, ya que esto es lo más conocido y lo más estudiado. Pero no quisiera que se pensara en una desvalorización de la que es para Tomás de Aquino la primer condición de la ley humana, la más fundamental, esto es, su derivación en cuanto regla de la razón, de la ley natural⁵⁸. Es conocido que esta derivación puede ocurrir de dos modos: *ad modum conclusiones* (como en el caso de las ciencias) y *ad modum determinationis* (como en las artes). Y se ha hecho notar también que no se trata de dos modos separados de derivación, sino de una relación compleja entre principios universales de la razón y su concretización histórica operada a través de conceptos jurídicos, doctrinas e instituciones jurídicas unidas a elecciones políticas, realidades todas que son en buena medida de carácter cultural y que se indagan sobre la base de la razonabilidad más que de la lógica deductiva⁵⁹. Este aspecto de la concretización histórica es más rico y articulado cuando se pasa del *ius gentium* al *ius civile*, que está mucho más embebido de costumbres particulares y de prácticas culturales ligadas a una comunidad específica⁶⁰. Aquí el papel de la determinación autoritativa es decididamente invasivo, lo que muestra un sentido fuerte de la positividad del derecho.

Al interior de este cuadro general, en el cual la ley positiva, por una parte, resulta derivada de (o de algún modo conectada con) la ley natural, y de la otra, se trata de un medio dirigido al fin de la utilidad humana⁶¹, es decir, al bien común, se articulan las condiciones que esa ley debe respetar para resultar una vía adecuada a su objetivo. Siendo la ley positiva un artefacto, una producción social de los seres humanos, debe resultar conmensurada a ese fin. Esto implica el respeto de condiciones específicas y la posesión de determinadas características, que son conjuntamente sustantivas y formales⁶². Son *sustantivos* en cuanto son

58 I-II, q. 95. A. 2.

59 Cfr. J. Finnis, *Legge naturali e diritti naturali*, trad. it. De F. De Blasi, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 304-314.

60 I-II, q. 95, a. 4.

61 I-II, q. 95, a. 3.

62 Si reconsideramos la distinción entre condiciones sustantivas y formales del *rule of law*, a las que se ha

justificados por su adecuación a un fin de justicia y son *formales* en cuanto no contienen ya los valores que están ordenados a alcanzar, sino que solo favorecen la obtención o buscan obstaculizar de algún modo la violación de un aspecto de la dignidad humana. Estas condiciones y estas características pueden estar presentes en varios grados de intensidad y, en consecuencia, un sistema jurídico puede ser en diferente medida respetuoso del *rule of law*. Sin embargo, debe serlo al menos en un grado mínimo si no se quiere caer en la arbitrariedad, perdiendo toda justificación ético-política.

Podemos distinguir los requisitos formales del *rule of law* en algunas categorías principales: condiciones de carácter antropológico, condiciones de practicabilidad, características estructurales de la ley y principios de justicia natural.

5. La antropología del *rule of law*

Hemos dicho que el fin del bien común requiere una predisposición de los medios adaptados para alcanzarlo. Estos medios están implicados en una estructura de tipo finalista, que refleja una característica esencial del modo en el que opera la naturaleza humana. Las acciones humanas se comprenden y se distinguen entre sí propiamente en razón del objeto que las especifica. Pero esto no basta. Ocurre también que este objeto ha de ser intencionado como fin por el sujeto agente, es decir, aprobado y valorado como un bien a perseguir con los medios más conducentes. Asimismo, para alcanzar este bien se necesita escoger los medios mejor adaptados. Aquí, al nivel de los medios, tiene lugar propiamente la deliberación racional que desemboca en la elección. La intención se refiere conjuntamente al fin último y a los medios más significativos, que a su vez deben ser considerados como fines intermedios⁶³.

aludido más arriba, debemos concluir que la concepción de Tomás de Aquino pertenece en cierto modo a ambas o, si queremos, constituye un *tertium genus*, en cuanto no tenemos ninguna certeza de haber alcanzado el fin si no es a través del uso correcto de los medios. Como consecuencia, los disensos en temas de justicia pueden muchas veces ser reconducidos a un modo diferente de entender el uso de los medios jurídicos. El pluralismo de los medios se troca en un pluralismo de fines.

63 "Unus et ideo subiecto motus voluntatis est tendens in finem et in id quod es ad finem". I-II, q. 12, a.

4. Cfr., sobre este tema, J. Finnis, *Object and Intention in Moral Judgements According to St. Thomas*

Estas tesis sobre la acción humana pertenecen a una concepción antropológica más general o a un modelo antropológico, el propio del hombre racional y razonable, libre y responsable, de la que son una variante interna. La antropología social de Tomás de Aquino, así como aquella que subyace a las diferentes formas de liberalismo, pertenece de pleno derecho a este paradigma general y, así como otras variantes, pretende ser su interpretación más adecuada.

Sin finalidad, sin intención de perseguirla y sin capacidad de adaptar a ella los medios, es vano hablar de gobierno de la ley y de un orden social gobernado por el derecho y no ya de algo similar al horario ferroviario. Sin estas condiciones ni siquiera el liberalismo sería posible, puesto que también el necesita en general una antropología de la finalidad, de la intencionalidad y de la elección⁶⁴. Podremos, por el contrario –como es propio de las teorías realistas– considerar al derecho como un mecanismo puramente causal que produce la acción querida mediante meras amenazas de consecuencias desfavorables, como un gigantesco proceso de condicionamientos físico–psíquicos del comportamiento de sujetos que se ilusionan con ser sus propios y verdaderos agentes, pero en realidad no intentan el fin ni eligen los medios. Debemos, entonces, renunciar a la libertad de los sujetos, a su responsabilidad, a la posibilidad de una búsqueda consciente del bien, a la posibilidad de deliberar sopesando las razones para actuar o no actuar⁶⁵.

Esta antropología modela el derecho en el sentido de reclamarle la capacidad de “guiar” la acción humana⁶⁶ y no ya de causarla o producirla. La obediencia

Aquinas, en J. Follon–J. McEvoy, (al cuidado de), *Finalité et intentionnalité: doctrine thomiste et perspectives modernes*, Vrin. Paris, 1992, pp. 127–148.

64 MacIntyre ha subrayado la importancia de conceptos como el de *intentio*, *synderesis*, *conscientia* y *electio* en la ética de Tomás de Aquino, haciendo notar que ella ha introducido la noción agustiniana de *voluntas* en el esquema aristotélico de la razón práctica. Cfr. A. MacIntyre, *Giustizia e razionalità*, I, trad. it. de C. Calabi, Anabasi, Milano, 1955, pp. 224–253.

65 “Emprender la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas, necesariamente implica la adhesión a la visión según la cual el hombre es, o puede devenir, un agente responsable, capaz de comprender y seguir la norma, y de responder a sus faltas”. L.L. Fuller, *Morality of Law*, cit. (trad. it. *La moralità del diritto*, ed. al cuidado de A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano, 1986, p. 211.

66 Según Tomás de Aquino, la característica propia de la ley es la de dirigir la acción (“*lex omnes directiva*

cia en cuanto tal no basta, sino que debe aparecer en un contexto intencional, en el cual de algún modo están convocados todos los participantes en la empresa común del orden jurídico. No todos comparten en general los objetivos y contribuyen a título diverso a determinarlos, a precisarlos, a modificarlos también a través de una obra de adaptación de los medios. Por lo tanto, resulta equivocado definir el derecho a la manera de John Austin, esto es, como aquel conjunto de mandatos del soberano que reciben una obediencia habitual, porque esto no da ninguna relevancia a las razones para la acción. Del mismo modo, resultan inadecuadas todas aquellas concepciones del derecho que están exclusivamente interesadas en su capacidad para poner orden en la sociedad o en la eficacia de sus resultados a los fines de la coordinación social. El derecho no está destinado a ordenar la sociedad de cualquier modo, sino que procura hacerlo de un modo específico, aquel adecuado a las acciones de agentes racionales y responsables, que tienen necesidad de razones para obrar en la vida social⁶⁷.

“Guiar una acción” se refiere no solo al modo en que la autoridad dirige las acciones de aquellos que le están sujetos, sino también al modo en que estos se gobiernan a sí mismos. Más aún, este segundo sentido resulta prioritario, en cuanto es para permitir que agentes libres y conscientes puedan conservar y ejercitar sus prerrogativas morales que la autoridad debe gobernar mediante el derecho. El derecho tutela la posibilidad del obrar moral en la vida social. Sin este presupuesto, el mismo derecho pierde su especificidad respecto a los otros métodos de control social. El puesto de los legisladores, de los jueces y de los juristas podría ser ocupado sin que se pierda nada por los managers, los psiquiatras o los tecnócratas.

Por lo tanto, la antropología del *rule of law*, si bien radica [originariamente] en el modo de obrar del individuo, se extiende directamente a las acciones cooperativas, en las que se constituye una intencionalidad común dirigida hacia

est actuum humanorum”). Su *vis coactiva* es secundaria respecto de su *vis directiva*, tanto que no entra en la definición general de ley. Cfr., en este punto, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

67 Es justo recordar entre aquellos que, habiendo denunciado una concepción puramente “causal” del derecho, tuvieron que pagar el precio de su denuncia; E. Pashukanis, *Law and Marxism: a General Theory* (1929), ed. por C. Arthur, Ink Links, London, 1978, p. 79.

fines que resultan precisados ulteriormente en el curso del obrar⁶⁸. Es necesario abandonar la idea ingenua de la existencia de un fin ya establecido y de medios ya presupuestos. En realidad, la relación “medios/fin” es circular. Los fines son al comienzo vagos e inciertos y los medios son múltiples. El uso de un medio en lugar de otro contribuye a remodelar el fin, y este, a su vez, selecciona los medios más adecuados. Los procesos de dirección y adaptación (*directiveness and adaptability*) se re-recorren al infinito⁶⁹.

Esta antropología implícita, aun entendida del modo más genérico, forma parte integrante y esencial de lo que Hart ha llamado “el contenido mínimo del derecho natural”⁷⁰, esto es, “aquellos principios de la conducta humana que esperan ser descubiertos por la razón humana, con los cuales la ley humana debe conformarse si quiere resultar válida”⁷¹. Es verdad que Hart los ha restringido a los vínculos puestos al contenido de la ley positiva en razón de las circunstancias empíricas en las que se encuentran de hecho la naturaleza humana y la vida social (vulnerabilidad, igualdad imperfecta, altruismo limitado, recursos escasos, comprensión y fuerza de voluntad limitada). Pero, siempre permaneciendo en el interior de esta línea de pensamiento, se debe reconocer que existen también vínculos en el modo de estructurar la vida jurídica si queremos no solo responder a las necesidades y a las exigencias vitales de los seres humanos, sino también a su deseo de ser agentes conscientes y libres y de no ser tratados como esclavos.

También aquí es necesario tener en cuenta los límites que corresponden a la condición humana. La conciencia de un fin compartido es imperfecta y está distribuida de modo desigual, las elecciones dependen de las oportunidades existentes de hecho, el ejercicio de la libertad está restringido por las capacidades poseídas. Existe una pluralidad de opiniones y de concepciones de la vida, y esto exige la autoridad política. Si acaso el derecho degradara (*mortificasse*) ulteriormente la imperfección humana mediante leyes secretas, oscuras, impracticables, retroactivas, aplicadas con discrecionalidad, aun cuando fueran

68 Cfr. mi *Il modello de la cooperazione*, en F. Viola (al cuidado de) *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 11-58.

69 Cfr. L.L. Fuller, *Human Purpose and Natural Law*, in “Natural Law Forum”, 3, 1958, pp. 68-76.

70 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. it, al cuidado de M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, p. 225.

71 *Ibid.*, p. 217.

respetuosas de los contenidos mínimos del derecho natural indicados por Hart, no solo las finalidades elementales de la vida asociada no quedarían aseguradas, sino que los co-asociados no se sentirían tratados como seres humanos. No basta, en efecto, adquirir aquellos bienes elementales que esperamos de la vida social, sino que esto debe resultar en el interior de una obra de civilización y no ya de servidumbre.

Entonces, el paradigma antropológico funciona como modelo ideal del orden jurídico y se puede demostrar que no pocas veces ha sucedido así, aun de parte de aquellos que se oponen en el plano teórico. Sus características muchas veces no se encuentran de hecho en la vida social, pero el derecho y la política deben operar como si estuvieran presentes en grado suficiente. Deben tratar a los hombres como seres conscientes, aún cuando no siempre lo sean; deben tratarlos como seres libres y responsables aún cuando no se comporten como tales. Y de este modo todos deberíamos aprender, los unos de los otros, a llegar a ser lo que somos. Pero esta es una obra nunca definitivamente cumplida y siempre inestable.

Podemos llamar a esta “la forma mínima del derecho natural”⁷², que la ley humana debe respetar para realizar su cometido en sociedades habitadas por seres humanos. Y ahora examinaremos cómo ella está articulada en el pensamiento de Tomás de Aquino. Como veremos, se trata de requisitos formales, pero no meramente formalistas, en cuanto están justificados en observaciones también empíricas sobre el comportamiento de los seres humanos en la vida social.

6. La practicabilidad de la ley positiva

Una condición que tiene especial relevancia en la definición tomista de la ley humana, inmediatamente después de su conformidad al orden de la razón, esto es, a la ley natural, es la de su practicabilidad. Una ley que no puede ser cumplida no es solo ineficaz de hecho, sino que lo es sobre todo en línea de principio, lo que la transforma en vacía y estéril. Si en la óptica de Tomás de

72 Se ha hablado asimismo de “derecho natural procedural”. También Fuller se ha expresado de un modo similar, pero no hace justicia a la idea, ya que, si queremos ser rigurosos, como veremos existe una diferencia entre la forma y el procedimiento.

Aquino una ley evidentemente injusta no es válida, se puede decir que una ley impracticable es inútil, un puro y simple *flatus vocis*.

Sabemos que cuando una ley manda cosas imposibles es nula, y cuando impera cosas absolutamente necesarias, resulta superflua. Pero el pensamiento de Tomás de Aquino va bastante más allá de esta hipótesis de escuela.

La ley humana debe ser proporcionada para cada uno según sus posibilidades, esto es, sobre la base de su capacidad de obrar. Esta capacidad se determina sobre la base de dos parámetros, uno de carácter natural, y otro de índole cultural. El primero tiene carácter universal en cuanto se refiere a las fases y a los estados de la vida humana en sí mismos considerados, así por ejemplo, que no se pueden exigir a un niño las mismas cosas que a un hombre adulto, o a un hombre enfermo lo que a uno sano. El segundo parámetro, por el contrario, tiene un carácter particular o local. Esto es, que la ley debe adecuarse en cuanto sea posible a los hábitos comunes difundidos en un determinado contexto social. Tomás de Aquino refuerza este último criterio, agregando que la ley debe ser también apropiada al lugar y al tiempo⁷³.

Es aquí evidente que la practicabilidad de una ley no es simplemente una cuestión de buen sentido o de prudencial arte de gobierno, sino que tiene un fundamento filosófico en la naturaleza de la razón práctica, que debe conciliar dos instancias aparentemente contrapuestas: por una parte, la exigencia objetiva de la justicia, y por la otra, la capacidad de los destinatarios, que son en realidad los sujetos agentes de la acción justa. La razón práctica está dirigida a la acción como a su fin y, por lo tanto, falla si la regla a seguir o es injusta o no puede ser puesta en la existencia por incapacidad del agente. Lo justo debe ser factible⁷⁴, pues de otro modo deviene un ideal utópico y tiránico.

73 I-II, q. 95, a. 3: "Attenditur enim humana disciplina primum quidem quantum ad ordinem rationis, qui importatur in hoc quod dicitur iusta. Secundo, quantum ad facultatem agentium. Debet enim esse disciplina conveniens unicuique secundum suam possibilitatem, observata etiam possibilitate naturae (non enim eadem sunt imponenda pueris, quae imponuntur viris perfectis); et secundum humanam consuetudinem: non enim potest homo solo in societate vivere, aliis morem non gerens. Tertio, quantum ad debitas circumstantias, dicit, loco temporique conveniens"

74 Cfr. F. Viola, *Ragione pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, en "Ragione pratica", 1, 1993, N° 1, pp. 61-81.

Ahora bien, la condición de la practicabilidad, si se absolutiza, conduce al relativismo cultural. Las costumbres de una sociedad pueden, bajo ciertos aspectos, estar en contradicción con la dignidad humana, con la igualdad y con el respeto de los derechos fundamentales. Los miembros de una sociedad se identifican a veces con sus prácticas de vida al punto de percibir como una amenaza al orden social aquellas reglas que no se conforman con esas prácticas. Si el imperativo fuera el de respetar a cualquier costo sus convicciones más arraigadas, retornaríamos a la concepción de Lord Devlin acerca del *legal enforcement of morals*, que –como ya hemos precisado– no es la propia de Aristóteles y de Tomás de Aquino. La practicabilidad no debe ser invocada como justificación de la regla, sino como medida de su efectiva aplicación, es decir, como interna y complementaria de lo que es justo y no como un criterio autónomo⁷⁵. La efectividad, en efecto, es una condición necesaria (pero no suficiente) para la regla jurídica, pero no lo es para la ley moral. Por otra parte, el carácter pedagógico de la ley implica necesariamente una actitud crítica frente a las costumbres y la posibilidad de su corrección y evolución.

No se puede comprender completamente esta consideración de la practicabilidad si no se la vincula con una bien específica concepción de la costumbre y del derecho consuetudinario. El tiempo de Tomás de Aquino es –como ya se ha consignado– el del pasaje de un régimen jurídico prevalentemente consuetudinario a uno prevalentemente legislativo. Pero esto significa también que el papel y el alcance de la costumbre no resultan canceladas, sino reinterpretadas con el fin de asegurar una sinergia con la ley, fruto de la razón y de la voluntad del príncipe. Algunos intérpretes tienden a subrayar la desvalorización de la costumbre, a la que Tomás de Aquino dedica un solo artículo⁷⁶. Pero esto no me parece convincente. En realidad, la orientación de Tomás de Aquino va hacia una concepción integrada de ley y costumbre. Esto confiere a la última una

75 Griffin invoca la practicabilidad como uno de los fundamentos de los derechos humanos, pero, cuidándose de definirla adecuadamente, ofrece un flanco a la crítica de permitir que el umbral mínimo de los derechos descienda demasiado bajo. Cfr. J. Griffin, *First Steps in an Account of Human Rights*, in "European Journal of Philosophy", 9, 2001, p. 315 y la crítica de D. Miller, *Diritti umani, bisogni fondamentali e scarsità*, en "Ragion pratica", 2007, N° 29, pp. 446-447.

76 Cfr., por ejemplo, R. Hittinger, *Tommaso d'Aquino e la Rule of Law*, cit., pp- 56-7.

cierta actualidad, puesto que hoy, después de la crisis del derecho codificado y del primado de la ley general y abstracta, asistimos a un retorno de la relevancia de la costumbre, aunque en formas diversas del pasado.

Ante todo, hay que subrayar que, en principio, no solo la ley no sustituye a la costumbre, sino que por el contrario tiene necesidad de ella para alcanzar su pleno vigor⁷⁷. Esto debe entenderse en un doble sentido: por una parte, a menudo las leyes son una transcripción de prácticas consuetudinarias ya existentes, pero inciertas e imprecisas; por la otra, la permanencia de las leyes genera a su vez prácticas de obediencia que forman reglas sociales. Por esto, las leyes no deben ser cambiadas con ligereza y frecuentemente. Las leyes nuevas son más difíciles de cumplir, ya que todavía no son apoyadas por el hábito de seguir las⁷⁸. En consecuencia, la disminución de la practicabilidad de la ley debe ser compensada por el hecho de que la nueva ley resulte justificada por una ventaja proporcional respecto del bien común o porque resulta eliminada una injusticia manifiesta presente en la ley reemplazada⁷⁹. Como puede notarse, la

77 "Leges habent maximam virtutem ex consuetudine". I-II, q. 97, a. 2, ad. 1. Es interesante notar que esta atención por el derecho consuetudinario comparece completamente en Francisco Suárez, quien, sobre la base del giro voluntarista impreso al concepto de ley, afirma que "cuando se dice que la ley humana es confirmada por las costumbres de aquellos que la siguen, es necesario entenderlo no tanto como de derecho, sino como de hecho". Cfr. F. Suárez, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, I, al cuidado de O. Bertolis, CEDAM, Padova, 2008, p. 200.

78 "La costumbre favorece mucho la observancia de las leyes: las cosas que se realizan en contra de la costumbre común, aunque sean en sí mismas más ligeras, parecen más gravosas. Como consecuencia, cuando se debe cambiar una ley, se da una disminución de la fuerza coercitiva de la ley, en la medida en que resulta eliminada la costumbre". I-II, q. 97, a. 2. Hart ha hecho notar que una de las distinciones entre el derecho, por un parte, y la moral y las tradiciones, por la otra, reside en la "inmunidad de cambio deliberado" que es propia de las normas morales o consuetudinarias (cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 205-208). Sin embargo, si consideramos al derecho mismo como una *práctica social*, cosa que el mismo Hart sugiere, entonces la maduración de la disposición subjetiva a considerar la norma jurídica como guía de la propia conducta hace que el frecuente cambio de las leyes resulte in oportuno, especialmente si se trata de leyes constitucionales o particularmente importantes. Esto ha sido sugerido por J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., pp. 27-30.

79 I-II, q. 97, a. 2.

atención por la practicabilidad del derecho es paralela a la de su justicia, ya que entra con esta en una especie de balance, motivado no ya por la exigencia de obediencia a la ley, sino por la exigencia de hacerla lo menos gravosa posible para su destinatario. En suma, la realización plena y absoluta de la justicia no es un ideal que el derecho positivo deba perseguir a cualquier costo.

Existe asimismo un perfil ulterior, que hace de la efectividad un lugar de manifestación de la justicia, o en cualquier caso, de la búsqueda de la justicia. A este fin, conviene reflexionar mejor sobre el significado de la costumbre.

La costumbre, en cuanto regla jurídica, no debe ser considerada pura y simplemente como el hecho social de una repetición uniforme de ciertos comportamientos, fruto de la inercia o de una habitualidad mecánica, como un mero conformismo con los usos vigentes o una creencia ciega en su obligatoriedad. Por el contrario, se trata de un modo de expresar, a través de acciones y obras, aquello que se considera bueno o malo, justo o injusto. Se puede afirmar también que se trata de un modo mejor y más acorde, aquel que se expresa a través de actuar fáctico y no mediante la proclamación verbal, ya que es más propio de la razón práctica, cuyo lugar adecuado es la acción⁸⁰. Por otra parte, las virtudes se forman propiamente a través de la repetición de los actos correspondientes, en la convicción de actuar en vista a los bienes relativos. Por esto, aun en la costumbre es necesario ver la dimensión de la intencionalidad y la deliberación razonable, del mismo modo (y quizá mejor) que en la ley⁸¹. La costumbre jurídica no es

80 "Ahora bien, la razón y la voluntad del hombre en el ámbito del obrar se manifiestan ya sea con las palabras o con los hechos: puesto que cada uno muestra que escoge como un bien aquello que cumple con su obrar. Por otra parte, es claro que la ley puede ser cambiada o explicada con la palabra, en cuanto esta expresa los motivos interiores y los conceptos de la razón humana. Por eso, también mediante los actos, los cuales, especialmente si se multiplican, crean la costumbre, una ley puede ser cambiada o interpretada y puede ser producida cualquier cosa que tenga fuerza de ley: esto porque los actos externos así multiplicados declaran de modo muy eficaz los movimientos interiores de la voluntad y los conceptos de la razón. En efecto, aquello que se repite muchas veces aparece como derivado de un juicio deliberado de la razón. Es por esto que la costumbre tiene vigor de ley, abole las leyes y las interpreta". I-II, q. 97, a. 3.

81 Interpreta la costumbre a la luz de la intencionalidad y de la deliberación y en la óptica de las convenciones B. Celano, *Consuetudini, convenzioni*, en P. Comanducci-R. Guastini (al cuidado de) *Analisi e diritto*, 1995,

para nada *ius involuntarium*, como a menudo se considera. Frente al orden de la razón, que debería gobernar el derecho positivo, la ley y la costumbre están sobre el mismo plano. A través de las acciones los ciudadanos manifiestan su sentido del bien y su voluntad de perseguirlo, así como el legislador hace lo mismo a través de las palabras habladas o escritas.

La costumbre es, por lo tanto, expresión del poder legislativo del pueblo y reposa sobre la soberanía popular. Es un modo descentrado de producir derecho a la par del contrato y por esto tiene carácter democrático⁸². Si el pueblo es libre, entonces el consenso popular prevalece sobre la autoridad del gobernante, que es en realidad un representante de la multitud. Si, por el contrario, el pueblo no es libre, entonces la autoridad de la costumbre reposa sobre la aprobación tácita del gobernante⁸³.

Finalmente, las relaciones entre ley y costumbre no están gobernadas por alguna prioridad jerárquica preestablecida, sino por la efectiva utilidad de la una y de la otra en la convicción que de hecho se impone. Sabemos que el estado moderno tienen necesidad de una jerarquía en las fuentes a los fines de asegurar la certeza del derecho en una sociedad en la cual, primeramente, los valores compartidos no son uniformemente practicados y, además, comienza a resquebrajarse la misma comunidad ético-social. Sin embargo, en un punto la concepción de Tomás de Aquino vuelve a ser actual, cuando sostiene que existen costumbres que no pueden y no deben ser modificadas o abrogadas por la ley y las llama “costumbres del país” (*consuetudo patriae*). Hoy en día diríamos que se trata de costumbres que tienen valor constitucional⁸⁴. Esa característica consiste en el hecho de que son con condiciones que preceden a la ley o condiciones a las cuales la ley debe conformarse para no ser ineficaz o –como diría Tomás de Aquino– “*inutilis*”⁸⁵. La atención por el territorio y por los usos y costumbres de

Giappichelli, Torino, 1995, pp. 3-87.

82 De este mismo modo entiende Kelsen la costumbre, esto es, como un modo descentrado y democrático de producir el derecho. Cfr., por ejemplo, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. de S. Cotta y G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 315 ss.

83 I-II, q. 97. A. 3, ad. 3.

84 I-II, q. 97, a. 3, ad. 2.

85 La tesis de que el derecho consuetudinario o judicial precede al legislativo, que tiene la tarea de corregirlo

la población que lo habita no está dictada tanto por el respeto de la identidad política o nacional, cuanto principalmente –como ya se ha visto– por la influencia que tiene la cultura sobre la capacidad de seguir una ley y de obedecerla de modo consciente y libre.

En conclusión, debemos reiterar que el objetivo central de esta teoría de la ley humana, no es el del mantenimiento del orden social o del respeto absoluto de la justicia, sino el de custodiar las condiciones que hacen posible usar una ley positiva como propia y verdadera guía de la acción humana.

7. La estructura formal de la ley positiva

Si ahora consideramos las condiciones formales de la ley, no debemos ciertamente esperar encontrar en el pensamiento de Tomás de Aquino una lista de requisitos similares a aquella propuesta por Fuller y adoptada en lo sustancial, aunque con variantes de relieve, por otros teóricos del derecho⁸⁶. Estamos frente a una concepción de la ley positiva apenas esbozada y muy incompleta, pero en la que se pueden entrever las razones que, oportunamente desarrolladas, conducirán a la individualización de los requisitos que propiamente especifican al *rule of law*. Antes de explayarse sobre ellos, son necesarias algunas breves consideraciones de carácter preliminar.

En la fórmula del *rule of law* es necesario distinguir el elenco de las características propias de la ley positiva y de su aplicación, de los valores y las instancias que constituyen su fundamento. Cada uno de estos requisitos tiene su propia razón de ser, que reposa, en general, en la exigencia negativa de limitar el arbitrio del poder constituido y en la instancia positiva de permitir que la ley jurídica sea guía de la acción humana. Esto implica también que cada uno de los requisitos, en su actuación específica, tenga un carácter contingente, ligado a la cultura jurídica de su tiempo y a los contextos políticos. La identidad de la fórmula, no obstante las variaciones internas del modo de entender los requisi-

pero no de sustituirlo, ha sido sostenida notoriamente por F.A. von Hayek.

86 Cfr. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, cit., cap. II. Los ocho *desiderata* de la ley son los siguientes: generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, no contradictoriedad, practicabilidad, estabilidad, aplicación coherente.

tos, su peso y su relevancia, está ligada a la permanencia del fin general que la justifica, pero las posibles amenazas del poder frente al bien común, del cual es parte constitutiva una forma de vida humana consciente y responsable, asumen configuraciones siempre diversas en la historia. Consiguientemente, no sólo la relevancia de los requisitos es mudable, sino que se pueden agregar de nuevo, tal como es hoy evidente como consecuencia del proceso de internacionalización y globalización⁸⁷. La forma canónica del *rule of law* asumida en nuestro tiempo, refleja una cultura jurídica signada por el derecho codificado y el Estado moderno, y no ciertamente la del tiempo de Tomás de Aquino.

No por casualidad hemos hablado de requisitos “formales” y no ya “procedimentales”. En general, un procedimiento jurídico está privado de ligámenes sustantivos con determinados valores sustanciales. Lo importante es que sea respetado con rigor, a fin de que se produzcan ciertos resultados que están conectados [*ad essa*] con prescripciones jurídicas. Esto es en función de la *certeza* del derecho, que por otra parte es también ella un valor. Deberíamos, por el contrario, hablar de requisitos “formales” sólo cuando ellos de por sí impiden la verificación de ciertos resultados no queridos, o favorecen la verificación de determinados resultados queridos, o sea, cuando el procedimiento está internamente vinculada al logro de determinados valores. A esto se refería Fuller cuando hablaba de “*a natural law of institutions and procedures*”⁸⁸. La forma jurídica lleva en su interior las razones por las que debe ser esa y no otra⁸⁹. Es un bosquejo de la búsqueda de la “forma de ley” que podemos encontrar presente en el pensamiento de Tomás de Aquino y que trataremos de reconstruir

87 Para esto reenvío, por ejemplo, a F. Viola, *The Rule of Law in Legal Pluralism*, en T. Gizbert-Studnicki & J. Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21th. Century. Diversity and Unity* (23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland), Oficyna, Warszawa, 2007, pp. 105-131.

88 L.L. Fuller, *The Principles of Social Order*, ed. por K.I. Winston, Duke U.P., Durham, 1981, p. 32.

89 Por ejemplo, que la convocatoria de una asamblea democrática sea acompañada de la comunicación previa del orden del día, es un requisito que pertenece a la “naturaleza” de una asamblea de ese tipo, es decir, a su “forma”, porque, a diferencia de una reunión de plaza, garantiza la participación consciente y responsable de sus miembros. Otros requisitos, en cambio, están dictados solo por la exigencia de asegurar un desarrollo ordenado de las labores de la asamblea, es decir, de puras y simples instancias de coordinación, como es propio de la regla de circular por la derecha o por la izquierda en la circulación vial.

en sus líneas generales. Advierto que obviaré el tratamiento de la cuestión de la promulgación, que usualmente figura en el primer lugar de la lista, porque ella pertenece a la definición general de “ley” de Tomás de Aquino. Una ley no promulgada es un oxímoron. Pero también los otros requisitos, individuados por vía analítica a partir del concepto mismo de ley humana, revisten un estatuto no demasiado diferente.

Ante todo, puesto que la ley tiene por fin el bien común y que este está compuesto de muchos aspectos, la ley deberá necesariamente ocuparse de muchas cuestiones de interés público y deberá tener presente, para cada una de ellas, la multitud de las personas, la multiplicidad de las acciones referidas a la diversidad de los *negotia* y a su carácter temporal⁹⁰.

Este requisito tiene dos fases, una positiva y una negativa. Por una parte afirma el carácter político de la ley en el sentido de que ella no debe concebirse como una reglamentación parcial limitada solo a algunos aspectos de la vida pública, sino como destinada a asegurar todo aquello que sea socialmente necesario para la vida buena de los ciudadanos. Como es sabido, en este sentido una comunidad política es considerada como “completa”, es decir, como capaz de responder a todas las exigencias del bien común⁹¹. Pero, por otra parte, este requisito implica restricción y limitación. La ley debe abstenerse de regular todo aquello que se refiere al bien privado y que no tiene relevancia, ni directa ni indirectamente, para el bien común. El bien público debe distinguirse claramente del bien privado de los ciudadanos y de los grupos particulares⁹². Existen, por lo tanto, materias que no resulta legítimo regular por la ley, aunque esto se realice respetando el principio de legalidad. Si, por ejemplo, una ley se dirigiera a controlar los pensamientos y las opiniones de los ciudadanos⁹³, violaría esta condición del *rule of law*⁹⁴. La ley debe ser fundamentalmente dirigida a

90 I-II, q. 96, a. 1.

91 Acerca de la concepción del carácter completo de la comunidad política, cfr. J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., pp. 158-160 y también F. Viola, *La crisi della politica come comunità di vita*, en “Dialoghi”, 1, 2001, pp. 40-49.

92 Sobre el concepto de bien público en Tomás de Aquino, cfr. J. Finnis, *Aquinas*, cit., pp. 219-228.

93 “In his quae pertinent ad interiorem motum voluntatis”. I-II, q. 104, a. 5.

94 “A complete understanding of what the rule of law requires must be based in part on a judgement as

asegurar las condiciones esenciales de una vida social pacífica y ordenada. Por lo tanto, podemos decir, tomando prestada una observación de John Finnis⁹⁵, que esta concepción no es claramente distinguible del “*simple principle*” de John Stuart Mill, según el cual “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others”⁹⁶.

Volviendo a considerar el carácter complejo del bien común, es necesario hacer notar que la ley debe ocuparse de todas las formas de justicia, de la civil y de la penal, de los derechos reales a las obligaciones, de las restituciones y compensaciones a las distribuciones y asignaciones. Esto explica el desarrollo de diferentes ramas del derecho, cada una regulada por sus propios principios, y consecuentemente, de una ciencia jurídica y de un estamento de juristas. Se desarrolla, por lo tanto, una razón jurídica, que es al mismo tiempo derivada de la legislación y vinculante para ella. Sería erróneo considerar las leyes particulares como mandatos separados e independientes uno del otro, cuando por el contrario deben ser entendidos como partes de una empresa general destinada a dar un orden justo a la vida común. Que las leyes no deban estar en contradicción entre sí, es una condición mínima e insuficiente si se la entiende en un sentido puramente lógico. En realidad, la prosecución del bien común requiere una congruencia en la distribución de los derechos y las obligaciones y una igualdad formal y sustancial.

Del carácter global del bien común se deriva, como un corolario necesario, el requisito de la estabilidad y de la durabilidad de la ley⁹⁷. Para elaborar y realizar sus personales planes de vida los individuos tienen necesidad de un ambiente social y jurídico persistente en el tiempo y solo alterado por directivas ocasionales y episódicas. De hecho, en una comunidad política –como lo ha notado Rawls– los ciudadanos entran normalmente con el nacimiento y la

to what should and should not be controlled by law”. T. Endicott, *The Reason of the Law*, in “*American Journal of Jurisprudence*”, 48, 2003, p. 85.

95 J. Finnis, Aquinas, cit., p. 228.

96 J. Stuart Mill, *On Liberty*, Penguin Books, London, 1985, p. 68.

97 “[N]ec ad hoc solum instituitur quod aliquo modico tempore duret, sed quod omni tempore perseveret per civium successionem, ut Agustinus dicit, in XXII de Civ. Dei”. I-II, q. 96, a. 1.

abandonan con la muerte⁹⁸, conviven generaciones diferentes y resulta necesario asegurar la sucesión ordenada de las generaciones en el tiempo. Esta es una tarea que solo una legislación estatal puede afrontar y que supera las posibilidades de la familia y de las formaciones sociales intermedias.

Otra característica de la ley, por otra parte ampliamente reconocida, es la de su generalidad. Una ley se diferencia del mandato *ad hoc* o *ad personam* por el hecho de que dispone para modelos de acciones y para una categoría de personas. Es menester que la generalidad se refiera conjuntamente tanto a las acciones como a las personas, ya que, en caso contrario, la directiva será siempre particular. Es interesante explorar la justificación de este requisito.

No todas las normas jurídicas tienen la forma de la ley, sino que entre ellas existen también mandatos particulares, que son normas jurídicas para todos los efectos. Por lo tanto, la generalidad no parecería pertenecer necesariamente al derecho, sino solo al concepto de “ley”, cuya utilidad está justificada por razones pragmáticas. Una de estas razones es la recordada por John Austin: sería imposible gobernar a millones de personas con directivas particulares⁹⁹. La razón propuesta por Tomás de Aquino es diferente: una regla es útil en cuanto permite conocer una multiplicidad de cosas, pertenecientes al mismo género, mediante la aprehensión de una sola, que lleva en sí todos los elementos comunes al género considerado. Por esto, la ley es definida en el Digesto como un “precepto común”¹⁰⁰.

98 “[...] a democratic society, like any political society, is to be viewed as a complete and closed social system. It is complete in that is self-sufficient and has a place for all the main purpose of human life. It is also closed [...] in that entry into it is only by birth and exit from it is only by death”. J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia U.P., New York, 1996, pp. 40-41.

99 Cfr. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Ed. W.E. Rumble, Cambridge U.P., Cambridge, 1995, pp. 25-29.

100 “Aquello que está hecho para dirigir es necesario que dirija una multiplicidad de cosas; consiguientemente, en el décimo libro de la *Metafísica*, el Filósofo dice que todas las cosas que pertenecen a un solo género son medidas por aquella única cosa que es primera en ese género. En efecto, si fueran tantas las reglas y medidas como las cosas mensuradas y reguladas, cesaría la utilidad de la regla o medida, que consiste en el poder conocer muchas cosas a través de una sola. Y entonces la ley no tendría ninguna utilidad, si no se extendiera nada más que a un acto singular. En efecto para dirigir actos singulares existen los

Quedando firme que ambas justificaciones revisten un carácter pragmático, sin embargo, difieren en algunos puntos importantes. La de Austin es un argumento *a parte principis*, es decir, considera que la generalidad es útil como necesaria técnica de gobierno; la de Tomás de Aquino, a la inversa, está dirigida a asegurar que las directivas de la autoridad conserven el papel de guía del comportamiento humano. Por esto se insiste en el aspecto cognoscitivo más que en el de la voluntad, como inversamente lo hace Austin. El gobernante guía, indicando un modelo de acción y dejando al gobernado la facultad de juzgar si su acción particular entra o no en ese modelo. El gobernado, por su parte, aprehendiendo el tipo de acción imperado, prohibido o permitido por la autoridad, conoce a través de ese tipo todas las acciones particulares de ese género. Aquí –como lo ha hecho notar Fuller– se toman en consideración las expectativas que el ciudadano tiene frente a la obra del legislador. Los ciudadanos esperan que el legislador ponga orden en las acciones sociales y haga posible moverse en el interior de ese orden con conciencia y responsabilidad.

Pero es necesario agregar que, mientras en la visión de Austin la generalidad se refiere conjuntamente a las personas y las acciones, en la de Tomás de Aquino está totalmente concentrada en las acciones, es decir, se refiere propiamente a lo que hoy llamaríamos “abstracción” de la ley. El aspecto de la generalidad referido a las personas no está puesto aquí en evidencia y está tratado en la parte dedicada a la igualdad.

Para Tomás de Aquino, el tratamiento igual de las personas es una obviedad que no vale tampoco la pena discutir. Esto es fácil de comprender en cuanto que en la ley natural, que es la fuente originaria de la ley positiva, la igualdad de todos los hombres está claramente presupuesta por definición, al menos en cuanto a los preceptos más generales. Frente a la ley natural somos todos radicalmente iguales y no es legítima tampoco la distinción entre gobernantes y gobernados. Esta igualdad se comunica en cierto modo también a la ley positiva. Se afirma, en efecto, que una ley puede ser, entre otras maneras, injusta por la forma, esto es, según una proporción de igualdad, cuando distribuye de modo desigual las cargas impuestas, “aun cuando estas estén ordenadas al bien

preceptos singulares de los prudentes: pero la ley es un “precepto común”, como se ha dicho más arriba (q. 92, a. 2, ad. 1)”. I-II, q. 96, a. 1, ad. 2.

común”¹⁰¹. Pero no se viola el principio de igualdad si se tratan de modo desigual personas desiguales¹⁰². Lo importante es proveer una justificación válida de la diversidad de tratamiento, pues de otro modo el legislador se mostraría como caprichoso e injusto¹⁰³.

Estamos, por lo tanto, frente a un esbozo todavía incompleto del principio jurídico de igualdad y de su dinámica interna que llevará, en el Estado constitucional de derecho, a la formulación del principio de razonabilidad.

La generalidad de la ley pertenece a la forma del derecho, no directamente, sino en cuanto es una función de un principio valorativo, que es el de “tratar a los casos iguales de un modo igual”, del cual es normalmente un instrumento necesario. Es posible en línea de principio un sistema jurídico compuesto completamente de directivas particulares¹⁰⁴, pero, si este sistema tratara los casos iguales de modo desigual, y a las personas iguales de modo desigual, entonces el derecho no sería ya un límite, sino una justificación del arbitrio, y esto resulta en contra del *rule of law*.

Además, hay también que considerar las condiciones de validez formal de la ley positiva. Esa ley obliga a todos aquellos que están sujetos a la autoridad de la que emana. Esto debe entenderse bajo dos perfiles: el de la competencia por la materia¹⁰⁵ y el de la competencia territorial¹⁰⁶. Se deja entrever también un esbozo de la problemática de la validez jerárquica de las fuentes del derecho,

101 I-II, q. 96, a. 4.

102 I-II, q. 97, a. 4, ad 2.

103 I-II, q. 97, a. 4: “Por eso quien gobierna tiene la autoridad de dispensar de la ley humana en aquello que corresponde a su poder, o sea que puede conceder la no observancia de la ley a aquellas personas u en aquellos casos en que la ley resulta inadecuada. Si, por el contrario, concede esa licencia por un capricho de su voluntad, será un distribuidor infiel o imprudente”.

104 Se necesitaría, no obstante, reconocer que en este sistema no existirían ni legislación ni legisladores en cuanto tales.

105 “Las leyes, en efecto, son tenidas por justas ya sea en relación al fin, cuando ellas son ordenadas al bien común; ya sea en relación con su autor, cuando la ley humana no excede la autoridad de quien ha emanado”. I-II, q. 96, a. 4.

106 “Por lo tanto, aquellos que pertenecen a una ciudad o a un reino, so están sujetos a las leyes emanadas del príncipe de otra ciudad o de otro reino, y menos aún a su dominio”. I-II, q. 95, a. 5.

sobre la base de la organización del poder normativo¹⁰⁷. Y asimismo se percibe que también los organismos públicos están sometidos al derecho, aunque no en cuanto a su fuerza coactiva, ya que ninguno puede constreñirse a sí mismo (lo que será afirmado aún por Locke) y porque esa fuerza depende de su autoridad. A los organismos públicos se les requiere una adhesión espontánea y leal a la fuerza directiva de la ley, porque lo que se impone a los otros, vale también para sí mismo¹⁰⁸.

Es interesante hacer notar que todas estas condiciones formales, junto a aquella sustancial de la conformidad al bien común, son consideradas necesarias para la justicia de las leyes. En consecuencia, la problemática de la validez normativa, lejos de estar separada y ser autónoma respecto de la de la justicia, constituye una de sus partes integrantes. Una ley conforme al bien común, pero emanada de una autoridad incompetente, es injusta, al igual que una ley evidentemente contraria al bien común. Se trata, por lo tanto, de requisitos que acumulativamente y bajo el mismo título contribuyen a determinar la justicia de las leyes. Esto quiere decir que, en defecto de todas estas condiciones, no se está obligado a obedecer en conciencia a las leyes positivas, aún cuando no siempre sea oportuno desobedecer. En este sentido es legítimo hablar de un “derecho natural de las instituciones”. El *rule of law* es parte necesaria (aunque no suficiente) del derecho justo y de una sociedad justa.

Un último grupo de consideraciones se refiere a la formulación de las leyes y a su interpretación. Se trata de cuestiones que son preliminares a los requisitos de la segunda parte del *rule of law*, aquella que está dedicada a la aplicación de las leyes.

Una de las razones por las que la ley es preferida a la costumbre reside –como es evidente– en su mayor certeza, a la cual entre otras cosas, contribuye su forma escrita. Sin embargo, el carácter general de la ley condiciona el tipo

107 “Por ejemplo, cuando uno esté sujeto al procónsul, se debe estar a su mando, pero sin embargo no en todas aquellas cosas que le son ordenadas por el emperador: en efecto, en este caso no está sujeto al mandato del inferior, estando gobernado por el mandato del superior. Y en este sentido puede suceder que uno, a pesar de estar sometido plenamente a la ley, no sea sujeto a ella en ciertas cosas, respecto de las cuales está gobernado por una ley superior”. I-II, q. 96, a. 5.

108 I-II, q. 96, a. 5, ad 3.

de certeza que es legítimo esperar de ella. En efecto, las acciones reguladas son siempre singulares y esto significa que la regla general no puede prever de modo exhaustivo las particularidades de cada caso. Por esto, la certeza que debemos exigir a la ley es la propia de las cosas contingentes, esto es, la relativa a la mayor parte de los casos, aún cuando sea incompleta en alguno de ellos¹⁰⁹. Por otra parte, ningún ser humano está en condiciones de prever toda la variedad de las acciones humanas y, aunque así fuera, la prescripción sería tan compleja que resultaría impracticable para sus destinatarios¹¹⁰.

Una certeza limitada a la mayor parte de los casos hace a la ley indeterminada bajo ciertos aspectos. Una interpretación estrictamente literal, que es la más rigurosa, puede no corresponder a las intenciones del legislador y a las razones por las cuales la ley ha sido emitida, resolviéndose en un daño para el bien público¹¹¹. Es necesario resguardar la intención del legislador más que las palabras escritas, que pueden traicionarla¹¹². Se debe, en efecto, presumir que el legislador actúa para la mayor utilidad común. Pueden, no obstante, presentarse casos en los cuales la ley no resulta observada, no obstante su tenor literal.

Tomás de Aquino no afronta la cuestión de los métodos alternativos a la interpretación literal y de su admisibilidad. Aquí la problemática es muy elemental. Permaneciendo firme la plena sumisión del juez a la ley, a veces por razones de equidad, éste se puede apartar de su formulación literal, no aplicándola. Sin embargo, este poder pertenece propiamente a la autoridad que ha hecho la ley, pues solo esta puede “dispensar” de ella. Una dispensa no es

109 I-II, q. 96, a. 1, ad 3.

110 I-II, q. 96, a. 6, ad 3. “Ningún hombre tiene tanta sabiduría como para prever todos los casos singulares: por lo tanto, ninguno puede expresar con sus palabras todo lo que se requiere para el fin propuesto. Y aun cuando el legislador pudiera considerar todos los casos, no sería oportuno exponerlos, para evitar la confusión: debería emitirse la ley en base a lo que ocurre ordinariamente”. Sobre la indeterminación necesaria de las leyes, cfr. F. Viola, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, en “Diritto privato”, 2001-2002, VII-VIII, pp. 49-64.

111 “Es por esto que en el *Digesto* se lee que “ninguna norma de derecho y ningún sentido de la equidad soporta que se impulse la severidad, con una interpretación rigurosa, en detrimento de cuanto fue introducido saludablemente para la utilidad de los hombres”. I-II, q. 96, a. 6.

112 II-II, q. 120, a. 1, ad 1.

un acto interpretativo, sino propiamente legislativo. Hoy en día hablaríamos de interpretación auténtica.

Pero existen casos en los que la aplicación de la ley resulta altamente dañosa y no existe tiempo para recurrir a la dispensa del legislador. En estos casos de estricta necesidad y en presencia de peligros inminentes (*"necessitas non subditur legi"*), es legítimo no observar la ley. Pero se trata de situaciones extremas muy raras, puesto que no se puede dejar la interpretación oficial de la ley en manos de aquellos que deben observarla, sin tornar vano todo el sistema jurídico y la misma razón de ser de la ley¹¹³.

En conclusión, podemos constatar un tratamiento más exquisitamente "jurídico" de la problemática de la interpretación de la ley, especialmente si la confrontamos con el tema aristotélico de la *epicheia*, que permanece ligada estrictamente a la ética de la virtud.

8. Los principios de la justicia natural

No basta con individualizar los principios formales (y sustanciales) de la justicia de las leyes, sino que es necesario que estas sean aplicadas de modo "justo". Una ley justa puede dar lugar a una suprema injusticia allí donde sea aplicada por jueces que no son respetuosos de las reglas que gobiernan su función. Estas reglas tienen una larga historia coetánea al derecho sustancial, son a menudo designadas como principios de justicia natural (*natural justice*) y a veces están precisadas y codificadas, como recientemente ha sucedido con los principios del justo proceso. En general, se trata de "garantías de imparcialidad y de objetividad, establecidas con la finalidad de asegurar que la ley sea aplicada a todos aquellos, y solo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes establecidos en la misma ley"¹¹⁴. Estas reglas constituyen el segundo grupo de los requisitos esenciales del *rule of law*, pero esto no significa que sean menos importantes; al contrario, en un cierto sentido son aún más necesarias que las del primer grupo, ya que se puede prescindir de las leyes y de los legisladores, pero no de los procesos y de los jueces. La institución judicial precede históri-

113 I-II, q. 96, a. 6.

114 H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 188.

camente a la del poder legislativo en sociedades gobernadas por la costumbre y por la ley natural.

El valor general es el de la imparcialidad, que se sustancia en el principio “trata los casos iguales de modo igual y los casos diferentes de modo diferente”. De este principio se derivan algunas reglas irrenunciables, que son en parte prefiguradas por Tomás de Aquino siguiendo las huellas de Aristóteles y del derecho romano.

Como hemos visto, el gobierno de la ley y no de los hombres, requiere que la tarea del juez sea siempre guiada estrictamente por la ley y no basada sobre su sabiduría personal, que es una cualidad escasa¹¹⁵. Por lo tanto, los jueces están ordenados a aplicar la ley y no tienen el poder de crearla¹¹⁶. Esto conduce a sostener que el poder judicial ha de pertenecer como titularidad al soberano, que es el juez supremo¹¹⁷, puesto que –afirmación esta que el mismo Napoleón Bonaparte habría suscrito con entusiasmo– para interpretar una ley se requiere la misma autoridad que es necesaria para producirla¹¹⁸. El príncipe se servirá de jueces que serán sus representantes, que actuarán como funcionarios públicos (*persona publica*)¹¹⁹.

Es inútil buscar en Tomás de Aquino la teoría de la separación de los poderes y es asimismo dudoso que ella sea estrictamente requerida por el *rule of law*. Sin embargo, el primado del legislador resulta atenuado por las siguientes consideraciones. El soberano es *dominus* de la fuerza directiva de la ley solo relativamente a aquellas cosas que es indiferente que sean establecidas de un modo o de otro, pero no lo es en aquellas derivadas de algún modo de la ley de la razón. El juez, por su parte, no puede decidir en contra del derecho natural¹²⁰. En este sentido no está subordinado al legislador, pero lo es en lo que respecta a la fuerza coactiva de la ley, que es la propia y verdadera prerrogativa del poder público y que, por lo tanto, puede ser usada solo frente a los subordinados a

115 “*Iustitia animata non invenitur in multis*”. I-II, q. 95, a. 1.

116 II-II, q. 60, a. 5.

117 I-II, q. 104, a. 1, ad 1.

118 II-II, q. 60, a. 6.

119 II-II, q. 67, a. 4.

120 II-II, q. 60, a. 5.

la autoridad ordinaria o delegada. Por lo tanto, el ámbito de competencia del juez es el mismo que el del legislador. Por otra parte, “la sentencia de un juez es como una ley particular sobre un asunto particular”¹²¹ tesis esta que –como es sabido– ha sido enfatizada por Hans Kelsen.

La premisa de la separación de los poderes, y por tanto de la independencia del poder judicial, se encuentra, por el contrario, en el caso de los pueblos libres en condiciones de autogobernarse. Entonces, manteniéndose la derivación común de la soberanía popular¹²², la legislación podrá distinguirse mejor de la jurisdicción¹²³. Cuando más adelante entre en crisis el derecho natural como límite a la libre voluntad del legislador, entonces la exigencia de la independencia del juez resultará reforzada para evitar que el mayor poder en el establecimiento de las leyes se comuniquen también a su aplicación. Como es sabido, el principio de la separación de los poderes implica el abandono de la idea de que el más competente para interpretar una ley es aquel que la ha producido.

La imparcialidad del juez requiere que sea un tercero respecto de las partes. Esto significa, entre otras cosas, que nadie puede ser al mismo tiempo juez, acusador y testigo¹²⁴. Significa también que no se puede procesar a nadie si no hay una acusación y un acusador y esto por dos razones. El juez no es un policía a la caza de culpables, sino quien debe dirimir un litigio. Es necesario, por lo tanto, que exista un litigio, es decir, que existan al menos dos partes, ya que *iustitia est ad alterum*. Por otra parte, solo si existe un acusador el acusado se puede defender alegando sus propios argumentos y sus propias justificaciones

121 II-II, q. 67, a. 1.

122 Cfr. L. Corso, *Potere giudiziario e sovranità popolare. Dalla giustizia amministrata in nome del popolo alla giustizia amministrata dal popolo: sei modelli a confronto*, Giappichelli, Torino, 2008.

123 “De este modo, Agustín, en el primer libro del *De libero arbitrio* (c.6), pone el ejemplo según el cual si un pueblo es bien educado y serio y asimismo diligente en el cuidado del bien común, es justo que se establezca una ley según la cual a este pueblo le sea lícito crearse sus propios magistrados, que gobiernen el estado. Si, a la inversa, poco a poco este mismo pueblo deviene depravado, hace venal su sufragio y otorga el gobierno a hombres infames y perversos, justamente se le quita el poder de conferir esa responsabilidad, y retorna al juicio de unos pocos hombres honestos”. I-II, q. 97, a. 1.

124 II-II, q. 67, a. 3, ad 3. Cfr. En general, I. Trujillo, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003.

frente a acusaciones circunstanciadas y precisas¹²⁵. Y aquí se prefiguran reglas antiquísimas como “*audiatur et altera pars*” o “*nemo iudex in causa propria*”.

También el comportamiento del juez en el proceso está sometido a reglas que forman parte del *rule of law*. Por ejemplo, no se puede condenar a un simple sospechoso sin caer en pecado mortal (amenaza esta que, para Tomás de Aquino, significa que ello está *absolutamente* prohibido)¹²⁶, pero se debe proceder solo sobre la base de pruebas. Es más, estas pruebas deben ser obtenidas legalmente, es decir, sobre la base de procedimientos públicos preestablecidos. El juez, en efecto —como ya se ha dicho— es una persona pública y no un ciudadano privado¹²⁷. Deberá, por lo tanto, seguir una ética de su función y no su conocimiento personal o peor, su simpatía. Tomás de Aquino aplica este principio del modo más riguroso posible, prefigurando el concepto jurídico de verdad procesal. En este sentido, sus afirmaciones aparecen aun hoy embarazosas.

Ya San Agustín había afirmado que el juez no debe decidir según su discreción, sino según la ley y el derecho. Tomás de Aquino va todavía más adelante cuando sostiene que las fuentes de la decisión judicial son solo dos: la normativa, consistente en las leyes públicamente aceptadas (esto es, la ley divina y la humana), que no deben ser puestas en discusión, y los resultados procesales de las pruebas, sin tener en cuenta el propio conocimiento privado, aunque este se refiera a la inocencia del imputado¹²⁸, y esto vale aun para la sentencia

125 “Ahora bien, la justicia, como ya se ha dicho, no tiene por objeto uno mismo, sino lo otros. Y por lo tanto el juez debe decidir entre dos individuos: y esto ocurre cuando uno es actor y el otro imputado. Por eso en las causas criminales un juez no puede pronunciar una condena sin acusación, según aquel texto de los *Hechos de los apóstoles* (25,16): “No es uso de los romanos condenar a un hombre antes de que el acusado se encuentre frente a los acusadores, y tenga modo de defenderse de la acusación”. II-II, q. 70, a. 2.

126 II-II, q. 60, a. 3. Se dice también que el juez debe estar más dispuesto a absolver que a condenar, puesto que condenar a un inocente es mucho más grave que absolver a un culpable. Pero esto no entra en rigor dentro de las exigencias del *rule of law*. Cfr. II-II, q. 79, a.2.

127 “En las cosas relativas a la propia persona, el hombre ha de uniformar la conciencia a la propia ciencia. Pero en las cosas relativas a los poderes públicos, debe uniformar su conciencia a aquello que se puede conocer en un proceso público”. II-II, q. 67, a. 2, ad 4.

128 “Ahora bien, por esto el juez infiere sus informaciones de una fuente general y de una fuente particular.

capital¹²⁹. Esta tesis es muy dura de aceptar, aun si se invita al juez a hacer todos los esfuerzos para encontrar apoyo a la absolución, siempre al interno de los recursos procesales, y sin embargo muestra claramente la fidelidad extrema a la lógica del *rule of law*. En general, el intento de Tomás de Aquino es el de hacer lo posible para que lo que debe decidir el juez sea predeterminado por la ley, dejando lo menos posible a la discrecionalidad del intérprete¹³⁰.

Finalmente, conviene hacer notar la afirmación sobre la oportunidad de conceder un juicio de apelación. Esto está dictado por una razón de prudencia, aunque también en el hecho de que el juez ordinario no es la autoridad superior, sino su representante subordinado. Por otra parte, el juez ordinario no es elegido sobre la base del consenso del imputado, como ocurre en los juicios arbitrales, y por lo tanto es justo que el caso sea examinado también por otro juez de grado superior¹³¹. Retornando, en conclusión, al problema de la imparcialidad del juez y a su obligación de tratar los casos iguales de modo igual, debemos hacer notar que Tomás de Aquino es plenamente consciente de que en el juicio de igualdad está siempre presente una valoración de la razón, que hace a la persona igual a otra bajo cierto aspecto. Las personas no son iguales en absoluto, sino relativamente al título que poseen para obtener el acceso a la distribución de ciertas cosas determinadas. El juicio de igualdad se transforma, de este modo, en un juicio de razonabilidad, que exhibe las razones por las cuales ciertas cosas son asignadas a determinadas personas y no a otras. Si estas razones están bien fundadas, entonces no existe parcialidad, mientras que lo será cuando no se remitiera a la causa por la cual una persona tiene título a una

La primera está constituida por las leyes públicas, sean divinas, sean humanas: y en contra de ellas no debe admitirse ninguna prueba. La segunda está constituida, en cada causa particular, por los documentos, los testimonios, y las otras pruebas legítimas: y al juzgar, el juez debe adecuarse más a estas pruebas que a cuanto conoce como persona privada. Sin embargo, puede servirse de esta información para evaluar con mayor rigor la prueba adoptada y descubrir los engaños. Pero, a la norma de derecho no puede rechazarla, y al juzgar no debe apartarse de ella". II-II, q. 67, a. 2,

129 II-II, q. 64, a. 6, ad 3.

130 Cfr. J. Finnis, *Aquinas*, cit., p. 250.

131 II-II, q. 69, a. 3.

asignación, o bien a una causa inapropiada¹³². El juez justo mira a las causas y no a las personas. Podemos agregar que, cuando se trata de cosas que se refieren a las personas en cuanto tales (como, por ejemplo, los derechos humanos), aun en este caso la causa existe y es la pertenencia a la humanidad común. También aquí será necesaria una valoración de parte del juez. Esto lo digo para subrayar que el juicio de igualdad propio de juez, es considerado por Tomás de Aquino como una prerrogativa suya, que debe distinguirse bien de la discrecionalidad judicial, que él quiere reducir al mínimo, porque se trata de un juicio objetivo basado sobre razones bien fundadas.

9. ¿Ética de la ley o ética de las virtudes?

Hemos tratado de evidenciar la relevante atención otorgada por Tomás de Aquino a la ley humana, sobre todo en referencia a los principios formales del *rule of law*. El espacio dedicado a los requisitos formales de la ley y a sus características estructurales es tan relevante que hace sospechar un excesivo formalismo o, de algún modo, una derivación hacia la ética de la ley en detrimento de la de la virtud. Ahora es necesario buscar comprender las razones.

Como sabemos, por su contenido, la ley humana deriva en cierto modo de la natural. Por lo tanto, el legislador humano no es en sentido propio su fuente originaria sino solo en el campo de las materias [moralmente] indiferentes. Desde este punto de vista, el papel de la ley humana, que –como hemos visto– es esencial a fin de que los ciudadanos sean tratados como seres conscientes y libres, resulta justificado por el hecho de que los principios de la ley natural están ya inscritos en la razón de cada ser humano. Por esto, cada uno tiene por naturaleza la competencia para juzgar acerca del contenido de la ley natural y de sus aplicaciones¹³³. Sin embargo, no siendo una *persona pública*, es

132 "Existiría, por ejemplo, parcialidad entre las personas si se promoviese alguno a una prelatura o a un doctorado porque es rico o bien porque es un pariente. Existen, no obstante, condiciones personales que, si bien hacen a un individuo merecedor de una cierta cosa, no lo hacen merecedor de otra: el parentesco, por ejemplo, puede hacer a una persona merecedora de acceder a la herencia de un patrimonio, pero no a que se le confiera un prelatura eclesiástica". II-II, q. 63, a. 1.

133 MacIntyre lamenta el hecho de que el derecho positivo ha devenido un lugar inaccesible para la razón

decir, autorizada a decidir en vistas del bien común, no puede pretender guiar a este respecto las acciones de otros. A su vez, la ley humana, en la medida en la que contiene prescripciones en materias indiferentes y, sobre todo, autoriza el uso de la fuerza pública (*vis coactiva*), parece recurrir a mandatos externos que no tienen por sí mismos la fuerza para obligar interiormente, esto es, de guiar propiamente la acción humana. En efecto, una acción es libre solo si en el sujeto agente se encuentra el principio que mueve a la misma acción. Solo las acciones libres pueden ser obligatorias. Por lo tanto, desde este último punto de vista, es necesario establecer con cuáles condiciones y en el respeto de cuáles requisitos el mandato del legislador puede legítimamente pretender ser seguido por seres razonables y libres, es decir, puede ser interiorizado por aquellos a los que dirige. Esta es –a mi parecer– la razón principal por la cual Tomás de Aquino dedica a la ley humana una atención particular. Creo que esta razón pertenece a las bases generales del liberalismo y, al mismo tiempo, de la ética de las virtudes¹³⁴. Esto, en ambos casos, podría no aparecer como evidente a primera vista.

Cualquiera que sea el significado político que se atribuye al liberalismo, que –como es bien sabido– es rico en variantes internas, el objetivo general es el de reducir lo más posible el ámbito del poder político del hombre sobre el hombre y de subordinar a vínculos y controles a aquellas formas de poder

natural de los ciudadanos y reservado a expertos cada vez más sofisticados, los únicos en condición de moverse en el laberinto de las leyes y de las doctrinas jurídicas. Cfr. A. MacIntyre, *Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity*, cit., pp. 91–115. A esto resulta necesario agregar, no obstante, que la formación de una casta de juristas y de jueces es en cierto modo un producto necesario de la aplicación de los principios del *rule of law*. El principio de legalidad, paradójicamente permite la utilización del derecho por parte de la casta jurídica, que asume el monopolio de su conocimiento. Hart ha admitido que no existe razón para negar la calificación de ordenamiento jurídico aun a una sociedad de tontos, en la cual solo los funcionarios admiten y utilizan los criterios de validez jurídica. Para estas observaciones cfr. J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., pp. 21–22.

134 Para las relaciones entre el liberalismo y la ética de las virtudes, reenvío a la útil antología al cuidado de M. Mangini, *L'etica delle virtù e i suoi critici*, cit. Cfr. R. Hittinger, *Natural Law and Virtue*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 42–70.

que no pueden ser eliminadas sin tornar imposible la sociedad humana¹³⁵. En cualquier caso, es una instancia liberal irrenunciable que a la formación de la normatividad de los preceptos jurídicos contribuya de algún modo la apreciación interna del sujeto a la cual se dirige¹³⁶. En caso contrario, la ley sería una fuerza meramente extrínseca o causal y el gobierno de la ley sería una obra meramente técnica o administrativa, del mismo modo que un horario ferroviario regula la circulación de los trenes¹³⁷.

Existen solo dos modos en los cuales es posible asegurar la relevancia de la dimensión subjetiva del gobierno de la ley, y no son alternativas, sino acumulativas. El primero de ellos se refiere al contenido de la regla. Si sus prescripciones son razonables, es decir, susceptibles de poder ser aceptadas por cualquier ser racional, entonces estamos en presencia de un principio intrínseco que guía la conducta humana. Esta es la idea subyacente a la doctrina de la ley natural en cuanto ley de la razón. Y es esta la función que Locke asignaba a la ley natural al interior de las decisiones legislativas¹³⁸. Estas son (o deberían ser) el fruto de razonamientos públicos desplegados en la asamblea legislativa, en la que se busca determinar qué es lo que requiere el derecho natural. “La mera idea de derecho natural indica que es verdaderamente importante que se alcance la opinión justa y no la desviada”¹³⁹. Puesto que –como ya se ha dicho– la competencia para conocer la ley natural corresponde a todo ser humano, entonces decisiones legislativas basadas sobre la razonabilidad están de por sí en condiciones de funcionar como propia y verdadera guía del comportamiento social.

También el principio milliano del daño (*harm principle*) como fundamento de la ley positiva, aún cuando más restringido que la ley natural de Tomás de Aquino y de Locke, debe ser considerado como iusnaturalista, porque saber

135 Cfr. últimamente, B. Bachofen (al cuidado de), *Le Libéralisme au miroir du Droit: l'État, la personne, la propriété*, ENS, Lyon, 2008.

136 Esto está expresado significativamente en el principio liberal de la adhesión (*endorsement principle*).

137 La presencia de la doctrina de la ley natural y de la relevancia de las costumbres son dos elementos necesarios para impedir una caída en el mero instrumentalismo jurídico. Cfr. B.Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2006.

138 Cfr. Segundo tratado del gobierno civil, cap. XI, N° 135.

139 J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., p. 97.

cuándo un comportamiento acarrea daño a otro presupone de algún modo el conocimiento del bien del otro. Si también se considera que el principio de reciprocidad es esencial en la concepción liberal de la justicia, no se debe desconocer que su antecedente es propiamente la *regla aurea*, que Agustín de Hipona ha formalizado, extrayéndola del *Sermón de la montaña*¹⁴⁰.

La razonabilidad de los preceptos jurídicos no basta a los fines de justificar su pretensión de obligatoriedad jurídica. Es necesario también que ellos provengan de una autoridad legítima, es decir, de una razón que sea pública. En efecto, la competencia difusa para el conocimiento de la ley natural no implica el derecho de hacer valer las propias convicciones como normas para los demás. Pero la razón no es pública solo en base al título, sino también por su ejercicio. Esto significa que los preceptos jurídicos deben ser formulados por una autoridad legítima de un determinado modo y deben respetar algunos requisitos estructurales. Cada uno de ellos está justificado por la exigencia de promover valores o, más a menudo, de evitar disvalores, el primero de todos, el arbitrio del gobierno. Por otra parte, es imposible justificar adecuadamente algunos aspectos del *rule of law* si no se admite que las personas tienen derechos. Por esto, se ha sostenido que los principios del *rule of law* son parte integrante de la búsqueda de la justicia, con el mismo título que los de la ley natural¹⁴¹. Las características del *rule of law* han de entenderse también como exhortaciones a hacer las leyes lo mejor posible.

No existen dudas de que la doctrina del *rule of law* implica, a primera vista, una actitud de desconfianza frente a la ética de las virtudes. Si debiéramos adoptar esta última en el plano político, entonces la generalidad de la ley sería un defecto, y los vínculos impuestos al juez, en cuanto *persona pública*, serían

140 *Sermón de la montaña*, II, sec. 74.

141 El hecho de que los principios del *rule of law* formen parte, junto a los principios de la ley natural, de la justicia en cuanto a jurídico, implica que la obligación jurídica no se identifica con la moral, que de por sí no tiene necesidad del principio de legalidad. La obligación jurídica en su complejidad se basa en la conjunción de la ley natural, que lleva al derecho la obligación moral, y los principios del *rule of law*, que, considerados aisladamente, permiten soportar la injusticia de las leyes, aunque hasta un cierto punto. Esto explica porque Tomás de Aquino les dedica una atención particular en su tratamiento de la ley humana.

inapropiados. Por otra parte, la ley humana tiene dos límites en lo que respecta a la edificación de una vida virtuosa: se refiere a las acciones exteriores y no a los actos internos y no se extiende a todas las acciones humanas.

El *rule of law* es una fórmula creada para sustituir a la ‘justicia animada’, es decir, aquella de unos pocos hombres sabios. La dificultad principal no consiste tanto en la escasez de hombres sabios y tampoco en el poner en discusión su capacidad de liberarse de las pasiones al realizar el juicio. La realidad es que, si un pueblo está en condiciones de elegirse sus propios representantes y sus propios magistrados, es un pueblo libre, y esto se considera preferible a un pueblo que está constreñido a dejarse gobernar por pocos hombres sabios. Si existe la libertad de elegirse los propios gobernantes, estos pueden no ser virtuosos, y entonces, el hecho de que estén vinculados al respeto del *rule of law* es una garantía necesaria frente al arbitrio del poder. Esta preocupación es la misma del liberalismo. Según Locke el poder absoluto del soberano hobbesiano es una amenaza para la vida, la libertad y la propiedad, que no es inferior a la del estado de naturaleza propuesto por Hobbes. Luego, es necesario un gobierno limitado, sea en lo que se refiere a los ámbitos de competencia, sea en lo que respecta al ejercicio del poder. Existen materias, aun de carácter social, sustraídas al poder normativo del soberano y en las cuales –en su competencia– existen vínculos formales y sustanciales que es necesario respetar¹⁴².

Pero si miramos no tanto a la ley positiva considerada en sí misma, sino al proceso de su formación y su implementación, entonces la ética de la virtud viene a asumir toda su centralidad. Y es aquí el caso de recordar que, según Tomás de Aquino, una de las principales finalidades de las leyes positivas es la de educar en la virtud, especialmente a los miembros peores de la sociedad, tesis que ha sido discutida y dimensionada más arriba. Esto quiere decir que la ley es funcional a la virtud, y lo demuestra el hecho de que ella resulta obedecida propiamente sólo cuando guía la acción, transformándose en su principio interno. A este propósito, debo recordar la particular importancia de un requisito del *rule of law*, que Tomás de Aquino subraya con insistencia, esto es, de la

142 Para la teoría del gobierno limitado en el pensamiento de Tomás de Aquino, cfr. J. Finnis, *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government*, en R.P. George (ed.), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 1-26.

practicabilidad de la ley. Este es claramente un requisito subjetivo, que apela a las disposiciones de aquellos que son guiados en sus acciones por los preceptos legislativos. Son aquellos que realizan acciones concretas y deben aplicar a ellas los principios de la acción. Para esto, la razón práctica requiere la virtud de la prudencia (*recta ratio agibilium*)¹⁴³. En el caso de la obediencia a las leyes positivas, la prudencia asume una dimensión específicamente política, ya que la propia voluntad libre asume como su principio de acción un mandato proveniente de la autoridad que está ordenado a realizar aquel bien común querido en principio por todos los asociados. Pero también al legislador le es requerida la virtud de la prudencia al hacer e imponer las leyes (*prudentia regnativa*). Ella no se refiere tanto al contenido, sino sobre todo a su adecuación a los contextos sociales dados y a su capacidad de ser obedecida sin excesivo esfuerzo¹⁴⁴.

También Hart —como es bien sabido— se ha mostrado sensible al aspecto interno de las normas jurídicas y lo ha definido como “una disposición estable de los individuos a asumir tales modelos de conducta, sea como guía de la propia conducta futura, sea como criterio de crítica”¹⁴⁵. Esta “disposición estable” aún no puede definirse como una virtud del ciudadano, ya que una virtud se distingue del mero hábito por la presencia de un juicio de valor referido al contenido del comportamiento. La virtud es una disposición estable a hacer el bien y evitar el mal. Pero, si se admite —como parece hacerlo Hart en el *Postscript*¹⁴⁶— que la conformidad a valores o principios morales sustanciales puede entrar a formar parte de las razones jurídicas para la obediencia a las normas, entonces la disposición estable a seguir las normas jurídica está guiada por razo-

143 Cfr. II-II, q. 47, a. 8. Parece también que Tomás de Aquino sostiene la necesidad de sostener ya la virtud de la prudencia para poder aprehender los preceptos particulares de la ley natural. Cfr. P.M. Hall, *Narrative and the Natural Law: An Interpretation of Thomistic Ethics*, University of Notre Dame Press, South Bend-Indiana, 1994, p. 38. Pero esta está controvertido y probablemente no se extiende a todos los preceptos morales.

144 Cfr., en general, C.I. Massini, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

145 H.L.A. Hart, *Postscript*, en Id., *The Concept of Law*, II ed., Oxford U.P., Oxford, 1994, p. 255.

146 *Ibid.*, p. 250.

nes independientes de la mera conformidad habitual¹⁴⁷. En estas condiciones, la ética de las virtudes deviene esencial aún para la teoría jurídica, con particular referencia a la virtud de la justicia, que tiene características diversas de las otras virtudes, en cuanto exige a la dimensión subjetiva del agente abrirse a la intersubjetividad de la vida social.

Si, finalmente, nos ponemos en la óptica de una concepción democrática de la vida política, la función moralizadora de la ley no puede sino ser confiada a los mismos ciudadanos. ¿Cómo es posible que una ley producida por ciudadanos no siempre virtuosos tenga la capacidad de hacerlos virtuosos, es decir, justos? Tomás de Aquino respondería que eso es posible a condición de que se trata de una ley humana en toda la regla, esto es, respetuosa de los principios de la ley natural y de los requisitos del *rule of law*. Pero, ¿es probable que ciudadanos no virtuosos quieran leyes de ese tipo? ¿Puede suceder que, en su conjunto, la multitud se revele más sabia que los individuos que la componen? Como hemos visto, Aristóteles no excluía esa posibilidad, pero es mejor no darle demasiada confianza y continuar pensando que las buenas leyes presuponen un cierto grado de práctica política de la ética de las virtudes.

147 Para las teorías liberales acerca de un elenco objetivo de valores fundamentales, reenvío al Trabajo de M. Mangini, "L'etica della virtù tra liberalismo e giusnaturalismo", en M. Mangini & F. Viola, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp.113-188. La teoría similar de la concepción neoclásica del derecho natural está examinada en pp. 169-184.