

ORDEN, DECISIÓN Y NORMA. LA TEORÍA JURÍDICA DE TOMÁS DE AQUINO A LA LUZ DE UNA DISTINCIÓN DE CARL SCHMITT*

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO**

RESUMEN: Carl Schmitt sostiene que el derecho puede ser concebido como regla, como decisión o como norma. Estos modos de entenderlo no son excluyentes, sino que indican una prioridad, pues necesariamente uno de ellos desempeñará el papel central y articulará a los otros. En este trabajo se examina cuál de esos modos de entender el derecho es el central en la filosofía jurídica de Tomás de Aquino, y se concluye que es el de “orden”, atendido que para Tomás el derecho es, en primer lugar, la “cosa justa”. Se muestra, sin embargo, que las otras acepciones también tienen un lugar en su teoría jurídica, concretamente la de “norma”, pues la ley, si bien no es el derecho constituye una cierta “razón” del mismo, y la de decisión, cuyo papel se observa en el proceso de determinación del derecho.

PALABRAS CLAVE: Tomás de Aquino - derecho; orden - derecho natural; ley - Carl Schmitt.

THOMAS AQUINAS'S LEGAL THEORY IN LIGHT OF CARL SCHMITT'S DISTINCTION OF RULE, DECISION AND ORDER

ABSTRACT: Carl Schmitt argues that law can be conceived as a rule, decision or order. These ways of understanding the law are not exclusive but indicate a priority: one of them will play the central role and articulate to others. In this article, it will be examined which of these ways of understanding the law is central to the legal philosophy of Thomas Aquinas, for what it is concluded that the fundamental meaning of *ius* is “order”. Indeed, for Thomas the meaning of law is, in the first place, the *ipsa res iusta*. However, the other meanings are also part of his legal theory. Specifically, law may also be understood as a “norm”, since law is not the

* Este trabajo forma parte de un proyecto más amplio, patrocinado por Fondecyt (n. 1150102). El autor agradece las observaciones de Carlos D. Martínez Cinca y Hugo Herrera.

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2015.

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2015.

** Abogado y Doctor en Filosofía. Profesor del Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes (CHILE). Correo electrónico: jgh@miauandes.cl.

ius but a certain “cause” of it. The law is also envisioned as “decision” by Aquinas, whose role is observed in the process of determination.

KEYWORDS: Aquinas - *ius* - order - natural law - Carl Schmitt

Sumario: 1. Una visión analógica del derecho, 2. El papel de la ley, 3. El momento de la decisión, 4. Ley natural y derecho natural.

INTRODUCCIÓN

En *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), Carl SCHMITT señala que, al llevar a cabo su tarea, todo jurista tiene detrás un determinado concepto de derecho. Concretamente, “lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos”¹. Al entender el fenómeno jurídico de un modo determinado, por ejemplo, como regla o norma, no significa que el estudioso necesariamente se olvide por completo de los otros elementos. Se trata simplemente de saber cuál tiene primacía, es decir, cuál de esos elementos actúa como principio articulador de todos los demás, de manera que el sistema jurídico funcione armónicamente. Esta afirmación de Schmitt no se limita al solo derecho positivo. En efecto,

También tras todo derecho natural o racional –los cuales son también un desarrollo, llevado hasta sus últimas consecuencias, de un modo de pensar jurídico– se encontrará, como representación última del derecho bien una norma, bien una decisión, bien un orden y, como consecuencia, se definirán los distintos tipos de derecho natural o racional².

En las páginas que siguen quiero mostrar cuál sería el lugar de la filosofía jurídica de Tomás de Aquino dentro de este esquema schmittiano. Sabemos que el Aquinate no fue un jurista, pero esa circunstancia no impide ignorar que su filosofía del Derecho ha sido particularmente influyente a lo largo de la historia, e incluso en la época contemporánea constituye un punto de referencia para autores tan disímiles como Michel VILLEY (1914-1988), Arthur KAUFMANN (1923-2001), Javier HERVADA (1934-) o John FINNIS (1940-). En particular, pretendo hacer ver que

¹ SCHMITT, Carl (1996) *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Traducción, estudio preliminar y notas de M. Herrero. Madrid: Tecnos, p. 5.

² SCHMITT (1996) 5.

el concepto central de “derecho” (positivo) que maneja Tomás se corresponde con el “orden” schmittiano (1). Al mismo tiempo, la “norma” y la “decisión” también tienen un lugar en su modo de concebir el derecho, que es una realidad pluriforme, que presenta grandes diferencias respecto de Aristóteles (2-3). Terminaré el trabajo planteando la misma pregunta a propósito del derecho natural tomista, inquiriendo si debe ser entendido como orden, como norma o como decisión (4).

1) UNA VISIÓN ANALÓGICA DEL DERECHO

Lo primero que llama la atención al lector no especializado que se acerca a la *Suma Teológica* para buscar allí la concepción jurídica de Tomás de Aquino, es que él trata la ley y el derecho en dos partes muy distintas de esa obra: de la ley trata en la I-IIae, cuestiones 90-108 (donde alude a su esencia, sus diversas clases, sus efectos, como también de la ley eterna, natural y humana, entre otras materias), mientras que del derecho se ocupa en la cuestión 57 de la II-IIae (allí trata de su carácter de objeto de la justicia y de las divisiones que conoce, particularmente la que distingue entre derecho natural y positivo, como también del derecho de gentes, una categoría de origen romano). Esta diversidad de tratamiento resulta sorprendente para quien haya sido formado de acuerdo a cánones legalistas, que llevan a identificar “ley” y “derecho”.

En su máxima expresión, el legalismo se resume en la famosa fórmula “la ley es la ley”. Esta aserción puede ser entendida al menos en dos sentidos, que normalmente son complementarios, uno de carácter ético y otro político: i) solo es ley la ley positiva, es decir, no existe algo así como un derecho natural, y ii) solo es ley aquella norma que emana de un parlamento en la forma prescrita por la constitución y, por tanto, no tienen ese carácter y, por tanto, no constituyen derecho en sentido estricto, ni la costumbre, ni la jurisprudencia ni, mucho menos, la doctrina de los autores. Como se ve, la primera afirmación es de carácter ético y tiene que ver con los criterios de justicia de que disponemos para resolver las distintas situaciones. La segunda, en cambio, tiene un carácter político, pues establece la absoluta prioridad (si no la exclusividad) de la ley entre las fuentes del derecho, y proclama al parlamento como la instancia encargada de darle origen, dejando de lado, por ejemplo, el derecho de creación popular, que llamamos “costumbre”.

El texto fundamental para entender la existencia de una pluralidad de usos de la voz “derecho” está en *S. Th. II-II, 57, 2 ad 1*, donde se afirma que:

es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de *medicina* se asignó, en un

principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de *derecho*, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.

El derecho, entonces, se concibe como un término análogo, que cubre una variedad de significados aunque lo hace con diversa intensidad o propiedad. En su sentido más propio, “derecho” significa la misma cosa justa (*ipsa res iusta*), pero asimismo existen acepciones derivadas: lo que hoy llamaríamos “ciencia jurídica”; también los tribunales de justicia (todavía hoy se conserva un resto de esta acepción, cuando se habla de “comparecer en derecho” o “traer en derecho”). Por último, se llama “derecho” a la sentencia, aunque ella sea injusta, lo que resulta muy significativo para un autor que es considerado el prototipo de quienes afirman que “la ley injusta no es ley”³. Fácilmente se aprecian dos omisiones en esta enumeración: de una parte, no se incluye a la ley dentro de esas acepciones; de otra, no se contempla la realidad que hoy denominamos “derecho subjetivo”. La primera de las omisiones se corrige de inmediato, pues en la respuesta a la objeción siguiente dice Tomás que, tal como el artista forma su obra a partir de cierta idea que tiene en mente,

así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina *ley*; pues la ley es, según Isidoro, *una constitución escrita*. Por lo cual, la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino *cierta razón del derecho*⁴.

La segunda omisión que cabe señalar dentro de los sentidos de la palabra “derecho” es, como se dijo, la de “derecho subjetivo”. Junto con la de “norma”, ella constituye una de las acepciones centrales en la actualidad. Aquí Tomás no corrige esta falta, por una razón muy sencilla: aunque los autores discuten si el Aquinate conoció algo semejante a nuestra

³ Sobre este problema: MASSINI, Carlos Ignacio y GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (2012) “Valoración e inclusión en el Derecho. La máxima “*Lex injusta non est lex*” y la iusfilosofía contemporánea”. En Cianciardo, Juan *et alii* (eds.), *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho*- México DF.: Porrúa, pp. 117-145.

⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* II-II, 57, 2 *ad* 2, énfasis añadido.

idea actual de derecho subjetivo⁵, lo cierto es que, en todo caso, ella no desempeña un papel central en su filosofía jurídica⁶.

La acepción fundamental de “derecho” es, entonces, la de “cosa justa”. No se trata, obviamente, de la cosa materialmente considerada, sino de la acción debida, es decir, “una acción adecuada a otro según cierto modo de igualdad”⁷. El propio Schmitt se encarga de advertir que esta concepción del derecho no corresponde al normativismo o al decisionismo, sino al pensamiento del orden. Así, nos dice que: “El derecho natural aristotélico-tomista de la Edad Media, por ejemplo, es un modo de pensar científico-jurídico sobre la noción de orden”⁸. El modo de expresarlo es desafortunado, porque no existe algo así como una “filosofía aristotélico-tomista”, ya que las diferencias entre Aristóteles y Tomás, también en lo que al derecho se refiere, son muy grandes (además del hecho de que hay otros autores, como Cicerón o Agustín, que tienen una gran influencia sobre el Aquinate), pero sí tiene razón el jurista alemán al ponerlo dentro de ese tercer tipo de pensamiento, el de orden, ya que, en su concepción, el derecho es una acción debida, no una regla o una simple decisión.

La idea del orden no solo está presente en el texto donde el Aquinate caracteriza al derecho. Ella se halla incluso en la definición misma de ley, que es caracterizada como una “ordenación” (*ordinatio*⁹) cuyo origen es la razón, y que se dirige no en cualquier dirección sino precisamente hacia el bien común¹⁰. La falta de referencia a ese fin, la carencia de una dirección legítima, tiene como consecuencia el que la ley que surja en ese caso pueda ser calificada de injusta, es decir, que pierda legitimidad y, por tanto, la capacidad de hacerse obedecer. De esta manera, la noción de orden se halla presente incluso cuando se habla del derecho como norma. Propio de la ley, entonces, es promover un orden básico, tanto en el sujeto (retrayéndolo de los vicios que pueden dañar a la sociedad) como en la comunidad humana misma (impidiendo las perturbaciones más graves del bien común). Esta comunidad no es un mero agregado de individuos, sino que es concebida como un organismo, donde los individuos y las agrupaciones tienen una función que cumplir. Tan importante es el orden, en este caso el de carácter político, que según Tomás existió incluso en el Paraíso,

⁵ Detalles de esta discusión en: FINNIS, John (1980) *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press; VILLEY, Michel (1982) *Compendio de Filosofía del Derecho* (2 vols.). Pamplona: Eunsal, y (1981) *El pensamiento ius-filosófico de Aristóteles y Santo Tomás*. Buenos Aires: Ghersi.

⁶ Para la evolución histórica de la noción de derecho subjetivo resulta fundamental GUZMÁN (2009) y TUCK (1979). Sobre los aspectos filosóficos de la misma: MASSINI (1983).

⁷ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, 57, 3c.

⁸ SCHMITT (1996) 5-6.

⁹ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 90, 4c.

¹⁰ TOMÁS DE AQUINO, I-II, 90, 2c.

ya que también allí estaba presente la índole política del hombre y la necesidad de conseguir el bien común, tarea que exige que alguien gobierne¹¹.

Por último, para acertar en cuestiones prácticas, es necesario que el sujeto esté bien equipado a la hora de actuar, es decir, debe ser virtuoso. Para lograr esa armonía interior que le permitirá actuar bien, no le bastará con tener alguna virtud aislado, porque existe una conexión entre las virtudes. Así,

ninguna virtud moral puede darse sin la prudencia, ya que es propio de la virtud moral elegir rectamente, por ser hábito electivo. Ahora bien, para la elección recta no basta la sola inclinación al fin debido, que proviene directamente del hábito de la virtud moral, sino que se requiere también que uno elija directamente los medios para el fin, cosa que hace mediante la prudencia, que aconseja, juzga y preceptúa los medios ordenados al fin. De modo parecido, tampoco la prudencia puede darse si no se tienen las virtudes morales, ya que la prudencia es la recta razón de lo agible, que tiene por principios los fines de lo agible, respecto de los cuales uno está bien dispuesto por las virtudes morales. De modo que, así como no puede darse ciencia especulativa sin el entendimiento de los principios, tampoco puede darse la prudencia sin las virtudes morales. De donde se sigue claramente que las virtudes morales están conexas¹².

El visto es otro de los sentidos en que la noción de orden es central en el pensamiento del Aquinate. En este caso, porque a menos que el sujeto esté interiormente ordenado, es decir, que todas sus potencias se sujeten a la razón, no podrá acertar en lo que a la conducción de su vida se refiere, pues en materias prácticas no acierta cualquiera, sino tan solo el virtuoso.

2) EL PAPEL DE LA LEY

Si el derecho es una obra, si consiste en un orden que hay que establecer, ¿qué papel juega entonces la norma en la vida jurídica? En la filosofía de Tomás ese papel es muy relevante, mucho más que en Aristóteles, entre otras razones porque el Estagirita no tiene una teoría de la *ley* natural, mientras que en Tomás, por la influencia de las ideas estoicas y cristianas, la ley moral natural desempeña un papel muy importante¹³. La ley

¹¹ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I, 96, 4c.

¹² TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, 65, 1c.

¹³ CORSO DE ESTRADA, Laura (2008) *Naturaleza y vida moral. Un estudio sobre el influjo filosófico de Marco Tulio Cicerón en Tomás de Aquino*. Pamplona: Eunsa, 336 pp.

positiva (*lex*) constituye para el Aquinate una guía que orienta al juez o a los contratantes en la tarea de encontrar la solución concreta en que consiste el derecho real: “la escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo, dándole la fuerza de autoridad”¹⁴. Por eso los jueces deben fallar de acuerdo con la ley (que recoge ya las exigencias de lo justo natural, ya las de la autoridad política¹⁵). Como dice Schmitt, “la norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado, solamente una cierta función reguladora”¹⁶.

La ley es importante porque no todos los miembros de una comunidad son virtuosos y hay algunos que requieren de la coacción para abstenerse de dañar a los demás¹⁷. Con el tiempo, en la medida en que se habitúen a abstenerse de ciertos malos comportamientos, alcanzarán un grado elemental de virtud: para decirlo en terminología aristotélica, no serán buenos hombres, pero sí al menos serán buenos ciudadanos. Pero la ley también es importante por otras razones, y no sería sensato pensar que basta con dejar en manos de los jueces la tarea de conseguir un orden social justo. En la *Suma Teológica* entrega las razones de su preferencia por las leyes más que por el criterio judicial:

Primera, porque es más fácil encontrar las pocas personas doctas capaces de hacer buenas leyes que las muchas que se requerirían para juzgar de cada caso en particular. Segunda, porque los que hacen las leyes estudian detenidamente cada una de ellas, pero los juicios sobre singulares se refieren a casos que ocurren de improviso, y es más fácil discernir lo justo examinando muchos casos que considerando uno solo. Tercera, porque los legisladores juzgan en universal y refiriéndose al futuro, en cambio quienes presiden un tribunal juzgan sobre hechos presentes, respecto de los cuales fácilmente se dejan influir por sentimientos de amor, de odio o de cualquier otra pasión, con lo cual su juicio queda pervertido¹⁸.

Se ve entonces que, aunque el derecho no se halle contenido primariamente en la ley, ella resulta un instrumento fundamental para alcanzar el bien social. Tomás está lejos de entregarle a los jueces el protagonismo último de la vida jurídica, por eso dice que: “dado que el derecho viviente del juez no abunda mucho y es demasiado elástico, era necesario determi-

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, 60, 5c.

¹⁵ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, 60, 5.

¹⁶ SCHMITT (1996) 12.

¹⁷ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95 1c.

¹⁸ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95, 1c.

nar por medio de leyes, siempre que fuera posible, lo que se ha de considerar justo, dejando poquísimas cosas al arbitrio de los hombres”¹⁹.

Por otra parte, en las últimas décadas, diversos autores inspirados en la hermenéutica han prestado especial atención a la distinción entre *ius* y *lex* que realiza Tomás de Aquino²⁰. Ellos ponen de relieve que el derecho, a diferencia de los objetos de las ciencias naturales, no es un objeto ya establecido, que está enfrente del observador y se halla perfectamente definido. El derecho entendido como cosa justa presenta, más bien, una naturaleza procesal, es un devenir, es decir, algo que habrá que alcanzar sobre la base de diversos elementos²¹, entre los que se halla la ley (natural y positiva) pero también las costumbres y todas las demás fuentes del derecho. En la misma línea, señala Schmitt, que

Para el modo de pensar jurídico del orden concreto, el «orden», también el jurídico, no es considerado ante todo como una regla o una suma de reglas, sino que, por el contrario, *la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento del orden*²².

Este carácter orientador pero no absolutamente determinante que presenta la ley, se aprecia en la solución que, siguiendo a Aristóteles, Tomás entrega al problema de la equidad. Puesto que la ley es necesariamente general²³ y dispone para los casos ordinarios, bien puede suceder que, en ocasiones, el caso en cuestión sea tan singular que la aplicación literal de la ley dé lugar a un resultado injusto. En efecto, a veces:

las leyes que son rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que, si se observasen, se iría contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos, no debe juzgarse según la literalidad de la ley, sino que debe recurrirse a la equidad, a la que tiende el legislador. [...] En tales casos, aun el mismo legislador juzgaría de otra manera, y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley²⁴.

De este modo, al figura del juez, que en un principio aparecía disminuida²⁵ vuelve a entrar en su concepción del derecho en un momento tan decisivo como el de la solución de las tensiones entre la generalidad de la

¹⁹ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95 1 *ad* 2.

²⁰ KAUFMANN (1984); OLLERO, Andrés (1982) “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino”. En: id., *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid: Edersa, pp. 43-53.

²¹ KAUFMANN (1984) 59.

²² SCHMITT (1996) 11-12, énfasis añadido.

²³ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 96, 1c.

²⁴ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, 60, 5 *ad* 2.

²⁵ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95, 1 *ad* 2.

norma y la peculiaridad del caso concreto. Dicho en terminología schmittiana: el juez es el dueño de la excepción, representada en este caso por la equidad. La normalidad, en cambio, queda encomendada a la ley, pero ella adquiere un sentido fuerte precisamente en relación con el caso, por eso: “la ley adquiere nuevo contenido con cada decisión”²⁶, el contenido de la regla se transforma en otro al vincularse con el caso concreto²⁷.

3) EL MOMENTO DE LA DECISIÓN

He mostrado que el centro de la concepción jurídica de Tomás está ocupado por la noción de “cosa justa”, que vendría a corresponder a la de orden, en la clasificación schmittiana. También se ha visto que la ley, aunque no desempeña el papel principal de la vida jurídica, sin embargo tiene una función muy relevante. Queda por mostrar la función que desempeña el momento de la decisión en la filosofía del derecho de nuestro autor medieval. Aquí, el aspecto más relevante no está dado por la decisión judicial. Como ya se dijo, ella se ajusta a los parámetros establecidos por la ley (si bien en casos excepcionales está autorizado a no aplicar la literalidad de la norma sino a decidir tal como lo habría hecho el legislador de haberse visto enfrentado a ese caso muy particular). Lo fundamental, en lo que a la decisión se refiere, está en el proceso mismo de formación de la ley.

En efecto, resulta claro que, incluso en una sociedad de hombres perfectamente virtuosos, no basta con la ley moral natural para organizar la convivencia. La ley natural es todavía muy general, y deja abiertas un sinnúmero de cuestiones, como la determinación de plazos procesales, el establecimiento de requisitos de validez de un contrato o la fijación de las penas que se asignan a cada delito. El Aquinate enseña que la ley positiva deriva de la natural, pero no lo hace por vía silogística (como unos principios morales se derivan de otros más generales) sino por un proceso creativo, semejante al del arquitecto que de una idea general plasma una casa concreta, ajustada al clima y las necesidades de su dueño. Esta es la derivación por determinación o especificación²⁸. Aquí el margen del legislador es amplísimo. Cuestiones como a qué edad pueden contraer matrimonio las personas, cuál es la velocidad máxima en que cabe conducir en una carretera, o qué sanción se le asigna a un determinado tipo de homicidio no están, por cierto, establecidas por la naturaleza, y se hace necesario tomar una decisión. Aunque el margen de decisión sea muy amplio, sin embargo no es ilimitado, porque junto a especificaciones ra-

²⁶ SCHMITT (2009) 32.

²⁷ SCHMITT (2009) 28 y 35.

²⁸ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95, 2.

zonables hay determinaciones caprichosas, o que no se corresponden con las necesidades de la época o con las circunstancias propias de un lugar. Estas diferencias dan lugar a determinaciones mejores o peores, e incluso, en ciertos casos, a especificaciones que resultan francamente injustas. Pero lo importante aquí es que no existe una respuesta única, sino que hay diversas determinaciones que pueden ser igualmente legítimas, dentro del marco general establecido por los principios de la ley natural²⁹. Se trata, en suma, de cosas que en sí mismas son indiferentes, es decir, que podrían ser resueltas de muchas maneras (lo que los estoicos calificaban como *adiaphora*). Ahora bien, aunque indiferentes en sí mismas, dejan de serlo una vez que, de entre las diversas posibilidades, el legislador ha elegido una solución determinada. Entonces, “lo justo va a consistir en observar algo y lo injusto en pasarlo por alto”³⁰.

Se ve, entonces, que la decisión juega un papel muy relevante, atendido el hecho de que los principios morales naturales son todavía muy indeterminados y por lo general no bastan para resolver los casos concretos que se presentan diariamente. Para hacerlo, es necesario contar con la legalidad positiva, lo que exige decidir entre las diversas posibilidades legítimas que se ofrecen al legislador.

Esta misma idea es recogida, siglos después, por el jurista alemán en un escrito temprano ya citado antes: *Gesetz und Urteil* (1912). Allí señala que, salvo contadas excepciones, toda ley incluye un momento que se podría calificar de “aleatorio” y cuyo ejemplo más típico son las determinaciones de la regulación del tránsito que indican el sentido en que se debe conducir un vehículo. Es posible que esas determinaciones puedan reconducirse a la costumbre: “Pero el contenido de la costumbre misma se funda no en consideraciones acerca de lo que es útil, justo o moral dirigirse por la derecha, sino, en último término, básicamente en que debe tomarse una decisión”, por lo que “en todo derecho se incluye un momento tal de arbitrariedad en el contenido”³¹.

4) LEY NATURAL Y DERECHO NATURAL

Como dice Schmitt, aquí “no se trata de la contraposición entre derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento del or-

²⁹ Para la derivación por determinación, son fundamentales los trabajos de Sebastián Contreras, que ha estudiado el tema tanto en el Aquinate como en la Escuela de Salamanca, por todos: CONTRERAS, Sebastián (2014) “La ley natural y su falta de determinación. Apuntes sobre la teoría clásica de la determinación del derecho natural”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 47, pp. 839-866.

³⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Libri Ethicorum* V, 305: 82-84, n. 1020.

³¹ SCHMITT (2009) 46.

den, cada uno de los cuales pretende tener razón”³². En toda filosofía del derecho están presentes los tres elementos, pero la preponderancia de uno y otro hace que podamos caracterizar a una determinada teoría dentro de uno de los tres grupos señalados. En el caso de Tomás, he mostrado que su concepción del derecho positivo se ajusta a la de orden schmittiano. En ella, la ley, tanto natural como positiva, juega un papel orientador, pero lo relevante es la acción justa. Ahora bien, ¿sucede lo mismo en el caso del derecho natural? Dicho con otras palabras, el derecho natural tomista ¿es norma o es orden³³? ¿Podemos distinguir entre ley natural y derecho natural, o la distinción entre ley y derecho solo es válida en el campo del derecho positivo?

No cabe duda de que es posible utilizar esas expresiones indistintamente, de hecho Tomás lo hace con frecuencia³⁴, pero ¿se justifica ese uso por simple metonimia, del mismo modo en que llamamos “derecho” a la “ley”, o existe una diferencia entre uno y otro? En las presentaciones habituales de la filosofía de Tomás estos términos se consideran equivalentes, y el derecho natural no parece ser más que otro nombre para la ley natural. Algún autor considera que la relación entre uno y otro concepto es de género a especie: llamamos derecho natural a la parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia³⁵.

Esta aproximación al problema, sin embargo, da origen a una dificultad muy significativa, porque, como se sabe, la ley natural está constituida por ciertos principios o normas, de modo que si consideramos que es lo mismo que el derecho natural, entonces tendríamos que decir que Tomás es realista en su concepción del derecho positivo (es decir, lo considera como un orden) y normativista en su teoría del derecho natural (ya que lo entendería como un conjunto de principios o normas), lo que resulta poco creíble.

Una solución semejante deja sin explicación el hecho de que el Aquinate trate en la *Prima secundae* de la *Suma Teológica* el problema de la concordancia entre la ley positiva y la natural³⁶ y luego, más adelante, en la *Secunda secundae* vuelva a repetir el esquema, esta vez a propósito de la congruencia entre el derecho positivo y el natural³⁷.

³² SCHMITT (1996) 10.

³³ Dejo fuera la “decisión”, porque parece claro que no se puede reducir a ese modelo.

³⁴ Cf. *S. Th.* I-II, 71, 6 *ad* 4; I-II, 94, 5 *ad* 3; I-II, 95, 4c, I-II, 100, 8 *ad* 1, etc.

³⁵ En la misma línea, Antonio Osuna Fernández-Largo, autor de las introducciones y notas a la edición castellana de esta parte de la *Suma*, señala que derecho y ley natural “se distinguen como la parte y el todo, pues la ley natural hace referencia al conjunto de los preceptos morales de la naturaleza, mientras que el derecho natural se refiere a un sector autónomo de esa moral, que es el de la justicia social” (1989, 744, nota c).

³⁶ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* I-II, 95, 2c; 96, 4; 97, 4 *ad* 3.

³⁷ TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II-II, 57, 2 *ad* 2; 60, 5 *ad* 2, etc.

Una forma de enfrentar el tema, en la línea de Villey³⁸, por ejemplo, consiste en afirmar que lo justo o el derecho natural apunta al recto orden que existe en las relaciones que se dan dentro de una sociedad. En este sentido el derecho natural se conoce a través de la observación de las sociedades bien constituidas, una idea, por lo demás, muy aristotélica. En este sentido, el derecho natural no sería un conjunto de prescripciones, sino una realidad viva que se verifica de mejor o peor manera según la calidad de las relaciones entre los individuos y grupos³⁹. Así, mediante la observación llevada a cabo no por cualquiera, sino por sujetos prudentes, que son los que están habilitados para juzgar en materias prácticas⁴⁰, se podrán determinar ciertos casos centrales (por ejemplo, de legitimidad, de orden público, de autoridad, etc.) de determinadas prácticas o instituciones, y a partir de ellos se puede establecer si las realizaciones que se dan en una determinada sociedad son expresiones deficientes o perfectivas de esa idea central.

Otro modo de ver la cuestión, complementario del anterior, consiste en decir que todas las personas, incluidos los jueces, nos vemos enfrentadas a decidir en casos concretos a la luz de ciertos principios morales. En muchos de esos casos, la solución se ve facilitada por la existencia de una norma positiva, pero no siempre resulta suficiente, pues hay que tener presente que la ley positiva ni manda todo lo bueno ni prohíbe todo lo malo, de manera que muchas veces no constituye un criterio suficiente para un sujeto que quiera actuar de manera excelente. De este modo, la persona virtuosa tendrá siempre el problema de dar con la acción correcta en cada situación, es decir, llegar a la cosa justa, la conducta reclamada por la naturaleza misma del caso que tiene enfrente. Esa misma cosa justa, cuya solución no viene por aplicación de los meros criterios positivos, que no siempre resultan suficientes, es lo que podemos llamar “derecho natural”: es la cosa (acción) que es justa no en virtud de la convención humana sino por su propia naturaleza; es, dice Tomás, lo adecuado “por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto”⁴¹. De esta manera, aunque ley y derecho natural no puedan separarse por completo, puesto que la ley natural, de carácter todavía potencial, está llamada a ser realizada o actualizada en acciones justas concretas (es decir, está llamada a transformarse en derecho), sí cabe distinguirlas y, por tanto, decir que el derecho natural no es, en primer lugar, ni norma ni decisión, sino un determinado orden que hay que conseguir.

³⁸ VILLEY (1981 y 1982).

³⁹ GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (1994) *Razón práctica y derecho natural. El iusnaturalismo de Tomás de Aquino*. Valparaíso: Edeval, pp. 236-7.

⁴⁰ Por eso, en el pensamiento de ARISTÓTELES, el virtuoso mismo se transforma en canon de la moralidad, cf. *Ética a Nicómaco* III 6, 1113a29 ss.

⁴¹ TOMÁS DE AQUINO, S. *Th.* II-II, 57, 2c.

CONCLUSIONES

Con lo visto en las páginas anteriores podemos concluir que la caracterización schmittiana de los modos de entender la ciencia jurídica se ve singularmente ejemplificada en el caso de Tomás de Aquino. En efecto, cuando se examina la obra del Aquinate se observa que, para él, el derecho en su sentido más propio es la “cosa justa”, es decir, un determinado orden de las acciones humanas que hay que conseguir. La obtención del mismo, sin embargo, no es una tarea caprichosa, sino que recibe la orientación de una norma, sea natural o positiva, de modo que también la noción de “norma” juega un papel relevante en su filosofía jurídica. En todo caso, la ley no es el derecho, sino cierta razón o causa del mismo. La ley es potencia, mientras el derecho es acto (esta distinción se aplica tanto en el campo positivo como en el natural). Por último, el autor medieval incluye un amplio margen para la “decisión”, concretamente en su doctrina acerca de la necesidad de determinar la ley natural, para dar lugar a la ley y el derecho positivos. Este momento de creatividad permite ajustar las exigencias generales a la singularidad de la situación histórica en que vive una determinada sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES (2007) *Ética a Nicómaco*. Traducción E. Sinnott. Buenos Aires: Colihue, Buenos Aires.
- CONTRERAS, Sebastián (2014) “La ley natural y su falta de determinación. Apuntes sobre la teoría clásica de la determinación del derecho natural”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 47, pp. 839-866.
- CORSO DE ESTRADA, Laura (2008) *Naturaleza y vida moral. Un estudio sobre el influjo filosófico de Marco Tulio Cicerón en Tomás de Aquino*. Pamplona: Eunsa, 330 pp.
- FINNIS, John (1980) *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 425 pp.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (1994) *Razón práctica y derecho natural. El iusnaturalismo de Tomás de Aquino*. Valparaíso: Edeval, 310 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009) *El derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI*. Madrid: Iustel, 280 pp.
- KAUFMANN, Arthur (1984) “Die ‘ipsa res iusta’. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie”. En: id., *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Köln: Carl Heymanns Verlag.

- MASSINI, Carlos Ignacio (1983) “El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica? Consideraciones a partir de una tesis de Michel. Villey”, en *Prudentia Iuris* Vol. IX, pp. 15-34.
- MASSINI, Carlos Ignacio y GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (2012) “Valoración e inclusión en el Derecho. La máxima “Lex injusta non est lex” y la iusfilosofía contemporánea”. En Cianciardo, Juan et alii (eds.), *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho*. México DF: Porrúa, pp. 117-145.
- OLLERO, Andrés (1982) “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino”. En: id., *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid: Edersa, pp. 43-53.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio (1989) “Tratado de la ley en general. Introducción a las cuestiones 90 a 97”. En Santo Tomás de Aquino, *Suma de Teología*. Vol. II, Parte I-II. Madrid: BAC.
- SCHMITT, Carl (2009) *Gesetz und Urteil*. München: C. H. Beck [Segunda edición].
- SCHMITT, Carl (1996) *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Traducción, estudio preliminar y notas de M. Herrero. Madrid: Tecnos.
- TOMÁS DE AQUINO (1989-2001) *Suma Teológica*. Madrid: BAC.
- TOMÁS DE AQUINO (1969) *Sententia libri Ethicorum: Opera omnia iussu Leonis XIII P. M. edita*, t. 47. Romae: Ad Sanctae Sabinae.
- TUCK, Richard (1979) *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 185 pp.
- VILLEY, Michel (1982) *Compendio de Filosofía del Derecho* (2 vols.). Pamplona: Eunsa.
- VILLEY, Michel (1981) *El pensamiento ius-filosófico de Aristóteles y Santo Tomás*. Buenos Aires: Ghersi.