

NORMA Y PRINCIPIO EN EL *JUS COMMUNE*

Francisco Carpintero Benítez

*SUMARIO: 1. Justicia y teleología. 2. La **utilitas** en la elección de los principios. 3. La **lex** general y el **ius** concreto. 4. La «**aequitas**» superior a las normas. 5. Pluralidad defines: pluralidad de principios y normas. 6. La filosofía práctica y la filosofía teórica.*

Nos ocuparemos del derecho jurisprudencial que dominó nuestra cultura durante varios siglos y que según la no enteramente fiable opinión de Arturus Duck recibió el nombre de «*Jus Commune*» porque los Reyes de España llamaron así a las *leges* romanas, al mismo tiempo que ordenaban que las leyes españolas se acomodaran a las romanas ¹. Este derecho estaba dominado por la noción de *similitudo* o *analogia*, y sus juristas se referían a esta exigencia aludiendo a «*illa aequitas quae in paribus casibus paria iura desiderat*», hecho que Accursio expresaba escribiendo: «*bene dico statutum esse procedendum de similibus ad similia*» ², porque la *lex* sólo podía ser considerada como *regula* si los casos que ella preveía tenían la misma equidad y alcanzaban a todos los hombres ³. Los casos eran diversos, pero los hombres

¹ «*adeo Reges hispani, etsi se ab Imperio Romano liberos profiteantur, in legibus tamen suis appellant Leges Romanas, Jus Commune, ad quas leges suas accomodandas esse praecipunt*». *De usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum, per dominia principum Christianorum*. Londini, 1678, L. I, cap. 2, § 6. En cambio, Thomas Erskine Holland entendía: «The term “ius commune” was employed by the canonist to describe the common law to the universal church, as opposed to the special law governing in provincial churches». *The Elements of Jurisprudence*. 13a. ed., Oxford, 1924, p. 59, nota a pie.

² *Corpus Juris Civilis Justinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*. Lugduni, 1628, L. I, cap. 3, «Et ideo», glosa «f».

³ «*Sed secundum hoc omnis lex est regula: quia loquitur in pluribus casibus, in quibus est eadem aequitas et de universis hominibus*». *Corpus Juris Civilis...*, cit., L. I, tit. 3, «Jura», glosa «a».

eran siempre los mismos. En realidad, los casos o las *rationes* de los casos no tenían fin, como expresaba Nicolás Vigelius, de modo que si las *rationes* de la justicia eran situadas en las personas, entonces eran realmente infinitas ⁴, porque les resultaba evidente: «Si in personis ponitur, quot homines, tot causae». La solución estaba en resumir las causas en géneros amplios, de forma que éstos fueran pocos, y en estudiar estas familias de causas de forma diligente y sobria ⁵.

Dominó la idea de una heterogenia de los principios últimos fundamentadores de la solución justa, y Johannes Althusius explicaba, algo tardíamente: «Constitutio juris est, qua illud ex negotii natura et qualitate, secundum recta rationem, exigente utilitate et necessitate humana, concipitur et formatur»⁶. Una declaración muy resumida que el mismo Althusius explicaba más ampliamente cuando escribía que el derecho surge tanto desde la *notitia divina* como desde la inclinación natural ⁷. Johann Eisenhart ampliaba esta fórmula al explicar que los criterios para llamar «bueno» a algo en el derecho podían ser reducidos a tres grupos: «(I) sive honestate sive utilis, sive iucunde; (II) sive aequalis, sive inaequalis; (III) sive simile formis, sive dissimile formis amicitiae species» ⁸. Estos criterios o principios morales, que según el mismo Eisenhart forman una «ingente multitud» ⁹, se encuentran en las normas del derecho positivo que, desde este punto de vista, operan a modo de receptáculos de la moralidad ¹⁰, porque las normas

⁴ «sed ex genere quaestiones pendere causas. Sed hoc nihil ad me. Illud ad me, el multo etiam magis ad vos, Cotta noster et Sulpiti: quomodo non se istorum artes habent, pertimescenda et multitudo causarum, est enim infinita. Si in personis ponitur, quot homines, tot causae». *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de Jure omnium certissima*. Francofurti ad Moenum, 1598, cap. V, p. 41.

⁵ Él prefiere «si ad generum universas quaestiones referuntur, ita modicae et paucae sunt, ut omnes eas diligentes, et memores, et sobrii oratores percussa animo, et prope decantatas habere debeant». *Ibidem*.

⁶ *Dicaeologia libri tres. Totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*. Frankfurt am Main, 1649. L. I, cap. 13, § 4.

⁷ Establecía dos fuentes de las normas y principios del derecho natural: «Unde in hominis iuris huius est, tum notitiae (§ 111: a Deo) tum inclinatio naturalis: Rom., cap. 2, 15-16, cap. 7, 22-23, 15-16, 17-18». *Dicaeologia...*, L. I, cap. 13, § 11.

⁸ *De usu principiorum moralis philosophiae in jure civile condendo et interpretando*. Helmstadii, 1726, cap. II, § 10, pp. 17-18.

⁹ «non potest non simul declarare ingentem iuris civilis interpretandi principiorum multitudinem». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., cap. 2, § 1.

¹⁰ «argumentis in morali scientia sua velut receptacula et scaturigines inveniunt». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., Praefatio, p. 5.

morales se encuentran escondidas bien en las mismas leyes generales, bien en las decisiones concretas ¹¹.

La amplitud y la heterogenia de los puntos básicos de referencia determinaban una actividad incesante en la construcción de los mismos argumentos, de forma que no sólo habían de encontrar la solución justa sino también el método adecuado para llegar en cada momento a esa solución. Ellos consideraban que esta situación era común a todas las ramas de la filosofía práctica, porque si lo típico de la virtud intelectual era llevar la fuerza del intelecto hasta la *cognitio*, extrayendo los conocimientos más «ex doctrina quam ex inventione» ¹², la virtud moral se encontraba ante un conjunto de vehementes exigencias prácticas que chocaban con un muro de imposibilidades teóricas. En esta línea Tomás de Aquino explicaba: «El discurso sobre las cosas morales, incluso en las universales, es incierto y variable, y más incierto se vuelve si alguien quiere concretar la doctrina *de singulis in speciali*. En esto no existe método, ni puede ser explicado» ¹³.

Pero nosotros no podemos contentarnos con repetir estas frases: Parece que es mejor adoptar el racionalismo de aquellos hombres y hacer realidad lo que proponía Duck, a saber, que las opiniones de los doctores, simultáneamente «magistrales» y simplemente probables, adquirirían su fuerza desde la razón, y no valían si no podían ser probadas racionalmente ¹⁴. Y es que, como ya Acursio enseñó, todo lo que había sido creado racionalmente podía dar razón de sí mismo ¹⁵.

¹¹ «Ipsas quidem leges, sive in generalibus comprehensas constitutiones, sive in casuum singularium decisionibus absconditas...». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., *Praefatio*, p. 2.

¹² «Cuius ratio est, quia virtus intellectualis ordinatur ad cognitionem. Qua quidem acquiritur nobis magis ex doctrina quam ex inventione». *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*. Marietti. Torino-Roma, 1964, § 246. En adelante citado como *Com. Eth.*

¹³ «Et cum sermo moralium etiam in universalibus sit incertus et variabilis, adhuc magis incertus est si quis velit ulterius descendere trahendo doctrina de singulis in speciali. Hoc enim non cadit sub arte, neque sub aliqua narratione». *Com. Eth.* § 259.

¹⁴ «Interpretationem verum Doctorum appellant Magistralem aut Probabilem tantum, quae omne vim suam habet a Ratione naturali, et non valet nisi Rationi probari potest». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., L. I, cap. 8, § 3.

¹⁵ «Quidam dicunt se non intelligere hunc legem. Alii dicunt, non omnium, id est nullorum: sed hoc falsum est: quia eorum, quia viva ratione statuuntur, ratio reddi potest». *Corpus Juris Civilis*. L. I, tit. 1, «Non omnium», glosa «g».

1. JUSTICIA Y TELEOLOGÍA

La noción de la ley como norma impuesta mediante la voluntad fue ajena al pensamiento medieval ¹⁶. Si prescindimos del voluntarismo que aparece victorioso en los últimos escolásticos españoles que integran la Segunda Escolástica ¹⁷, la reflexión anterior nos muestra más bien reglas que no normas. La *ratio regulae* venía ofrecida por los fines a los que tiende cada cosa, porque en el Jus Commune y en la reflexión sobre él, el fin tuvo razón de principio, esto es, de norma: La regla de oro la proporcionaba Tomás de Aquino al escribir: «bonum habet rationem finem» ¹⁸.

Nuestra mentalidad está acuñada por el paradigma de la naturaleza propio del siglo XVIII, que consideró el conjunto del Universo (el *Nisus*, *Trabant* o *Weltall*) a modo de una máquina. En las máquinas, toda pieza es movida por otra pieza genéticamente anterior, de forma que el orden estudiado sólo conoce lo que la terminología escolástica llamaba causas eficientes. En general, la mentalidad propiamente moderna, y no sólo la de la Ilustración, se caracterizó como tal frente a la mentalidad anterior por su consideración exclusiva, en el derecho y en la moral, de las causas eficientes, de forma que toda norma es tal por una peculiaridad de origen, a saber, por proceder desde una voluntad especialmente cualificada por algún motivo. En cambio, el estilo anterior de considerar la formación de las conducta partía desde la «fuerza apetitiva» de todos los seres,

¹⁶ John Neville Figgis indicaba que «that of a command is special, particular, moderne or ancient, not medieval, at last lot as descriptive of what is law and what is not». *Studies of Political Thought. From Gerson to Grotius*. Cambridge University Press, 1956, p. 136. En este punto es preciso distinguir entre las doctrinas de los civilistas y de los canonistas: estos últimos expresaban, lógicamente, una visión más imperativista de las leyes. *Vid.*, por ejemplo, A. J. Carlyle, «Alcuni aspetti della teoria della fonte e dell'autorità della legge nei civilisti e canonisti del quindicesimo secolo», en *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, XIII (1933), pp. 657-670. Todo esto cambia en el siglo siguiente, como hace notar Carlyle: «Altrove consideremo ciò che è stata la teoria politica dei grandi civilisti del XVI secolo: ora vogliamo solo far notare ai nostri lettori che è stata, sotto molti aspetti, assai diferente». *Vid. op. cit.*, p. 670.

¹⁷ *Vid.* Michel Bastit, *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*. PUF. París, 1990, p. 277 y ss.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, *Liber de veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium, seu Summa contra gentiles*. Marietti. Torino-Roma, 1961, § 800. En adelante citada como SG.

por lo que una conducta era propiamente moral sólo cuando respondía a tal fuerza natural ¹⁹.

Tomás de Aquino, sin duda el representante más expresivo de aquella filosofía práctica, equiparaba moralidad a humanidad, y por ello hablaba a veces indistintamente de los actos humanos o morales ²⁰. El carácter de humanidad (esto es, de normatividad) procedía desde el fin, noción opuesta en este contexto a la de movimiento o *motus*, porque, según Tomás, las cosas irracionales se mueven «ex motu», y las racionales «ex fine», de modo que si aquéllas tienen causas «per se et determinatas», los seres humanos, por actuar según fines, carecemos de tales tipos de causas ²¹. En sus frecuentes discusiones con los *filósofos naturales* (expresión bajo la que incluía a los materialistas griegos, normalmente representados en Demócrito), explicaba con la precisión digna de Hobbes o Locke cómo filósofos entendían la naturaleza, y con ella al hombre, al modo de un movimiento continuo en el que unos átomos empujaban a otros. Él, en cambio, distinguía y oponía el movimiento exterior o violento, que es el originado por un agente, de la inclinación interior o natural ²². A la mentalidad nuestra le puede extrañar un ser regido por finalidades, pero al siglo XIII le hubiera extrañado un mundo humano representado al modo de *los filósofos naturales*.

El razonamiento práctico tiene Cabeza (la norma aplicada), Cuerpo (la argumentación por la que se justifica que hay que aplicar tal norma) y Cola, que es el resultado obtenido. En Escoto, Gerson y Conrado, y más tarde en Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, ésta fue la representación casi geométrica del juego de las normas y la realidad humana estudiada. La actividad específicamente inteligente comenzaba por la norma y «llegaba» a la materia que había de ser enjuiciada. Todos ellos postularon que

¹⁹ Tomás de Aquino escribía: «Quandoque significat inclinationem quandam naturalem, vel quasi naturalem ad aliquod agendum... Et ideo non omnis virtus dicitur moralis, sed solum illa, quae est in vi appetitiva». *Suma teológica*. II, q. 58, art. 1.

²⁰ Por ejemplo, en ST, I-II, q. 18, art. 9, escribía: «talis actus non est proprie loquendo moralis vel humanum».

²¹ SG, § 1155.

²² SG, § 2641.

la norma debía *imponerse* en razón de estar dictada por una voluntad «superior». Si leemos atentamente el «Tractatus de legibus» de Francisco Suárez, veremos cómo todos los ejemplos que aporta para justificar este tipo de *imposición* están tomados del derecho canónico: un ordenamiento jurídico que le era especialmente útil a este fin porque la Iglesia católica se resume en el «Credo», y la casi totalidad del derecho canónico es *ius arbitrarium seu positivum*, ya que el «Credo» no alude a cardenales, beneficiados, catedrales o colegiadas. Desde el punto de vista del Jus Canonicum la vivisección del razonamiento jurídico en «Cabeza-Cuerpo-Cola» era patente. Suárez eligió sagazmente sus ejemplos, porque desde el punto de vista del Jus civile, *aliter se habet*, según la terminología entonces usual, de forma que lo que era cierto para la generalidad del derecho canónico no era válido para el conjunto de las *leges civiles*.

Efectivamente, desde el punto de vista del derecho civil, una cosa era la ley y otra el derecho, y por eso Pedro de Bellapertica escribía como irritado que él escribía sobre derecho, y que el que quisiera saber de leyes, que buscara en otra parte ²³. Lo que diferenciaba a Bellapertica de aquellos *moderni* a los que él alude, y que tanto le molestaban, era, entre otras cosas, la consideración del razonamiento jurídico como la aplicación de una norma previa a un estado de cosas «dado». Porque el de Aquino, que frecuentemente muestra una asombrosa similitud con Bellapertica (ambos eran coetáneos) explicaba que así como el razonamiento especulativo comenzaba desde los principios, a partir de los cuales la razón hace silogismos, en los actos humanos tenemos fines que se comportan «sicut principia in speculativis» ²⁴. «Y así [el hombre] actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona» ²⁵. Porque «el fin en los “operabilibus”

²³ «Dicit rubrica de iust. Et iure, ad quid habemus tractatum de iust. Et iure, cum totum corpus juris de hoc tractat. Dico pro tanto, quia in hac genere tractatur non descendendo ad aliquam speciem. Sed in aliis tractatibus tractatur de legibus». *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacrat. Principis, Commentarium longe acutissimum.* Lugduni, 1586, L. I, «De iustitia et iure», p. 48.

²⁴ «Perfectio enim est rectitudo rationis in speculativis dependet ex principiis, ex quibus ratio syllogizat... In humanis autem actibus se habent fines, sicut principia in speculativis». ST, I-II, q. 56, art. 4.

²⁵ «Et recte se habent circa principia, id est fines, ex quibus ratiocinatur». ST, I-II, q. 58, art. 3.

tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él»²⁶.

El hombre medieval se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cuál era la *ratio* de la normatividad de una conducta. Una de las palabras más repetidas por Tomás es la de *ratio*: se interroga acerca de la *ratio legis*, de la *ratio virtutis*, de la *ratio boni vel mali*. Tomás procede como si no existieran ordenamientos jurídicos ni ciudades, como si los hombres hubiéramos comenzado a convivir y a reflexionar y fuera preciso explicarnos las razones de todo lo contenido en normas. Su punto universal de referencia en los temas humanos («in humanis») son los fines: «lex importat ordinem ad finem»²⁷, de modo que en última instancia la ley es únicamente una función del fin que consideremos. Lógicamente, el pecado es ante todo una «aversio a fine»²⁸, porque ningún acto malo de la voluntad se encamina hacia la *beatitudo*, que es el último fin, y por ello cada cual se ordena al fin por sus propios actos, ya que la *ratio peccati* consiste en la pérdida del orden que lleva hacia el fin²⁹. Sin fin no existe orden, y sin orden no hay pecado, siempre sabiendo que el fin consiste ante todo en el «bonus uniuscuique»³⁰. Era lógico lo que Domingo de Soto exponía como evidente: «regula est quae in finem dirigit»³¹.

En este contexto, la escolástica propiamente tomista, que entre los escolásticos españoles del siglo XVI no parece ir más allá de Vitoria y Soto, entendía que los pecados son más graves cuanto son más nocivos³², por lo que la atención del moralista, ya tratara de la justicia o de

²⁶ «finis in operabilibus habet rationem principii, eo quod rationes eorum, quae sunt ad finem, ex fine summuntur». ST, I-II, q. 14, art. 3.

²⁷ ST, I-II, q. 91, art. 1.

²⁸ «Peccatum proprie consistere in aversione a fine». ST, I-II, q. 71, art. 6.

²⁹ «Quia nullus actus malus est ordinabilis ab beatitudinem, quae est ultimus finis... Ad tertium dicendum, quod unumquodque ordinatur ad finem per actum suum: et adeo ratio peccati, quae consistit in deviatione ab ordine ad finem...». ST, I-II, q. 21, art. 1.

³⁰ «Omnium autem ordinatorum ad finem, gubernationis et ordinis regula ex fine necesse est. Finis enim est bonum uniuscuique». SG, § 2.

³¹ *De justitia et iure libri decem*. IEP, Madrid, 1967, L. I, q. 1, art. 1.

³² «quia peccata tanto sunt graviora quanto magis sunt nociva; sed isti aequaliter nocuerunt: ergo aequaliter peccaverunt». *De justitia*. Edición de V. Beltrán de Heredia, Madrid, 1935, comentario a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, II-II, q. 57, art. 8, § 3.

otra virtud, recaía más sobre los efectos *reales* de las conductas que no sobre las normas violadas *ab origine*. Por ello —explicaba Francisco de Vitoria— si el daño del acreedor no es tanto como el quebranto del deudor, éste puede dilatar algún tiempo el pago de la deuda ³³. Porque todo pecado, prosigue Vitoria, no es más que la privación de un bien, según enseña Santo Tomás ³⁴, y por este motivo, aunque las normas morales eximan al padre de sostener a su hija viuda, porque ya está emancipada, esta opinión es falsa, aunque la exponga el cardenal Cayetano: porque permanece el *onus matrimonii*, puesto que siguen vivos los hijos y la familia misma. Si no fuera así, ¿cómo se alimentaría esta viuda si su padre no quisiera mantenerla? ³⁵.

Este universo medieval, en el que las «voluntariedades» estaban reducidas a los ámbitos especulativos y teológicos que discutían sobre la *potentia Dei*, era tan racionalista (si es que podemos usar este término como adjetivo de la palabra razón) que Tomás entendía que lo que impera al hombre no es la voluntad, sino su razón misma a través de la voluntad, de modo que la raíz de la libertad es la voluntad, como su *subjectum*, pero su causa es su razón ³⁶. Este universo de finalidades encontró una buena expresión (en éste como en otros temas) en la obra tardía de Johann Eisenhart, *De usu principiorum moralis philosophiae in iure civili condendo et interpretando*, que contraponía la metafísica y la tópica a la lógica, y explicaba que la metafísica y la tópica eran las doctrinas que enseñaban las causas desde los efectos, los principios desde los «principatis», los primeros elementos desde los últimos, los antecedentes desde los consecuentes, el todo desde las partes, y enseña a separar lo que es diverso ³⁷.

³³ *Vid. De justitia, cit.*, II-II, q. 57, art. 8, § 8.

³⁴ «Dicit Sanctus Thomas quod omne peccatum, ex hoc ipso quod est malum, consistit in quaedam corruptionem sive privationem alicuius boni». *De justitia, cit.*, II-II, q. 118, art. 5.

³⁵ *Vid. De justitia, cit.*, II-II, q. 68, art. 2, § 23.

³⁶ «unde relinquitur, quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus... radix libertatis est voluntas, sicut subjectum; sed sicut causa est ratio». ST, I-II, q. 17, art. 1.

³⁷ «Metafísica et Topica doctrina ostendunt causas ab effectibus, principia a principatis, priora a posterioribus, antecedentia a consequentibus, totum a partibus, idem a diverso secernere et segregare». *De usu principiorum moralis philosophiae..., cit.*, Praefatio, p. 4.

Esta metafísica y tópica a que se refiere Einsenhart se perdió definitivamente en manos de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, que sólo aludieron a las naturalezas inmutables de las cosas o a la voluntad de Dios como *principium* de toda normatividad humana, y si es legítimo diferenciar a estos autores desde otros puntos de vista, es muy lícito agruparlos desde el propósito que ahora los considero. Cuando en Europa estalló el escándalo de la mano de Samuel Pufendorf, las plumas se alzaron en dos bandos netos: Los «voluntaristas», a los que Johann Joachim Zentgrav llamaba *vasquiani* en razón de haber sido Fernando Vázquez de Menchaca el primer jurista que introdujo esta doctrina teológica en el derecho ³⁸, y los protestantes de recta observancia, como fueron Alberti, Zentgrav o Velthelm, que se opusieron a Pufendorf manteniendo la absoluta inmutabilidad de la Ley natural, según lo que habían estudiado en los libros de los escolásticos españoles ³⁹. *Tertium non deditur*, y una actitud matizada como fue la de Samuel Cocceius hubo de defenderse frente a críticas exageradas. Cuando los católicos reaccionaron contra el nervio secularizador y confesional de los «nuevos doctores del derecho natural», a mediados del siglo XVIII, Ignatius Schwarz, Juan Francisco Finetti y Anselmo Desing sólo supieron repetir lo que la época les había enseñado: que existe una Ley natural porque las naturalezas inmutables de las cosas están presentes en la inteligencia divina. Fue ya sólo cuestión de tiempo que, a través de la neoescolástica de los siglos XIX y XX, esta doctrina pasara a ser considerada la genuinamente escolástica y católica, y que todos entendieran —según el esquema de la producción legislativa propia del Estado— que las leyes humanas se derivaban de la Ley Eterna a través de la Ley natural, según un orden metafísico que garantizaría la inmutabilidad de los contenidos de la Ley natural. Nuestra cultura perdió de vista lo que Francisco de Vitoria expresaba de forma lapidaria: «Oportet omnia compensare» ⁴⁰.

³⁸ Concede gran importancia a Vázquez, al que cita con frecuencia, y llega a escribir: «recte iudicat Dn. Pufendorfius Vazquianum hunc indifferentissimum, quo sponte Dei dicitur posse mutare sententiam quoad mutuas neces inter sese perpretandas, esse absurdum et contradictorium». *Origines Juris Naturalis secundum disciplinam Christianorum*. Argentorati, 1681, Controversia I.

³⁹ Para los términos de esta polémica sigue siendo imprescindible la obra de Gebauer, *Nova Juris Naturalis Historia*. Wetzlar, 1774, pp. 47-76.

⁴⁰ *De justitia, cit.*, II-II, q. 57, art. 6, § 14.

Alguien puede pensar que esta exposición recorre un camino distinto al previsto, porque se trata de hablar del juego de las normas y principios en la jurisprudencia romanista, y llevamos tiempo navegando por consideraciones más generales. Pero piense el lector que las nociones metafísicas que están en la base de la mentalidad que quiebra en la Edad Moderna, tuvieron una influencia decisiva en las nociones más elementales de la filosofía práctica, también en la reflexión expresa sobre el derecho y sus leyes. Porque la intuición decisiva de este tiempo, a saber, que la filosofía teórica era ante todo una explicitación de lo que el ser humano aprendía observando su conducta, de modo que el «silogizari in speculativis» era un mal calco del «ratiocinare in humanis»⁴¹, quedó ahogada en las pretensiones de un método que quería ser ante todo objetivo y preciso: y así, la pretensión de precisión sofocó la objetividad.

2. LA UTILITAS EN LA ELECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

La categoría más básica de la jurisprudencia bajomedieval fue la de la *utilitas*, presupuesto el momento del *honestum*, que los juristas del Jus Commune solían despachar con una remisión somera a los *tria principia juris* que expuso Ulpiano. Ciertamente, la *interpretatio juris* en que consistió este derecho fue posible por la base inicial que proporcionaba el derecho romano, al que los juristas recurrían más o menos como hoy, de forma que a veces una simple palabra, aunque fuera un adjetivo o un adverbio, permitía mantener una *sententia*. Las categorías lógicas jugaron mayor función en las notas o *commentaria* que no fueron lineales, sino en los márgenes de las páginas, como ya hizo notar Savigny, que permitían relacionar un texto concreto con el resto del Corpus Juris Civilis, y que con el tiempo dieron lugar a *apparatus* como el de Azo. Pero en este momento no nos interesan los recursos que hicieron posible, en general, su metodología, sino las instancias hermenéuticas que más claramente permitían «derogar» unos principios en nombre de

⁴¹ Tomás de Aquino, como en general la mentalidad bajomedieval dominante, entendía que la razón era una potencia más del alma humana, que era vista como una realidad más compleja. Por ejemplo, en ST, I, q. 79, art. 1, escribe: «Respondeo dicendum, quod necesse est dicere secundum praemissa, quod intellectus sit aliqua potentia animae, et non ipsa animae essentia».

otros. Porque en la base del Jus Commune estaban las teorías romanas sobre el Jus naturale, entre ellas la mantenida por jurisconsultos como Paulo o Gayo, que parecían entender al derecho natural preferentemente como un orden de decoro y de bondad, y no tanto como la «communis omnium possessio» y la «omnia una libertas» a que ya aludía san Isidoro de Sevilla de la mano de Ulpiano y Hermogeniano.

El derecho natural (los juristas, a diferencia de los teólogos, no tuvieron interés en distinguir el *ius* de la *lex naturalis*) establecía que todos los hombres eran igualmente libres, pero la sociedad, plagada de relaciones de jerarquización y subordinación, parecía oponerse a una exigencia primera de este derecho: era preciso explicar cómo había quedado «derogado» el derecho natural en los casos del poder político, de la esclavitud y de la propiedad privada, instituciones que según declaraba la ley «Ex hoc jure» eran expresamente opuestas al *ius naturale*. Desde las primeras glosas al *Corpus Juris*, los juristas hablaron abiertamente de la «derogación» de este derecho, pero su flexibilidad en el momento de explicar cómo un principio desplazaba a otro, hace que la noción de derogación que ellos usan sea sustancialmente distinta a la nuestra. En síntesis, todos explicaron que la *necessitas hominum* había determinado históricamente la sustitución de unos principios jurídicos por otros.

Juristas y teólogos jugaron con las categorías del Jus naturale que establece la igual libertad o la no exclusividad en las propiedades, y del Jus gentium que introdujo el poder político, las guerras, las esclavitudes y las propiedades privadas, amén de los contratos innominados, el arte de fortificar las ciudades, el matrimonio, etc. Acursio ya expresaba que «necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...»⁴². Porque si la *natura hominum* determinaba la exigencia de igualdad o libertad, las necesidades contingentes en la historia imponían la supresión momentánea de algunos de sus principios a favor de otros que les eran opuestos⁴³. Esta alteración

⁴² Cf. *Corpus Juris...*, cit., L. I, tit. 4, «Ergo omne jus», glosa «h».

⁴³ «Si semper est bonum, quod est de jure nat., quomodo dici potest servitutum, vel usucapionem de bono publico inductum: cum hae iuris naturali sit contraria, et dictum non esse bona: si enim bonum est aliquid esse, ergo malum est ipsum non esse? Resp. Bonum est de iur. nat. omnes esse liberos, ut dominio rem suam non auferri, nulla causa extrinseca inspecta... Si autem intellectus

del derecho natural no debía ser entendida al modo actual del término derogación, sino como que «el derecho natural no ha sido tenido en cuenta en este caso», como explicaba el mismo Acursio. Porque la libertad y la equidad propias del derecho natural seguían operando en la historia, y ello determinaba que cuando se daba la libertad a un esclavo no se la regalaba, sino que se la devolvía (*detergitur*), o que el esclavo, que por el Jus Civile «erat annihilatus», pudiera obligarse «naturalmente» por su palabra, según el derecho natural ⁴⁴.

La consideración preferentemente teleológica de las consecuencias reales de la aplicación de una norma, determinaba la definición misma de la justicia, a la que Tomás de Aquino exponía como: «Consistit enim justitia ex hoc quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis» ⁴⁵. Obviamente, si la *ratio justitiae* brotaba desde la *utilitas*, ésta representaba algo distinto a lo que hoy entendemos por «utilidad». Pues la *utilitas* era fuente del *honestum* de forma parecida a como lo eran las reglas elementales del *ius naturale*. Tomás, en su tendencia continua a hacer de los requerimientos sociales fuentes «fuertes» de la justicia, no dudaban en mantener que lo «utile et honestum non sunt species b oni et aequo diversae; sed se habent, sicut propter se, et propter alterum» ⁴⁶. Precisamente en la referencia social encontraba él la referencia más clara para distinguir entre la justicia y las restantes virtudes, esto es, entre derecho y moral ⁴⁷.

En la escolástica propiamente tomista, que se desarrolló a lo largo de la primera mitad del siglo XVI, permaneció firme la idea de que las necesidades sociales creaban principios jurídicos que desplazaban

liberos, ut dominium rem suam non auferri, nulla causa extrinseca inspecta... Si autem intellectus referas ad casus supervinientes: melius est servitutum esse, quam non esse... Item si inspicias necessitates, quae essent, nisi usucapiones essent, melius est eas tolerari: aliter enim non posset probare dominium fere: et lites esse infinitae». *Corpus Juris Civilis...*, cit., L. I, tit. 1, «Jus», glosa «b».

⁴⁴ «Sed quod dicit esse immutabile, est contra id quod de servitute dicitur: et tamen praevallet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu». Glosa «c» a Instituta, 1, 2, 11.

⁴⁵ Vid. mi estudio «El derecho natural laico de la Edad Media», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VI, 1981, p. 237 y ss.

⁴⁶ *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*. Marietti. Torino-Roma, 1966, § 37.

⁴⁷ ST, I-II, q. 8, art. 3.

otras normas y principios, aunque estas últimas vinieran ordenadas por el derecho natural. De este tema se ha ocupado extensamente Rodríguez Puerto⁴⁸, y también, más modestamente, el autor de estas líneas⁴⁹. En general, en el ambiente conservador en que se gestó el «Tractatus Universi Juris», los juristas (que por primera vez en la historia se dieron a reflexionar sobre el método de su trabajo), distinguieron dos vertientes de este derecho, una basada «in honestote» y otra «in utilitate»⁵⁰. Quizá el texto más claro y compendioso haya sido el de François Conan: «Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturali posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Jus illius dicitur jus naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribit, estque aeternum. Alterum et secundum jus est quid in utilitate versatur quod genus dominia, regna, bella... quod, nisi fallor, non inscite jus gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit, et tamen juris naturalis pars est»⁵¹, del que toma pie Pierre de la Grégoire (Gregorius Tholosanus) para disertar con toda naturalidad acerca de la mutabilidad de la Ley natural⁵². También Albertus Bolognnetus, tras las trazas tomistas, mantuvo que los «iura naturalia» que la Instituta presenta como «semper firma et immutabilia», no son de tal condición, porque si cambia la «causa», es la misma naturaleza la que reclama un cambio⁵³. Un tema espinoso, el de la mutabilidad de la Ley natural: Henricus Bila explicó que existen distintos grados en las

⁴⁸ «Omnia autem objecta virtutum referri possunt vel ad bonum privatum alicuius personae, vel ad bonum commune multitudinis... Lex autem ordinatur ad bonum commune». ST, I-II, q. 96, art. 3.

⁴⁹ Vid. *La modernidad discutida: Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*. Universidad de Cádiz, 1998, pp. 166-214.

⁵⁰ Vid. «Historia y justicia según los juristas de formación prudencial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 351-394, y «Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural», en *Persona y Derecho*, 1992, pp. 21-200.

⁵¹ Vid. Albertus Bolognnetus, «De lege, iure et aequitate disputationes», en *Tractatus Universi Juris*, Venecia, 1584, cap. 18, § 2. *Commentariorum Juris Civilis libri X*. Basilea, 1562, L. I, cap. 6, § 4.

⁵² Tholosanus escribía: «Atque in iure naturali et illud observo, ius naturale esse immutabile, quando ius remanet, hoc est, quando iustum illud naturale habet rationes et aequitatem, quibus iustum dicitur: veruntamen et mutabile erit, quando subductis columnis rationis et aequitatis, iustum dissolvitur. Quod accidit, quando rationes, quae aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiant minui, et superantur alia maiori aequitati: ut si quod antea proderat, alio adminiculo incipiat esse nocivum et perniciosum». *Syntagmatis juris universi*. 4a. ed., Venetiis, 1593, Pars II, L. XI, cap. 1, § 7.

⁵³ Vid. *De lege...*, cit., cap. 26, § 12.

normas de esta Ley, de modo que unas son inmutables y otras pueden cambiar ⁵⁴. Aunque quizá el juicio más representativo sea el Conan, que decía que esta cuestión «semper visa et difficilis et obscura» ⁵⁵.

En el siglo XVII hubo pocos juristas importantes que siguieran esta tradición jurisprudencial y tomista ⁵⁶, quizá no tanto por la ausencia de juristas romanistas como por la falta generalizada de juristas relevantes: el esfuerzo y las polémicas del siglo XVI parecieron haber agotado las fuerzas del Jus Civile. Por parte protestante, Hermann Conring y Ulricus Huber siguieron estrechamente las tesis romanistas y tomistas, aquél desde el estudio del Jus Civile y éste desde el tratamiento de la política según Aristóteles y los escolásticos españoles. Johannes Althusius ocupa un lugar destacado, no tanto por la importancia que tuvo en su momento (el mismo Otto von Gierke indica que sobre su obra recayó un *altum silentium*) ⁵⁷, como por el interés objetivo de su reflexión. Althusius, desarrollando ideas ya expuestas, explicó con singular precisión que el derecho natural es la «recta ratio communis» que se desarrolla al filo de las necesidades y utilidades de la vida social ⁵⁸. No obsta a esta justicia de base que unas necesidades sean comunes todo el género humano y que otras estén más localizadas en el lugar o en el tiempo, porque la «Constitutio juris est duplex: naturalis, communis: vel civilis, propria, prout utilitas et necessitas vitae humanae, quae ius peperit, duplex est, communis, vel locis alicuius certi propria» ⁵⁹.

Quizá el testimonio más agudo y preciso acerca de la función de las necesidades en la constitución de lo justo fue el que ofreció Hugo de Roy, jurista francés que a mediados de siglo publicó una obra con el elocuente

⁵⁴ *Vid. Oratio de iuris arte*. Lipsiae, 1558, Pars prima.

⁵⁵ *Commentariorum...*, *cit.*, L. I, cap. 6, § 6.

⁵⁶ Es lícito llamarla «tomista» porque en el movimiento antimoderno que cuajó en el «Tractatus Universi Juris», diversos juristas se fundamentaron expresamente, y extensamente, en la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino para explicar facetas fundamentales de la experiencia jurídica.

⁵⁷ Escribe Gierke: «Allein gerade in den umfangreichsten und bedeutendsten diesem Gegenstände gewidmeten Schriften herrscht über Althusius *altum silentium*». *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 7a. ed., Scientia, Aalen, 1981, p. 8.

⁵⁸ «Naturalis et communis est, quam recta ratio communis, propter communem humanae vitae socialis necessitatem et utilitatem ponit. Unde ius naturale vocatur». *Dicaeologia...*, L. I, cap. 13, § 7.

⁵⁹ *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 13, § 6.

título «De eo, quod justum est». Roy, oponiéndose a las pretensiones del nuevo *ius naturale* que amenazaba con inundar toda la ciencia jurídica, declaraba que lo introducido por el bien público de los hombres tiene una causa perpetua y natural. Por su bondad es equitativo, por su necesidad es justo, porque se adecua a la razón natural y a la voluntad divina. Porque así como la razón natural no nos falla en lo que es necesario, la divina voluntad no nos desatiende en lo que es racional ⁶⁰.

Esta mentalidad que hacía depender la justicia, también la justicia *natural*, desde las necesidades históricas, desapareció con Francisco Suárez, quien no sólo declaró reiteradamente que la objetividad del derecho natural se reconoce especialmente en la inmutabilidad de sus conclusiones, sino que estableció la regla de oro de la jurisprudencia moderna: que el fin debe ser proporcionado al principio ⁶¹.

3. LA LEX GENERAL Y EL IUS CONCRETO

El juego de los principios determinaba que la ley fuera sólo una «cierta *ratio* del derecho», como exponía Tomás de Aquino ⁶². Domingo de Soto, fiel en este punto al pensamiento jurisprudencial, manifestaba que «Jus generale nomen est, lex autem juris species» ⁶³. La razón última de la prioridad genética del derecho sobre la ley residía en lo que manifestaba Tomás, que la prudencia trata de conductas contingentes y por ello en estos temas el hombre no puede conducirse por lo que es «simpliciter et per se vera, sed ex his quae in pluribus accidunt», de forma que tal que los principios han de ser los adecuados a las conclusiones ⁶⁴.

⁶⁰ «Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causa habet, ac naturalem. Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob aequitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divinae voluntati congruum est. Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus». *De eo, quod iustum est*. Hildesii, 1653, L. II, Titulus Primus, § 2.

⁶¹ «nam finis est proportionatus principio». *Tractatus de Legibus ac deo legislatore in decem libris distributus*. Conimbricæ, 1612, L. III, cap. 11, § 7.

⁶² «Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris». ST, II-II, q. 57, art. 1.

⁶³ *De justitia et jure...*, cit., L. III, q. 1, art. 1.

⁶⁴ «Respondeo dicendum, quod prudentia est circa contingentia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et per se vera, sed ex his quae in pluribus accidunt; oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere». ST, II-II, q. 49, art. 1.

Obviamente, Tomás de Aquino apuntaba al corazón de la jurisprudencia medieval, a saber, que una medida, para poseer *ratio* de tal, había de estar previamente «medida» ella misma. De ahí, que al manifestar que la ley tiene razón de medida, explique inmediatamente, ya en el mismo tratado de las leyes, que la «*ratio* humana no es medida de las cosas, sino más bien al revés»⁶⁵, porque la ley por sí no existe: es el fin pretendido el que crea la *ratio legis*⁶⁶.

Juan Nicolás Hertius explicaba, a contra corriente, a finales del siglo XVII, que la forma de *construir* en el derecho consiste en inducir desde las cosas singulares, y que la inducción no puede llegar a conclusiones universales, porque ignoramos las cosas futuras⁶⁷. Como es patente, la selección de los principios de forma inductiva en función de una justicia del caso, era posible porque no consideraban la posibilidad de una normatividad (en el sentido estricto de esta palabra) que fuera anterior al derecho mismo. Esta consideración de la justicia había desaparecido ya con Suárez, que distinguía en el derecho entre el «*principium essendi*» y el «*principium cognoscendi*» de lo justo⁶⁸, con lo que apuntaba a la posibilidad de una normatividad no práctica que existe *per se*, incluso cuando es desconocida.

Por lo demás, Tomás de Aquino entendía que cuando el juez ha de actuar «*praeter verba legis*» no juzgaba a la ley, sino al caso singular⁶⁹.

4. LA «AEQUITAS» SUPERIOR A LAS NORMAS

Los juristas y teóricos del Jus Commune parecían entender que las normas eran un mal remedio a las necesidades humanas: un remedio

⁶⁵ «*Praeterea, lex habet rationem mensurae. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso*». ST, I-II, q. 91, art. 3. Domingo de Soto insistía en esto mismo: «*ratio non est rerum mensura: sed ipsa potius rerum natura, quam ratio inspicit*». *De justitia et jure...*, cit., L. I, q. 5, art. 1.

⁶⁶ «*Quod autem hoc modo ratione constat, legis rationem habet*». ST, I-II, q. 90, art. 1.

⁶⁷ «*Forma comparandi construendique artem hanc sive scientiam consistit in inductione ex rebus singularibus, demonstratione, dispositione et usu... Inductione per se non possunt confici propositiones omni ex parte universales, quoniam futura ignorantur*». *Elementa prudentia civilis*. Francofurti, 1703 (1a. ed. de 1691), p. 23.

⁶⁸ *Vid. Tractatus de legibus...*, cit., L. II, cap. 5, § 5.

⁶⁹ «*ille qui in casu necessitatis agit praeter verba legis, non iudicat de ipsa lege se iudicat de casu singulari*». ST, I-II, q. 96, art. 6.

imprescindible, pero en general poco fiable. Los primeros glosadores del Corpus Juris aludieron insistentemente a una *aequitas* que era la fuente primera del *ius* y de la *justitia* ⁷⁰, que algunos historiadores del pensamiento jurídico designan (referida a aquellos autores) como la «prima bonitas morales». Notemos que Tomás de Aquino solía relacionar directamente la conducta humana con la Ley Eterna de Dios, no con la Ley natural. Sus discípulos siguieron aludiendo a una equidad anterior o por encima de la Ley natural, de forma que Albertus Bologninus escribía: «El remedio hay que buscarlo no tanto en el derecho natural como en la legítima equidad» ⁷¹. Y es que, como explicaba Johann Oldendorp pocos años antes, la inteligencia humana se despliega para hacer frente a las necesidades de la justicia, determina el «*ius naturale probabile*» desde algún punto de vista ⁷². Sí sucede que el derecho natural es superado por el mismo derecho natural que, posteriormente, aparece superior al primer derecho natural ⁷³.

Bajo el influjo de Descartes, la Edad moderna habló de unas «*notitiae innatae*» en las que se resumiría el derecho natural. Los cartesianos se tomaron tan en serio estas ideas innatas que Malebranche sólo contempló la posibilidad de un conocimiento de ellas en la mente divina, y Lord Shaftesbury, excesivamente influido por los discípulos de Descartes, inventó el *common sense* como un conocimiento directo del hombre «en» la esencia divina ⁷⁴. Estos planteamientos apuntaban a la posibilidad única de un conocimiento puramente cognitivo de lo bueno y lo malo, sin que estuviera al alcance de la razón humana medir las conductas según las *rationes boni et mali*.

⁷⁰ Vid. mi estudio «El derecho natural laico de la Edad Media», *cit.*, p. 231 y ss.

⁷¹ «Non iure naturali, sed tantum legitimo aequitatis remedio adhiberi». *De lege...*, *cit.*, cap. 31, § 5.

⁷² «Jus enim positivum est sententia magistratus, qua ex variis rerum mundanarum circumstantiis extendit, et determinat ius naturale probabili quaedam ratione». *Eisagoge seu Elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*. Vindebonae, 1758 (1a. ed. de 1539), *Epilogus*, § 12.

⁷³ Johannes Althusius escribía: «Quod si ergo lex naturalis quaedam sit prior, et alia postea supervenit, ad hanc transeundum, ut potentior sit posterior». *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 16, § 4.

⁷⁴ James Lorimer entendía que «In Shaftesbury's mind is arose [the moral sense] as a power against (he moral escepticism which has resalted from Loscke's objection of a theory of innate ideas». Pero el problema no fue resuelto, según Lorimer, porque Shaftesbury, excesivamente influido por la filosofía cartesiana, no entendió que oyéramos la voz de Dios «en» la conciencia, sino la voz de Dios directamente. *Vid. The Institutes of Law*. Edimburgo (2a. ed. de 1880), p. 188.

La crítica al innatismo moral no alcanzó al talante jurisprudencial, por la excelente razón de que la Edad Media no creyó en ideas innatas: los *prima principia* de la razón teórica y de la razón práctica fueron considerados principios que el hombre descubre mediante el uso de la razón, que comienza desde los sentidos, según la doctrina aristotélica ⁷⁵, y por este motivo, dada la falibilidad de los sentidos, estos primeros principios estaban lejos de poseer una certeza siempre apodíctica. Porque una realidad es el intelecto divino y otra el intelecto humano, ya que este último *aliter se habet* con aquél; los conceptos divinos son verdaderos por sí mismos, pero las nociones humanas están medidas por las cosas y no son verdaderas por sí mismas, sino sólo en la medida en que *consonan* con ellas ⁷⁶. Alberto Bolognnetus indicaba que las esencias de la Ley natural y de la Ley eterna son distintas, porque el hombre sólo se comunica con Dios a través de la muy débil «participatio» ⁷⁷.

Tomás explicaba que el fundamento primero del conocimiento era la similitud, y el hombre puede conocer mal la sabiduría divina porque, a diferencia de los ángeles, no es similar a Dios ⁷⁸. Por el contrario, el ser humano sólo se comunica directamente con Dios a través de una *participatio* que en modo alguno obtiene la perfección propia de la *similitudo* ⁷⁹. Consecuentemente, él entendía que lo que es natural ha de tener una naturaleza inmutable, y siempre y en todas partes ha de ser lo mismo; pero la naturaleza del hombre es mutable, y por esto su ley es

⁷⁵ Tomás de Aquino explicaba: «Ex ipsa enim natura animae intellectualis convenit homini, quod statim cognito, quid est totum, et quid est pars, cognoscetur, quod omne totum est majus sua parte... Sed quid sit totum et quid sit pars cognoscere non potest nisi per species intelligibiles a phantasmatis acceptas. Et propter hoc Philosophus in fine Posteriorum, ostendit cognitio principiorum provenit nobis ex sensu». ST, I-II, q. 51, art. 1.

⁷⁶ «Ad tertium dicendum, quod ratio intellectus divini aliter se habet ad res quam ratio intellectus humani. Intellectus autem humanus est mensuratus a rebus, ut scilicet conceptus hominis non sit verum propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod consonat rebus». ST, I-II, q. 93, art. 1.

⁷⁷ «quae caetera participant, facit hanc participatio ut non tantum eadem illa regantur divina ratione, sed et inde propriam rationem moventur assumant divinae quidam persimilem, sed essentia tamen ab ipsa distinctus». *De lege...*, *cit.*, cap. 5, § 10.

⁷⁸ «Id enim, quod aliquid cognoscitur, oportet esse actualem similitudinem eius, quod cognoscitur... [El hombre, en cambio] per participationem divinam sapientiae, et non per essentiam propriam». ST, I-II, q. 51, art. 1.

⁷⁹ *Vid.* ST, I-II, q. 51, art. 1.

cambiante ⁸⁰. Althusius completaba más explícitamente esta tesis añadiendo que lo único natural de que dispone el hombre es una facultad para descubrir en cada momento el derecho natural adecuado ⁸¹. Pero esta dirección del pensamiento jurídico planteaba serios problemas, porque era doctrina comúnmente admitida que la bondad o maldad de las acciones surge desde la misma naturaleza del objeto, esto es, de la conducta considerada, de forma que si la conducta era absolutamente «necesaria» entonces debía ser entendida como ordenada por la Ley natural. Tomás se enfrentó directamente (según su costumbre) a este problema, y explicó que más quiere lo que Dios quiere aquella persona que conforma su voluntad a la voluntad divina «quantum ad rationem voliti quam si conformat ad ipsam rem volitam» ⁸². Y es que Tomás mantenía que el acto de la virtud es superior a la virtud misma ⁸³.

Si las normas están sometidas a unas medidas superiores que ordenan en cada momento hacer lo más racional, esto es, lo más justo, no podemos considerar normas inmutables. Domingo de Soto explicaba que la Ley natural es como la Regla de Lesbos, que se adecua inmediatamente a las proporciones de lo que es medido ⁸⁴, de forma que (prosigue Soto) si el derecho es aquello que es justo, la equidad que se constituye en las cosas temporales determina un derecho que no es eterno, aunque exista una Ley eterna ⁸⁵. Porque la medida sólo puede ser inmutable en tanto lo

⁸⁰ «Ad primum dicendum quod illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo quod naturale est homini est mutabilis». ST, II-II, q. 57, art. 2.

⁸¹ «Jus naturale quod vocant, dicitur, quod ratio simplex noëtica, hominum, quatenus homo et animal rationale, docet. Inde a quibusdam ius rationis vocatur (Wesembeck, Coven, Vacon a Vacua, Donellus, Hotmann, Govea, I Cor., II Rom.) quamvis idipsum non innascentur proprie, sed tantum notiones eiusdem, sed potius facultas iuris huius cognoscendi a natura ingeneretur». *Dicaeologia...*, cit., L. I, cap. 13, § 18.

⁸² ST, I-II, q. 19, art. 10.

⁸³ *Vid.* por ejemplo, *Com Eth.*, § 152, donde escribe que «operatio secundum virtutem est perfectior quam ipse virtus».

⁸⁴ «Quapropter defectus huiusmodi non sunt in lege, sed in rebus ipsis humanis, quarum causas nequeunt certius comprehendit. Qua utique de causa appositissima lex comparatur regulae Lesbiae... Unde sit consequens ut cum lex ob necessitatem ex aequo et bono accomodatum rebus, illam Arist. obliquitatem non tribueret vitio, sed laudi, propter inconstantia rerum humanarum». *De iustitia et iure*, L. I, q. 6, art. 3.

⁸⁵ «Etenim quia ius pro eo quod est iustum, aequitas illa pars quae in temporariis rebus constituitur, nullum est ius hoc modo aeternum: licet sit lex aeterna». *De iustitia et iure...*, cit., L. I, q. 2, art. 1.

permite la naturaleza de la «materia» que es medida, y la medida de las cosas mudables no tolera la perpetuidad ⁸⁶.

Como los asuntos humanos son variables, el derecho natural o los principios objetivos no pueden tener siempre «la misma disposición» ⁸⁷ respecto a los problemas. Consecuentemente, el de Aquino explicaba que tampoco podemos proceder a deducir sin más reglas concretas de conducta desde aquellos principios, porque según él, la razón humana no participa «ad plenum» del dictamen de la razón divina, «sed suo modo et imperfecte» ⁸⁸. Althusius explicaba más gráficamente que la mente humana «alucinaba» cuando pretendía proceder deductivamente desde los axiomas primeros ⁸⁹.

La relación entre el derecho natural y el derecho positivo no es de deducción de éste desde aquél, ni de enfrentamiento. Pedro de Bellapertica ya explicaba, en pleno siglo XIII, que como todo lo que tiene causa es justo naturalmente, el derecho natural se sustituye a sí mismo, y hay por ello un derecho natural de pasado, de presente y de futuro ⁹⁰. Tres siglos

⁸⁶ «Et per hoc respondetur ad secundum quod mensura debet esse immutabilis quatenus fert natura materiae: mensura autem mutabilium rerum solidiorem non suffert perpetuitatem». *De iustitia et iure...*, *cit.*, L. I, q. 7, art. 1.

⁸⁷ Althusius explicaba: «Horum omnium cum varia, diversa, inconstans et mutabilis sit conditio et natura, unam ipsa et eadem dispositionem iuris communis admittere non potest». *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 14, § 8.

⁸⁸ *Vid.* ST, I-II, q. 91, art. 3.

⁸⁹ «Saepe etiam ratio naturalis hallucinatur, tum quod informationem rationum communiorum axiomaticarum, in mente existentium, quas de rebom omnibus non satis emendatas et explicatas. Quam quod deductionem notiorum singulorum, dianoëticarum ex communibus, et earumdem applicationem ad res singulas, in quibus facultas et voluntas est infirma, varia et a seipsa saepe dissidens». *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 13, § 16.

⁹⁰ Bellapertica escribe: «Unde quod hic dicitur iura naturalia immutabilia sunt. Verum est per similia. Sed iura civilia mutabilia: quia per similia sua mutari possunt... Sed ius naturale tolli potest per aliud simile sibi non per ius dissimile. Sic intelligunt iura allegata. Isti subtiliter loquuntur tamen non bene dicunt. Dicunt enim quod per aliud ius dissimile potest ius naturale tolli non per se ipsum. Istud est contra rationem citius deberet tolli per sua similia quam per sua dissimilia iuxta illud: nihil tam naturale est: quam unumquodque dissolui eo genere quo ligatum est. Nil tam naturale». *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, p. 105. Tres páginas más adelante condensa esta tesis: «Ideo ius naturale primaevum non potest immutari et ius naturale quod appellatur jus gentium. Sed sine causa non potest». Lo decisivo es que exista una «causa» suficiente: «Si sine causa introducta non valet, sed est magis corruptela». Esta doctrina de las causas *supervinientes* está referida a todos los tipos del derecho, también al derecho natural: «Sic intelligo omnia iura istius materiae». *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, pp. 108-109.

más tarde, Oldendorp, Bolognetus, Conan y Tholosanus mantuvieron que las leyes positivas humanas constituyen la concreción histórica de los principios del derecho natural. Althusius explicaba esta relación entre el derecho positivo y el natural indicando que la *convenientia* en que consiste la justicia positiva no se separa en todo el derecho natural, sino que procede analógicamente según la razón de ambos órdenes jurídicos ⁹¹, de forma que las relaciones entre uno y otro derecho son simultáneamente de analogía y de discrepancia ⁹². Era tanta la importancia de la doctrina de la *causa* que Althusius explicaba que el derecho natural, de gentes y civil no eran tres especies del derecho, sino tres causas eficientes o tres efectos del único derecho ⁹³. A mediados del siglo XVII, cuando el iusnaturalismo moderno había extendido el postulado del derecho natural como un ordenamiento distinto del derecho positivo vigente, Johann Eisenhart recordaba que no hay diferencias prácticas entre el derecho positivo y el natural, porque ambos proceden de la misma razón ⁹⁴. Por lo demás, cuando observemos discrepancias entre las reglas del derecho natural y del derecho positivo, el cardenal Bolognetus era de la opinión que hay que preferir el derecho «civil» al derecho natural.

En este contexto de búsqueda última y radical, el criterio para reconocer los principios del derecho natural es considerar que lo que posee una razón de conveniencia indefinida, eso es del *ius naturale* ⁹⁵, porque el derecho que usamos cotidianamente en parte es derecho natural y en parte derecho positivo ⁹⁶. Pero si los principios de uno y otro derecho se

⁹¹ «Convenientia illa est, quae non in totum a iure communi recedit, sed ab eodem analogice deducitur ex ratione utriusque, iure communi et fine utriusque iusto». *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 14, § 3.

⁹² «Discrepantia est, qua in adcommodatione ad particularia negotia a iure communi proprium non-nihil recedit, aliquid addendo vel detrahendo. Hoc est, quae non per omnia iure naturali communi servit, neque in generalibus illis principiis manet». *Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 14, § 35.

⁹³ «Mala vulgo species juris constituuntur, ius commune, naturale, gentium et civile. Non enim species iuris sunt, hoc est, effecta sed causae efficientes. Nam ex hisce praeceptis naturae et rectae rationis, omne ius, quod est, collectum dicitur a Justiniano». *Vid. Dicaeologia...*, *cit.*, L. I, cap. 13, § 9.

⁹⁴ Procede desde la trasgresión de la norma: «sive naturali, sive civili iure, utpote cuius transgressione implicite pariterque violatur ius naturae ea regula contineatur». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, *cit.*, § 4, p. 3.

⁹⁵ «Quandoquidem si videtur aliquando inter se dissidere, praecepta civilia, et naturalia, praeferantur civilia. Nunquam enim a iure naturali leges recedent nisi ex maxima causa». *De lege...*, *cit.*, cap. 30, § 6.

⁹⁶ Así, Eisenhart, *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cap. 2, § 29, p. 36, cuando escribía que «rebus agendis naturali iure indefinitarum rationum convenientia».

imbrican condicionándose mutuamente, ¿qué relación mantienen entre sí? Descartada expresamente la solución deductiva, Tomás de Aquino expresa que la voluntad de Dios y la voluntad de los hombres además de conformarse «in commune ratione voliti», han de converger en el mismo fin último ⁹⁷.

En este juego continuo, en el que los principios no ocupan un lugar estático, sino que suben o bajan según las necesidades humanas, Arturus Duck mantenía que el jurista que recurre sin más a la ley para justificar su decisión, porque quiere escapar de las complicaciones y contradicciones de la doctrina, no hace sino encubrir su puro y desnudo arbitrio ⁹⁸. Pero el juego de los principios no puede anular la existencia y validez jurídica de las normas, y Hugo de Roy remataba este tema doctrinal explicando que aquel que no considerase las normas generales, sino que usara promiscuamente los extremos singulares, estaba privando de su prestigio a la palabra razonar ⁹⁹.

5. PLURALIDAD DE FINES: PLURALIDAD DE PRINCIPIOS Y NORMAS

La Edad Media entendió que cada cosa existe en sí y por sí, sin que pueda existir un lenguaje omnicomprensivo que haga desaparecer la multiplicidad o una cualidad que opere una *reductio ad unum* en lo que es distinto ¹⁰⁰. Ciertamente, en Dios se encuentra todo

⁹⁷ Así, entre otros muchos, y aun tardíamente, Eisenhart, *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., cap. 3, § 30.

⁹⁸ «Voluntas igitur humana tenetur conformari divinae voluntati in volito formaliter: tenemur enim velle bonum, et communem... Sed tamen quantum ad utrumque, aliquo modo voluntas humana conformatur voluntati divinae in commune ratione voliti, conformatur ei in fine ultimo: secundum autem non conformatur ei secundum rationem causae efficientis». ST, I-II, q. 19, art. 10.

⁹⁹ «Et licet plures sint, qui iustitia, acumine et eloquentia Legum Romanorum capti, volunt causas tantum in iudiciis decidi per Leges “Justinianaeas”, rejectas interpretum omnium Commentarius et scriptis et inutilibus, discordantibus et confusis... [Él sin embargo entiende que] Rejicere enim Doctorum sententias et interpretaciones ubi casus non est iure expressus, non autem aliud est, quam omnes casus arbitrio et conjecturis Judicantium decidendas relinquere». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., L. I, cap. 8, § 4.

¹⁰⁰ «Qui igitur generalia quaedam praecepta his non consideratis, vel parum animadversis, omnibus ac singulis promiscue approprianda putaret, nomine ratiocinantis merito privaretur». *De eo, quod iustum est...*, cit., L. II, Titulus Septimus, § 7.

unido, pero en el mundo nuestro no existe tal unidad ¹⁰¹. No existe un solo fin de la vida humana que tenga capacidad para ordenar unitariamente lo múltiple, porque la misma *beatitudo* se descompone en muchas cosas que tienen sus propios fines ¹⁰². La misma naturaleza no alcanza algo así como un «bien común de la razón», sino sólo a lo que es la perfección de cada cosa ¹⁰³.

Además, la multiplicidad se ve potenciada por las individualidades de las personas humanas, porque lo que es natural debe ser referido tanto a la especie como a los individuos, de forma que existen como dos naturalezas, una la específica y otra la de cada individuo ¹⁰⁴. La insistencia moderna en las «naturalezas inmutables de las cosas», hizo perder de vista que el acto *in seipso* es el acto «del» sujeto, sin que sea posible separar uno y otro, y por ello lo que es bueno y virtuoso para uno es malo y vicioso para otro ¹⁰⁵. Sucedió que consideraban que lo que está en algo o alguien está ahí según el modo que es propio de ese alguien ¹⁰⁶.

La misma noción de «totum» es una noción diferenciada, porque hay muchos «todos», del mismo modo que hay muchas partes ¹⁰⁷. La razón humana no puede unificar las realidades, sino que más bien es la propia razón la que es constituida por esas realidades, de las que ella toma sus medidas. Las mismas potencias del hombre se diversifican según el orden de los objetos que hay que conocer o que hay que realizar ¹⁰⁸, porque las pasiones del hombre no son las causas de los amores que le mueven, sino

¹⁰¹ Tomás de Aquino explicaba: «Non est igitur una materia quae sit in potentia ad esse universale». SG, § 940.

¹⁰² «Quod enim est in supremo unitum, multiplex in infimis invenitur». SG, § 2014.

¹⁰³ «Ad secundum dicendum, quod ad unum finem ultimum, quod est bene vivere totum, ordinantur diversi actus secundum quaedam gradum... qui tamen habeant quosdam proximos fines». ST, II-II, q. 51, art. 2.

¹⁰⁴ «natura autem non attingit ad communem boni rationem, sed ad hoc quod est sua perfectio». SG, § 998.

¹⁰⁵ *Vid.* ST, I-II, q. 63, art. 1.

¹⁰⁶ «Ad tertium dicendum, quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosi, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosi, tanquam eis non proportionati». ST, I-II, q. 94, art. 3.

¹⁰⁷ «Omne autem quod est in altero, est in eo per modum eius in quo est». SG, § 992.

¹⁰⁸ «Cum enim totum dicatur pro relationem ad partes, oportet totum diversimode accipi sicut diversimode accipiuntur partes». SG, § 1485.

que cada pasión depende del objeto al que ella tiende ¹⁰⁹. Es decir, las «fuerzas» del hombre proceden desde las diversas operaciones «secundum seipsas», como son las compraventas y otras operaciones de este tipo, en las que hay que atender a la razón de lo debido o no a otros ¹¹⁰, y por este motivo la justicia y sus partes giran en torno a sus propias operaciones en tanto constituyen su propia materia ¹¹¹.

El trabajo humano no puede eliminar la complejidad porque nuestro hacer no puede crear un bien común o abstracto, sino que tiende al bien «concretum in singulari» ¹¹². Quizá la razón última de por qué el pensamiento romanista entendió que las cosas son tal como se presentan, múltiples e irreductibles sin que puedan ser unificadas en un lenguaje superior, residía en la profunda convicción de que «non est eadem ratio veritatis et rationis» ¹¹³.

La noción de la naturaleza como un único todo acabado, tal como se manifiesta en Gabriel Vázquez o en Suárez, fue ajena al pensamiento anterior. Tomás reitera que la naturaleza no es más que «el principio intrínseco de las cosas que cambian» ¹¹⁴ y que sólo secundariamente llamamos «naturaleza» a una sustancia o «quodlibet ens»¹¹⁵. De ahí surgía la facilidad para considerar el «plano medio del derecho», que ni justifica cualquier hecho empírico, ni se remonta a idealidades remotas. Por este motivo, Acursio podía escribir fluidamente: «Locus est a communiter accidentibus» ¹¹⁶. ¿Es preciso que estudie teología el que quiera saber derecho?, se preguntaba este mismo jurista: «Respondeo non: nam omnia in corpore iuris inveniuntur» ¹¹⁷.

¹⁰⁹ «sed secundum ordinem objectorum est ordo potentiarum». SG, § 158.

¹¹⁰ «Cuius ratio est, quia omnis alia passio animae, importat motus ad aliud, vel quietem in aliquo». ST, I-II, q. 27, art. 4.

¹¹¹ «Et in talibus oportet, quod sit aliqua virtus directiva operationum secundum seipsas; sicut sunt emptio et venditio, et huiusmodi operationes, in quibus attenditur ratio debiti, vel indebiti ad alterum». ST, I-II, q. 60, art. 2.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Com. Eth...*, *cit.*, § 101.

¹¹⁴ ST, I-II, q. 93, art. 1.

¹¹⁵ «principium intrinsecum in rebus mobilis». ST, I-II, q. 10, art. 1.

¹¹⁶ *Vid. Ibidem*.

¹¹⁷ *Corpus Juris Civilis...*, *cit.*, L. I, tit. 3, glosa «e».

Ciertamente, cada hombre unifica en su unidad vital lo que es distinto, de modo que lo que es diverso «secundum rem» puede quedar «ut unum secundum rationem»¹¹⁸, pero del hecho de que el hombre pueda perseguir simultáneamente varios fines, no se sigue que se produzca una unificación real de lo que es distinto y opuesto. Al ser las cosas humanas contingentes, el razonamiento práctico no está obligado a asentir necesariamente a lo propuesto en un razonamiento, «sino que queda en la potestad de cada hombre asentir a una u otra parte de la contradicción»¹¹⁹. Porque no en vano enseñaba Jacobo Lernsher que el teólogo adoctrina al pueblo, el médico cura las enfermedades, pero el jurista siempre es contradicho por un adversario¹²⁰.

Además, los escolares de la Baja Edad Media habían estudiado en la dialéctica y en la retórica que el «ser» tiene diversos modos de manifestarse, porque lo que puede ser igual desde el punto de vista de la cantidad, no lo es desde el punto de vista económico. Precisamente la gran innovación de la escolástica más moderna consistió en prescindir de estos «modos de ser», y situar en su lugar un único discurso sobre las cosas que fue llamado «formal», como manifiesta especialmente Suárez. Anteriormente entendían que cada verdad se manifiesta de un modo distinto, por lo que previamente era necesario mostrar bajo qué «modo» era posible manifestarla¹²¹.

Tomás de Aquino había establecido que la consideración de las cosas que son necesarias y universales es «simpliciter seu absolutior», pero la de los particulares contingentes no es así¹²². Efectivamente, el azúcar es gran alimento, pero para algunos enfermos es un veneno. Luego, lo que un hombre quiere no se califica moralmente desde el único punto de la bondad o maldad que surge aparentemente «ex

118 *Corpus Juris Civilis...*, cit., L. I, «Justitia», glosa «q».

119 *Vid.* ST, I-II, q. 12, art. 3.

120 *Com. Eth.* § 518, núm. 43.

121 *Oratio de dignitate utilitatique Juris Civilis*. Coloniae, 1542, p. 13.

122 «Quia vero non omnis veritatis manifestandae modus est idem... necesse est prius quis modus sit possibilis ad veritatem propositam manifestandam». SG, § 13.

objeto», sino que es preciso atender a otros extremos. Él da a entender que la maldad es mucho más fácil de detectar que la bondad, porque algo puede ser malo por un solo defecto, pero para ser considerado bueno tiene que ser tal «ex tota integra causa»¹²³.

El problema estaba situado en la dimensión necesariamente personal de toda actuación propiamente humana. Porque «algo puede ser natural de un doble modo. Uno, según la naturaleza de la especie, como cuando se dice que el hombre puede reír... Otro, según la naturaleza del individuo, porque es natural a Sócrates o Platón ser enfermizos»¹²⁴. Esto implica que la bondad o maldad de la conducta puede ser enjuiciada tanto desde el punto de vista de la conducta en sí como desde la disposición del que actúa: «Scilicet ex conditione eius, quod proponitur, et eius, cui proponitur»¹²⁵. Se crea así una *relatio* cuyo enjuiciamiento depende de ambos extremos¹²⁶, el real y el personal.

En las éticas de todos los tiempos ha tenido una influencia decisiva la consideración que los escolásticos llamaban «ex objeto», esto es, atendiendo a la naturaleza misma de lo que se hace, y el de Aquino hubo de enfrentarse a este tema singularmente vidrioso porque hacía oscilar la doctrina entre un objetivismo poco humano y un subjetivismo que lo puede justificar todo. Él comienza explicando confusamente que el fin es algo extrínseco a la acción misma, porque es fundamental en toda conducta tanto su causa, esto es, la persona *agens*, como su forma. «Pero respondo diciendo que el acto es llamado propiamente humano en la medida en que es voluntario, y el motivo de la voluntad, y el objeto es el fin. Y por esto es principalísima entre todas las circunstancias, aquella que atiende al acto del que obra, a la finalidad. En cambio, es secundario lo que atiende a la sustancia del acto, a lo que el acto es»¹²⁷. Una declaración así, centrada también en el fin subjetivo del actuante, suponía situarse en las antípodas de la modernidad,

¹²³ *Vid.* ST, I-II, q. 94, art. 3.

¹²⁴ *Vid.* ST, I-II, q. 71, art. 5.

¹²⁵ Tomás de Aquino, ST, I-II, q. 51, art. 1.

¹²⁶ Tomás de Aquino, ST, I-II, q. 9, art. 2.

¹²⁷ *Cf. Ibidem.*

que comenzó, de la mano de Vázquez, Suárez y Grocio, considerando lo que las cosas son «ex sua natura», *formaliter*, «proprie loquendo», «per se et sua natura seclusis aliis circumstantiis», etc. En la pugna que Tomás mantiene consigo mismo acerca de la noción de justicia, él mismo oscila entre considerar que el acto justo consiste en dar a los otros lo que ya es suyo, o en actuar como actúa el hombre virtuoso: en el primer caso destaca la dimensión *real* de la justicia, y en el segundo su vertiente personal. Es un tema que dejó abierto, preguntándose si él mismo no incurría en «quaedam circulatio» al definir la justicia como dar al otro lo suyo, pero determinando lo que es del otro según la actuación personal virtuosa ¹²⁸.

Recalcó en gran medida, desde luego, que las conductas humanas no se califican de buenas o malas absolutamente, sino «secundum rationem particulares», de modo que si la voluntad de uno quiere algo que tiene razón de bueno, tal voluntad es buena; y si la voluntad de otro quiere algo que no tiene razón de malo, entonces tal voluntades también buena ¹²⁹. En la pequeña y breve escolástica tomista, Francisco de Vitoria sentaba, a propósito de un caso moral, que no condenar a esas personas universalmente es falso, y es falso también condenarlas siempre ¹³⁰. Albertus Bologninus explicaba que el derecho de gentes es verdadero derecho también en aquello que se opone al derecho natural, como es el caso de las guerras, cautividades, etc., porque estas cosas no hay que considerarlas *simpliciter*, sino (ut ita dicamus) son naturales «secundum quid» ¹³¹. Ante la marea iusnaturalista moderna, que sólo contemplaba esencias desencarnadas, Hugo de Roy recordaba que lo bueno y lo malo estaban diferenciados por cuestiones de matices, porque nuestra elección no suele ser entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor ¹³². Porque «Non omnia omnibus

¹²⁸ ST, I-II, q. 7. art. 4.

¹²⁹ *Vid. Com. Eth.* § 1131, en donde expone: «Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... sequitur quaedam circulatio in dictis determinationibus».

¹³⁰ «Et ideo si voluntas alicuius velit illud esse, secundum quod habet rationem boni, est bona: et voluntas alterius, si velit illud idem non esse, secundum quod habet rationem mali, erit voluntas etiam bona... Contigit autem aliquid esse bonum secundum rationem particularem, quod non est bonum secundum rationem universalem». ST, I-II, q. 19, art. 10.

¹³¹ *Vid. De justitia...*, *cit.*, II-II, q. 57, art. 6, § 22.

¹³² *Vid. De lege...*, *cit.*, cap. 27, § 5-6.

convenit», ya que aunque los preceptos son siempre los mismos, las cosas no permanecen iguales a sí mismas, de modo que «alia in aliis, haec in hiis, illa in illis, specialiora sunt»¹³³. Los principios comunes de la Ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos, por la variedad de los asuntos humanos¹³⁴. Una tesis que Albertus Bolognetus matizaba indicando que aunque lo natural es siempre uno, y difiere mínimamente de sí, dispone de varias reglas o medidas, a través de las cuales aquello natural se aplica de formas distintas¹³⁵.

Gregorio Tholosanus recordaba que muchas normas, aunque diversas y contrarias según el tiempo y el lugar, son justas y equitativas aunque no según una consideración general, «sed diversa ratione, et secundum quid»¹³⁶. Esto es, no según el derecho natural en abstracto, sino de acuerdo con el derecho natural en concreto, según la conveniencia del sujeto al que se le prescribe lo justo individualizadamente¹³⁷. Porque, como Althusius indicaba, tenemos la posibilidad de considerar las cosas ya separadas e individualizadas, con un nombre propio, pero también es posible considerarlas no como singulares «per se et in se», sino como todo un cuerpo de cosas constante al que estudiamos como si fuera una sola realidad¹³⁸. Tardíamente Eisenhart recordaba que la moralidad consiste en un hábito o respecto de la acción con el dictamen de la recta razón o con el derecho, por el cual el acto es determinado según las circunstancias¹³⁹.

¹³³ «ut semper una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus. Neque alio respectu iustum vel iniustum ex unaquaque patitur, nisi ut maius anteponatur minori...». *De eo, quod iustum est...*, cit., L. II, Titulus Septimus, § 7.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ «Ad tertium dicendum, quod principia communia legis naturae non possunt eodem modo applicare omnibus, propter varietatem rerum humanarum». ST, I-II, q. 95, art. 2.

¹³⁶ «Sic istum ipsum naturale, licet sit semper unum, et idem, at que a se ipso minime differat, varias tamen regulas, et quasi mensuras habet, quibus varie illud homines applicando quodammodo metiuntur». *De lege...*, cit., cap. 7, § 9.

¹³⁷ «Quae omnia tamen, etsi diversam in locis diversis, et contrariam, iusta nihilominus sunt et aequa: sed diversa ratione, et secundum quid, non secundum generalem considerationem iuris naturae in abstracto, sed secundum ius naturale in concreto, hoc est, pro convenientia subiecti, cui nomotheta iustum praescribit». *Syntagmatis iuris universi*. Venetiis, 1593, 4a. ed., Pars II, L. XI, cap. 1, § 9.

¹³⁸ «Universales res sunt, quando res discretas, singulares, plures, uni nomini subjectas et conjunctas... universitatem et corpus unum constituunt... In hoc corpore non singulares res in se et per se, sed tantum corpus ex rerum multarum comprehensione et collectione constans, consideratur, tanquam res una». *Dicaeologia...*, cit., L. I, cap. 4, § 1 y 3.

¹³⁹ «Sed moralitas consistit in habitu seu respectu actionis ad dictamen rectae rationis sive ius quo circumstantiae actus determinatur». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., cap. II, § 4.

Pero esta llamada tardía no tuvo eco, porque la modernidad, ya bajo los discípulos de Descartes que sólo conocían esencias inmutables en la mente divina, ya bajo el sensismo y fenomenismo de tantos ilustrados, había rechazado la posibilidad de considerar que no todo es siempre lo mismo.

6. LA FILOSOFÍA PRÁCTICA Y LA FILOSOFÍA TEÓRICA

La reflexión debía dar cuenta de las muchas direcciones posibles que podía adoptar el razonamiento práctico porque, como expresaba Beckmann, «philosophari est bene ratiocinari circa ea, quae occurrunt»¹⁴⁰.

A ellos les resultaba evidente, en el marco de este tipo del filosofar que no atiende a describir lo que ya es sino a explicar la verdad que hemos de crear, que el conocimiento estrictamente cognitivo es imposible. Por ello, Conrado Lagus, olvidándose momentáneamente de sus análisis filológicos e históricos, explicaba: «La Juris Prudentia no puede ser incluida entre las artes que se enseñan cognitivamente»¹⁴¹. Porque el *ius civile* había de ser entendido a la luz de los principios prácticos propios del derecho natural, ya que si no era así, este derecho quedaba reducido a un «Jus subtile, durum et rigor iuris, mera subtilitas, mera cognitio»¹⁴².

Aquella época, más dada a matices que la nuestra, no mantenía que el conocimiento jurídico estuviera siempre excluido del campo de lo cognitivo: más bien proponía considerar que el estudio del derecho se abordara simultáneamente desde el ángulo teórico y el práctico, y Johann Henricus Berger proponía que consideráramos a la *jurisprudentia* romana desde dos posibilidades, una legal y otra doctrinal. La legal debía desdoblarse en otras dos, la que nos proporciona la *notitia* de sus leyes, y la que nos suministra la *scientia* de ellas, de modo que

¹⁴⁰ «Philosophia haec practica in rebus mundanis multum habet utilitatis; quoniam philosophari est bene ratiocinari...». *Doctrina iuris ex Jure Naturae, Jure Gentium, Canonico, Civile, Jure Civili Romano, Jure feudali et Principiis Philosophiae practicae*. Jena, 1678, voz «Philosophia», p. 434.

¹⁴¹ «Neque Juris Prudentia, inter eas artes referenda est, quae propter cognitionem tantum discuntur». *Methodica juris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, p. 24.

¹⁴² J. Althusius, *Dicaeologia...*, cit., L. I, cap. 16, § 16.

aquella perteneciera más bien al *factum*, y ésta al *ius*, y así «conoceríamos» los hechos y «sabríamos» el *ius* ¹⁴³. Henricus Ernstius proponía una explicación de este problema aparentemente más completa: existen tres tipos de *jurisprudencia*: una que crea las leyes, otra que administra justicia según las leyes ya promulgadas, y una tercera que interpreta las leyes y el derecho escrito, y en la medida en que puede, lo conforma según equidad ¹⁴⁴.

Porque los juristas y en general la reflexión sobre el derecho, usaban dos verbos distintos para referirse a lo que hoy conocemos genéricamente como estudio del derecho. Uno de los verbos era el *cognoscere*, que mentaba el conocimiento cognitivo o teórico, y el otro el *scire*, con el que aludían al «saber haber» propiamente práctico. Era lógico que Pedro de Bellapertica diferenciara al *ius* y a la *jurisprudencia* escribiendo que «*ius est scriptum, et jurisprudentia est scire*» ¹⁴⁵, y era lógico también que ellos hicieran depender la filosofía teórica desde la práctica ¹⁴⁶.

El origen del problema estaba, según Tomás de Aquino, en que la naturaleza tiende a regir cada cosa en sí misma ¹⁴⁷, y si la inquisición racional debía seguir los principios generales propios de la dialéctica especulativa, el juicio o demostración racional debía tener en cuenta los principios propios de cada cosa ¹⁴⁸, y ambos saberes reciben nombres distintos, porque la «dialéctica inquisitiva de ómnibus» constituye la Synesis, que trata de la forma de actuar

¹⁴³ «Definitio jurisprudentiae. Romanae duplex est: alia legalis, alia doctrinalis. Legalis iterum duplex est... qua definitione duo continentur genera: alterum notitiae, alterum scientiae: alterum pertinet ad factum, alterum ad ius: res cognoscimus, ius scimus». *Oeconomia juris*. Lipsiae, 1755, p. 1.

¹⁴⁴ «Antequam tamen huc abeam, dicam prius (quia supra tantum tetigi) de Jurisprudentiae partibus, quae tres sunt: Una, quae leges condit; altera, quae secundum latas leges justitiam administrat; tertia, quae leges interpretatur, et ius scriptum, quanto ex tuto potest, ad aequitatem componit». *Catholica juris*. Gryphiswaldiae. 1666, p. 97.

¹⁴⁵ *Petri Bellapertica...*, cit., p. 50.

¹⁴⁶ Eisenhart mantenía: «felicitem autem theoreticam a practica, vel ab illa separatam concibere animo non possum». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., cap. 1, § 8.

¹⁴⁷ «Natura autem ad duo intendit: primo quidem, ad regendum unamquamque rem in seipsa». ST, II-II, q. 50, art. 4.

¹⁴⁸ «Ad secundum dicendum quod iudicium debet summi ex propriis principiis rei: inquisitio autem fiat etiam per communia... Unde etiam in speculativis dialectica, quae est inquisitiva, procedit ex communibus: demonstrativa autem, quae est iudicativa, procedit ex propriis». ST, II-II, q. 51, art. 4.

según la ley común; por el contrario, la Gnome juzga según la razón natural allí donde está esta ley ¹⁴⁹.

Porque la prudencia (de la *jurisprudencia* era sólo una parte) desborda la simple consideración racional («consideratio rationis») y reclama la *applicatio ad opus*, que es el fin de la razón práctica ¹⁵⁰. Sucede que el silogismo práctico procede simultáneamente desde lo universal y lo singular, y es mejor suponer dos intelectos, uno que es «cognoscitivo» de los universales, y otro que es cognoscitivo de los «extremos», esto es, de los operables que son contingentes y singulares, o proposición menor ¹⁵¹. Obviamente, el protagonismo *ab initio* de la premisa menor del silogismo práctico excluye cualquier tentación estrictamente deductiva, y no encuentra lugar la regla escolástica que enunciaba que «conclusio sequitur peiorem partem». Esto no era nada heterodoxo o contradictorio con las reglas de una epistemología general, porque Tomás explica que «ninguna capacidad cognoscitiva conoce una cosa sino según la razón del propio objeto» ¹⁵². Como es lógico, esa *terceridad* entre la premisa mayor y menor del silogismo, que es el factor que lleva a la conclusión, no es sino «lo más conveniente» ¹⁵³.

El de Aquino reitera que las diversas conclusiones de la razón práctica, aunque estén obtenidas desde los mismos principios generales, pueden ser y son distintas según los tiempos y lugares. Mantiene que su verdad o rectitud no es la misma para todos los hombres, y que

¹⁴⁹ «Unde in speculativis una est dialectica inquisitiva de omnibus: scientiae autem demonstrativae, quae sunt iudicativae, sunt diversae de diversis. Distinguuntur autem synesis et gnome secundum diversas regulas, quibus iudicatur. Nam synesis est iudicativa de agendis secundum communem legem; gnome autem est secundum ipsam rationem naturalem in his, in quibus deficit lex communis». ST, I-II, q. 57, art. 6.

¹⁵⁰ «Respondeo dicendum quod ad prudentiam pertinet non solum consideratio rationis, sed etiam applicatio ad opus, quae est finis practicae rationis». ST, II-II, q. 47, art. 3.

¹⁵¹ «Conclusio autem singularia syllogizatur ex universali et singulari propositione. Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat. Quorum unus est qui est cognoscitivus universalium... Alius autem intellectus est qui, ut dicitur Philosophus in VI. Eth., es cognoscitivus extremi, idest alicuius primi singularis et contingentis operabilis, propositionis scilicet minoris». ST, II-II, q. 49, art. 2.

¹⁵² «Nulla virtus cognoscitiva cognoscit rem aliquam nisi secundum rationem proprii objecti». SG, § 2325.

¹⁵³ «Consilium est inquisitio rationis: sed ratio a prioribus incipit, et ad posteriora devenit secundum convenientiorem ordinem». ST, I-II, q. 14, art. 5.

incluso que entre aquellos que forman una unidad, tampoco es igual tal verdad ¹⁵⁴, lo que implicaba que la diversidad alcanzaba no sólo al conocimiento, sino también al ser. Estamos ante un tipo de consideración de la normación de la conducta del hombre que se aparta *todo coelo* de la de aquellos que hacían arrancar sus consideraciones desde la distinción entre «principium essendi et cognoscendi».

El razonamiento práctico, al tener en cuenta simultáneamente las pretensiones de la premisa mayor y de las posibles premisas menores, selecciona los principios aplicables al mismo que los aplica. Los principios no aparecen en su grandeza, sino más bien parecen seres carecientes que ruegan que se les tenga en cuenta en el caso, que el silogismo se construya de la forma más conveniente para ellos. Porque la «dialéctica judicial» tiene en cuenta los modos de ser de cada cosa, y estos respectos determinan distintas direcciones del razonamiento aunque los elementos sean los mismos. La Edad Moderna, que buscaba seguridad a costa de la objetividad, prescindió de los modos de ser, y diseñó un silogismo de una única naturaleza que sólo tenía en cuenta una faceta de las cosas. Pero como el juzgador, quiera él o no quiera, tiene en cuenta respectos distintos en cada momento del razonamiento, sigue una lógica que se hace acreedora al reproche de James Lorimer: «It has always appeared to me that one of the most useful directions in which concrete Logic would be presented would be in the construction of a science of aberrations» ¹⁵⁵.

© Índice General

© Índice ARS 25

¹⁵⁴ «Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, non est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est eadem, est aequaliter nota». ST, I-II, q. 94, art. 4.

¹⁵⁵ *The Institutes of Law, cit.*, p. 164, nota a pie.