

QUÉ SON EN SENTIDO LATO LAS LEYES

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. *La palabra leyes en su significado lato*; 2. *Los fundamentos teológicos y metafísicos del concepto más lato de ley y de su negación*; 3. *El paso de la ley natural de ser considerada ley divina a ser estimada ley humana*; 4. *Consecuencias dimanantes de la restricción del concepto de ley, efectuada por las concepciones voluntaristas y racionalistas en las leyes eterna y natural.*

1. La palabra leyes en su significado lato

El concepto más lato de ley la considera como relación u ordenación. SANTO TOMÁS DE AQUINO empleó la palabra ordenación para definirla y MONTESQUIEU la palabra relación.

SANTO TOMÁS (1) utiliza la palabra ley en términos generales y unitariamente; pero dándole una doble dirección: en su *aspecto activo de regla y medida*, como “*ordinatio*”; y en el *aspecto pasivo* —podríamos decir fenoménico— como *inclinación* dimanante de aquella ordenación. Su carácter racional es lo que le confiere *unidad*, ya dimanen las leyes de la razón divina o bien de la razón del legislador humano en conformidad con el orden divino.

Por su parte, MONTESQUIEU (2) escribió: “Las leyes en la significación más común son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas y, en ese sentido, todos los seres tienen

(1) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a-2^{ae}, 90, 1, resp.

(2) MONTESQUIEU, *E. L.*, 1, 1, 1.

sus leyes. La Divinidad tiene sus leyes; el mundo natural tiene sus leyes; las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes; el hombre tiene sus leyes”.

Comparando las definiciones de SANTO TOMÁS y de MONTESQUIEU, hice notar (3) que mientras el AQUINATENSE habla de *regula et mensura actuum*, el bordelés utiliza la palabra *rappports*. Aquél acentúa el movimiento, es decir, la finalidad dinámica de las leyes, resaltando el carácter impulsor que tienen, construyendo a quienes se hallan sujetos a ellas. Digamos que esa construcción en el hombre puede derivar de tropismos, de impulsos vegetativos, sensitivos, instintivos, apetitivos, o bien imponer la razón ante la contemplación de sus posibles satisfacciones, riesgos, y sanciones de toda clase que pueda producir su violación.

Las leyes —sigue diciendo MONTESQUIEU (4) dos párrafos después del antes citado— responden “a una razón primera”; y “son las relaciones que existen entre ella y los diferentes seres, y las relaciones de estos diversos seres entre sí”. Notemos que para esas relaciones entre los diferentes seres y la razón primera, SANTO TOMÁS (5) muestra que, en el orden del universo, la regla divina induce a hacer o a retraerse. Por lo tanto, como la relación de los diversos seres, entre sí, es efecto de la combinación y resultado de esas diversas reglas y medidas, establecidas para ese orden universal, éstas inducen o retraen a unos y otros a hacer algo, según su naturaleza respectiva.

En ese significado más general de la palabra ley, SANTO TOMÁS DE AQUINO (6) incluye cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina positiva y humana.

- a) La ley *eterna* es de naturaleza *óptica*. Según el AQUINATENSE (7): “todo el conjunto del universo está sometido al

(3) Cfr. mi obra *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, IV, 1, Madrid, Civitas 1986, págs. 143 y sigs.

(4) MONTESQUIEU, *E. L.*, 1, 1, 3.

(5) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 103, 5, *ad 2 y ad 3*.

(6) *Ibid.*, 1^a-2^{ac}, 91.

(7) *Ibid.*, *resp. y ad 1*.

gobierno de la razón divina”, que “tiene razón de ley eterna en cuanto es aplicada por Dios al gobierno de aquellas cosas que él conoce con anterioridad”.

- b) La *ley natural* es de naturaleza *gnoseológica*. Es “la participación en la ley eterna de la criatura racional”, según dice el mismo DOCTOR COMÚN (8).
- c) La *ley divina positiva* —explica (9)— es un suplemento de la ley natural, necesario dadas las deficiencias de la persona humana, porque por la ley natural participamos de la ley eterna “sólo en la medida que lo permite la capacidad de la persona humana”.
- d) La *ley humana* —dice (10)— es “un dictamen de la razón práctica”, resultante de un proceso intelectual, por el cual, “partiendo de los preceptos de la ley natural, como principios generales e indemostrables”, nuestra razón llega “a obtener soluciones más concretas”. Y, en sentido más restringido, la define (11): “una ordenación de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad”.

MONTESQUIEU, por su parte, escribe que, si “el mundo, formado por el movimiento de la materia y privado de inteligencia, subsiste siempre, es preciso que sus movimientos tengan leyes invariables” (12), que “son una relación constantemente establecida” (13); “las bestias son gobernadas por sus instintos” (14); “el hombre, como ser físico, está como los demás cuerpos, gobernado por leyes invariables”; pero, como ser dotado de inteligencia, “viola sin cesar las leyes que Dios ha establecido y cambia las esta-

(8) *Ibid.*, 91, 2, *resp* y *ad* 3.

(9) *Ibid.*, 4, *ad* 1, y 5, *ad* 3.

(10) *Ibid.*, 3, *resp*.

(11) *Ibid.*, 90, 4, *resp*.

(12) MONTESQUIEU, *E. L.*, 1, 1, 5.

(13) *Ibid.*, 7.

(14) *Ibid.*, 11, 12 y 13.

blecidas por él mismo” (15). Y aún detalla que, igual que los demás seres vivos de este mundo, está sometido a las leyes biológicas (16), como los demás animales, tiene un instinto del que éstos nunca hacen mal uso y sí podemos hacerlo nosotros (17); pues, además, tenemos albedrío (18) e inteligencia, pero somos limitados, nos hallamos sujetos a la ignorancia, al error y a pasiones de las que no siempre hacemos buen uso (19).

Respecto de las normas que rigen la sociedad humana advierte (20): “Decir que nada hay justo ni injusto sino lo que ordenan o prohíben leyes positivas, equivale a decir que antes de trazarse el círculo no eran iguales todos los radios”. “Por otra parte, como seres inteligentes creados por otro ser inteligente, dependemos de él (21) y tenemos deberes morales anteriores a nuestra existencia (22) y relaciones de equidad anteriores a toda ley humana” (23).

“Es preciso —escribe (24)— que el hombre se gobierne; y, no obstante, es un ser limitado; está sujeto a la ignorancia y al error, como todas las inteligencias finitas; los débiles conocimientos que tiene, incluso los pierde; como criatura sensible está sujeta a mil pasiones. Un ser tal puede olvidar, en todo momento, a su creador, Dios se lo ha recordado por las leyes de la religión. Un tal ser puede, en cualquier instante, olvidarse de sí mismo, los filósofos se lo han recordado por las leyes de la moral. Hecho para vivir en sociedad, podía olvidarse de los otros, los legisladores lo reintegran a sus deberes por las leyes políticas y civiles”.

Un siglo antes de MONTESQUIEU, había distinguido JEAN DOMAT (25): *Le yes inmutables* —que llamaba así porque “son natu-

(15) *Ibid.*, final, inc. 1.

(16) *Ibid.*, 12.

(17) *Ibid.*, 11, 12 y 13.

(18) *Ibid.*, 8, inc. 1.

(19) *Ibid.*, 10, 13 y 14.

(20) *Ibid.*, 8.

(21) *Ibid.*, 9, inc. 2.

(22) *Ibid.*, último.

(23) *Ibid.*, 8, aps. 2 y sigs.

(24) *Ibid.*, final.

(25) JEAN DOMAT, *Traité des lois*, cap. XI, 1, y cap. XII, 3; cfr. “Oeuvres complètes de J. DOMAT”, ed. Paris, Alex Gobelet, Libr. 1835, vol. 1, pág. 60.

rales y de tal modo siempre justas” — y las *leyes arbitrarias* — a las que denominaba de ese modo en contraposición con las naturales—, “establecidas por quienes tienen derecho [poder] de hacer leyes o por algún uso o alguna costumbre”.

El concepto más lato y unitario de ley, que abarca tanto las leyes físicas y biológicas como las metafísicas, depende de que exista un orden o relaciones permanentes ordenadas en todas las cosas creadas, dimanantes de la razón divina, y de que ese orden sea cognoscible por el hombre, por lo menos en parte y en lo más indispensable, para poder guiarse por él. De esa cognoscibilidad nos hemos ocupado al tratar del conocimiento de la naturaleza de las cosas asequible al hombre (26).

2. Los fundamentos teológicos y metafísicos del concepto más lato de ley y de su negación

De no existir ese orden natural de todas las cosas creadas o de no ser cognoscible por el hombre, ese concepto más lato y unitario de ley no podría tener realidad alguna. Y aunque exista y sea asequible en la medida indicada al hombre, si éste rechaza su existencia o su cognoscibilidad, el concepto de la ley se le restringe o, por lo menos, se le escinde, de tal modo que las leyes físicas y biológicas le aparecen totalmente distintas de las leyes morales y jurídicas y sólo les queda común el nombre.

Estas reducción y escisión tienen su génesis en una tensión producida en la Baja Edad media entre la teología y la filosofía (27). Con sus reservas e incluso oposición al “bautismo” de la doctrina de ARISTÓTELES por SANTO TOMÁS DE AQUINO, había abierto ENRIQUE DE GANTE —que sería asesor de ETIENNE TEMPIER cuando condenó al averroísmo en 1277— camino al voluntarismo. Pero no se llegó a la gran síntesis del voluntaris-

(26) Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. II-1.º, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, 47, d.

(27) Cfr. los magníficos estudios de MICHEL BASTIT, *Les principes des choses en ontologie médiévale (Thomas d'Aquin, Scot, Occam)*, Burdeaux, Ed. Bière 1997, y *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 2.ª ed., 1990.

mo sino en la obra de ESCOTO (28) —si bien éste se opuso a otras tesis de ENRIQUE DE GANTE que sometió a crítica—. Según ESCOTO (29) —recordémoslo de nuevo—: “Si Dios pudiera causar cualquier efecto fuera del orden de las causas en el universo, este orden no sería simplemente necesario. Luego tampoco sería esencial; lo que según los filósofos es inconveniente”. Y en su respuesta correspondiente efectúa esta precisión (30): “El filósofo pone este orden necesariamente unido al acto”, ya que le es “absolutamente necesario” y “con necesidad de inmutabilidad”. En cambio: “El teólogo disiente”: “no afirma que Dios mueve el cielo necesariamente, sólo afirma que lo puede mover en tiempo infinito”.

Esa polémica abarcaba varias cuestiones básicas, como son: la existencia misma de ese orden; si para la conservación de ese orden en Dios la función primordial corresponde a la inteligencia y la razón divinas o bien de su voluntad, y, como corolarios de ambas, si Dios puede o no cambiar el orden por Él establecido, y si actúa o no mediante las causas segundas que Él ha creído.

a) La existencia de un orden en el universo y de la consiguiente necesidad de que exista un autor que lo haya creado y conserve, se había considerado evidente por ANAXÁGORAS, HERMOTINO DE CLAZOMENES Y ARISTÓTELES (31). Así también lo considera el AQUINATENSE (32) y lo observa MONTESQUIEU (33).

En el orden de la providencia, SANTO TOMÁS (34) distingue la causa universal y las causas particulares, y advierte que hay cosas que pueden eludir el orden de una causa particular; concurriendo

(28) Cfr. E. GILSON, *La filosofía en la Edad Media*, cap. VIII, I, ed. en castellano, Madrid, Gredos 1965, pág. 403.

(29) JOHN DUNS SCOTT, *Quaestiones quodlibetales*, 7, 2,46; cfr. ed. Madrid, B.A.C. 1968, pág. 271.

(30) *Ibid.*, pág. 288.

(31) ARISTÓTELES, *Metafísica*, I.

(32) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1.^a, 103, 1, *resp.*

(33) MONTESQUIEU, 1, 1. Cfr. mi comentario a este capítulo en *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, III, 3, págs. 124-128.

(34) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1.^a, 22, 2, *resp* y *ad* 1, 2, 3 y 4; véase también 105, 6, *ad* 1.

otra causa particular. Así dice que ocurre cuando el agua apaga el fuego e impide la combustión de un leño que arde. Pero, “como las causas particulares están todas incluídas en orden a la causa universal, es imposible que ningún efecto escape al orden de esta causa universal”. Al ser Dios, “provisor universal de todas las cosas, incumbe a su providencia permitir que hayan ciertos defectos en algunos bienes particulares para que no sufra detrimento el bien perfecto del universo, ya que, si se impidiesen todos los males, se impedirían muchos bienes”. Eso —indica— ocurre con el libre albedrío humano, que no existiría —pues no sería libre— si no pudiera obrar mal ni errar.

En Dios —explica el mismo AQUINATENSE (35)— “la potencia, la esencia, la voluntad, el entendimiento, la sabiduría y la justicia son una misma cosa, y, por tanto, nada puede haber en la potencia divina que no pueda estar en su voluntad justa ni en su entendimiento sabio” [...]. “Y concebida la potencia como lo que ejecuta, la voluntad como la que manda y el entendimiento lo que dirige, decimos que aquello que se atribuye a la potencia considerada en sí misma, lo puede Dios por *potencia absoluta* [...] y en cambio, lo que se atribuye a la potencia divina en cuanto ejecuta el mandato de la voluntad justa, se dice que Dios lo puede por *potencia ordenada*. Luego, según esto, se ha de decir que por potencia absoluta puede Dios hacer cosas distintas de las que previó y determinó hacer, y, sin embargo, es imposible que haga cosa alguna de las que haya previsto y predeterminado que había de hacer, porque la realidad de su obrar está sujeta a su pre-ciencia y predeterminación”. Y, por ello, “*Dios no puede hacer sino aquello que si lo hiciese sería conveniente y justo*”.

Sin embargo —advierte (36)—, no por esto puede decirse “que la voluntad de Dios sea razonable porque el ser de las cosas son causa de lo que quiera, sino que lo es porque quiere que unas causas existan por causa de otras”. “La voluntad de Dios es absolutamente inmutable” —responde SANTO TOMÁS (37)—; pues:

(35) *Ibid.*, 25, 5, *ad 1 y ad 2*.

(36) *Ibid.*, 19, 5, *ad 1*.

(37) *Ibid.*, 19, 7, *resp.*

“La voluntad se muda cuando alguien empieza a querer lo que antes no quiso o deja de querer lo que anteriormente quería, lo que no puede ocurrir si no se presupone alguna mudanza en el conocimiento o que se modifique la disposición en la sustancia del que quiere [...]. Pero, [...] tanto la sustancia de Dios como su ciencia son absolutamente inmutables. Por consiguiente, también su voluntad ha de ser absolutamente inmutable”.

Paralelamente, advierte (38) que “*Dios no puede hacer sino aquello que si lo hiciese, sería conveniente y justo*”— “el presente orden de cosas está indudablemente determinado a los seres que actualmente existen; no obstante, la sabiduría y potencia de Dios no se limitan a él. Por consiguiente, aunque ningún otro orden sea bueno y conveniente para las cosas de hoy, Dios puede, sin embargo, hacer otras cosas e imponerles otro orden”.

En el gobierno de Dios por las causas que Él mismo ha creado, distingue el AQUINATENSE (39): el plan de esa gobernación, que “es la providencia propiamente dicha”; y el gobierno conforme este plan, en el cual “Dios gobierna unas cosas mediante otras”; y así “hace a unas cosas ser causa de otras en la gobernación”. De ese modo resulta, concluye (40): “que si Dios gobernase sólo, se privaría a las criaturas de la perfección causal, y, por tanto, todo lo hecho por uno sólo no resultaría mejor que lo hecho por muchos”.

El orden de la gobernación establecido por Dios constituye la que SANTO TOMÁS DE AQUINO denomina la *ley eterna*. De ella dice (41) que la “misma razón de la sabiduría divina, en cuanto mueve todas las cosas hacia su debido fin, tiene carácter de ley”. No podemos conocer esta ley totalmente ni directamente, pero sí por su reflejo en las cosas; pues dice (42): “no podemos conocer las cosas de Dios en sí mismas; pero se nos manifiestan por sus efectos, tal como indican aquellas palabras de la epístola a los romanos: «Las cosas de Dios son alcanzadas mediante el conoci-

(38) *Ibid.*, 25, 5, *ad 2 y ad 3*.

(39) *Ibid.*, 103, 6, *resp.*

(40) *Ibid.*, *ad 2*.

(41) *Ibid.*, 1^a-2^{ae}, 93, 1, *resp.*, *in fine*.

(42) *Ibid.*, 2, *ad 1*.

miento de las cosas creadas». Sigue (43): “Si bien todos, según su capacidad, conocen la ley eterna de la manera que hemos expuesto, nadie puede comprenderla totalmente, porque no puede manifestarse totalmente a través de sus efectos. Por eso, es necesario que quien conozca la ley eterna de la manera expuesta advierta la perfección en que están colocadas admirablemente todas las cosas”. Y aclara (44) que “una cosa puede entenderse de dos maneras: Primera: de modo tal que una facultad cognoscitiva juzgue de su propio efecto, como expresa JOB: «¿No juzga de los sonidos el oído y del saber el paladar que come?». A este género de juicio acude ARISTÓTELES al decir que «cada uno juzga bien de lo que conoce», es decir, así juzgamos si es verdadero lo que se propone. Segundo, al modo que un superior juzga del inferior con un juicio práctico; es decir, si debe ser así o si no debe ser así; y de esta manera nadie puede enjuiciar la ley eterna”.

b) Esa relación entre la voluntad y la razón de Dios varía sensiblemente en DUNS SCOTT, como vimos en el primer volumen de *Metodología de la determinación del derecho* (45); aquí nos circunscribiremos tan sólo en recordar lo que diferencialmente resulta más destacable.

Según ESCOTO la voluntad libre, dirigida al bien por razón del bien mismo, es una voluntad racional, guiada por la razón, “*voluntas agit per cognitiorem intellectualem*” (46). Así resulta —comenta WELZEL (47)— que “una evidencia racional precede a la voluntad. La razón es el antorchero que va iluminando el camino de la voluntad. No obstante, para él los actos de la razón siempre son para la voluntad sólo *condiciones sine quibus, no condiciones per quas* —“*quare voluntas voluit hoc, nulla est causa, nisi quia voluntas est voluntas*”— (Op. Ox., I, 8, 5, 3, 24) y “*nihil aliud a voluntate est causa totalis volitionis in voluntate*” (Op. Ox., II, 25,

(43) *Ibid.*, ad 2.

(44) *Ibid.*, ad 3.

(45) *Perspectiva histórica*, 117, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces, 1994, págs. 326-331.

(46) ESCOTO, *Opus Oxoniensis*, II, 43, 2, 2.

(47) HANS WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, II, III, pág. 83.

22)”. Ya que —sigue explicando WELZEL—: “Si la voluntad, en efecto, es la aprehensión amorosa del objeto, por razón de este mismo, ningún argumento racional podrá fundamentar plenamente el acto. Partiendo de la razón no es posible deducir el acto de amor”.

Por otra parte, entiende el DOCTOR SUTIL que el amor —como extracta WELZEL (48)— “no se dirige nunca a los conceptos generales sino al individuo. Ahora bien: como la voluntad amorosa es la más noble facultad del alma, también el individuo tiene que representar una forma de ser superior a lo general. Dios no ha creado el mundo para hacer realidad formas racionales eternas, sino para tener seres que puedan amar con Él: *vult alios condiligentes* (*Op. Ox.*, III, 32, única, 6)”.

Ese desvelamiento de lo individual tenía que llevar a DUNS a la afirmación del carácter propio de la voluntad frente al intelecto y a la indeducibilidad racional de la solución concreta.

Según ESCOTO —como sigue WELZEL— ello “significa, asimismo, qué voluntad es libre no sólo frente a los impulsos racionales sino también frente a la evidencia racional. Si la voluntad estuviera, como enseñaba SANTO TOMÁS, sometida a la razón sería imposible la libertad, ya que toda evidencia racional estaría determinada por su fundamento como por una causa. Si la voluntad fuera por ello dependiente de la razón, todo el proceso estaría causado por necesidad natural. Ello significaría la imposibilidad del obrar ético (*Op. Ox.*, IV, 49, 4, *ex lat.* 17)”.

En Dios, según ESCOTO (49), las reglas de su gobierno “están determinadas por la voluntad más que por la sabiduría”.

Las ideas en Dios, según el DOCTOR SUTIL —explica también WELZEL (50)—, “quedan separadas de la esencia de Dios y sometidas a ella”; “no pueden ser parte de la esencia divina, sino que son más bien producidas por su ser inteligible, por la razón de Dios (*Op. Ox.*, II, 1, 1, 9; I, 3, 4, 19, y prólogo 3, 8, 28)”.

(48) *Ibid.*, págs. 88 y sig.

(49) ESCOTO, *Op. Ox.*, II, 7, única, 8.

(50) H. WELZEL, *op. cit.*, II, III, cfr. 3.^a versión en castellano, Madrid, Aguilar 1952, págs. 90 y sigs.

Estas ideas las divide DUNS en primarias —“cuya negación iría contra la ley de contradicción”— y en compuestas por la combinación de varias ideas primarias. Estima que la voluntad divina se halla vinculada por las ideas primarias ya que no puede querer nada que sea lógicamente imposible: así, por ejemplo, el hombre es necesariamente, por su concepto, un ser dotado de razón. En cambio, la conexión de las ideas primarias para constituir productos complejos descansa en un acto de voluntad divina (51). De ese modo, las cosas son buenas en la medida que Dios así las reconoce, y no al revés.

“Para DUNS —sigue WELZEL (52)— no puede haber más que un único principio de derecho natural, a saber: amar a Dios sobre todas las cosas. La justicia de este imperativo es una verdad necesaria y contenida ya virtualmente en el concepto de Dios (*Op. Ox.*, pról. 4 y 5, 15); es evidente por sí misma (*Op. Ox.*, III, 36 único, 2 «*per se nitum*»)” [...] “Todas las demás normas del obrar son mandatos contingentes de la voluntad divina; así como Dios puede obrar de otra manera, así también puede establecer como justa otra ley, la cual, tan pronto como Él la ha establecido es justa, ya que no es justa ley alguna que no haya sido aprobada por la solicitud de Dios (*Op. Ox.*, 36, única, 13). Sólo hay dos límites que Dios no puede traspasar: su propia bondad esencial, que ninguna fuerza humana puede indagar y cuyo solo intento constituiría una arrogancia frente a Dios, y lo lógicamente posible, así Dios podría haber dado la bienaventuranza a Judas pero no a una piedra (*Op. Ox.*, I, 44, única 4).

”DUNS no conoce, por ello, una ley eterna. Eterna no es la ley; eterno es el legislador...”.

Para él, sólo los dos primeros mandamientos del *Decálogo* pertenecen a la ley natural (53); en cambio, los mandatos sociales contenidos en los siete mandamientos de la segunda tabla son mandatos que Dios puede modificar y derogar en cada caso concreto. En éstos, que corresponden al orden moral temporal, la

(51) ESCOTO, *Op. Ox.*, I, 39, única, 7, II, 11, 11.

(52) H. WELZEL, *loc. ult. cit.*, 93 y sig.

(53) ESCOTO, *Op. Ox.*, III, 37, única, 6.

regla, según el AQUINATENSE, es: *prohibita quia mala*, mientras que para ESCOTO es: *mala quia prohibita*.

c) Ese voluntarismo de ESCOTO, se radicaliza hasta el extremo en el inglés GUILLERMO DE OCKHAM, pues le une la negación de la razón más allá de la lógica y la tópica. El límite de la no contradicción a la potencia absoluta de Dios, admitido por DUNS, queda tan reducido, según OCKHAM, que ni siguiera se opone a que Dios ordenara el odio contra Él, que, en ese caso y “desde el momento en que Él lo mandara, sería una acción buena y misericordiosa” (54). Así desaparece para él el principio de la consonancia, única base que admitía ESCOTO para deducir el derecho natural. OCKHAM sólo mantiene el límite de la bondad esencial de Dios: pero, fuera de esta *bonitas Dei* —como mínimo idealista en el derecho natural voluntarista—, “no hay en absoluto —comenta WELZEL (55)— una ley esencialmente buena, sino un legislador esencialmente bueno” [...]. “Las palabras robo, adulterio, etc., designan estas acciones, no en un sentido absoluto, sino que sólo dan a conocer que el sujeto está obligado por mandato divino a hacer lo contrario [...]. Si no estuvieran mandadas por Dios, entonces el sujeto no estaría obligado a hacer lo contrario, y, consecuentemente, no se les llamaría adulterio, robo, etc. (*Sent.* 2, 19, 10)”.

“Estas frases —observa WELZEL (56)— revelan con toda claridad un extremo positivismo moral, tal como había de sostenerlo tres siglos después, con consecuencia aún mayor y casi con las mismas palabras, THOMAS HOBBS”.

A ese voluntarismo radicalizado, OCKHAM añadiría el nominalismo. Sólo fue aristotélico en la referente a la lógica; y —según comenta VILLEY (57), “como lógico experimentado sabía distinguir claramente las cosas (*res*) y sus signos”; y entendía que las denominaciones dadas a los universales no son sino signos expresivos, “términos del lenguaje, nombres, *nomina*, que en nuestra

(54) G. DE OCKHAM, *Sent.* 14.

(55) H. WELZEL, *op. cit.*, II, 4, págs. 102 y sigs.

(56) *Ibid.*, pág. 106.

(57) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, II, cap. III, A, Paris, Les Eds. Montchrétien 1968, págs. 207 y sig.

lógica tienen una función particular: nos sirven para «connotar» (es decir, anotar en su conjunto) varios fenómenos singulares”. Por tanto, estos términos generales “no significan nada en sí mismos, sino un conocimiento imperfecto y parcial de los individuos; expresan su conocimiento confuso, todavía de trazos generales diferenciados aún indistintamente entre aquellos”; pues, “no distinguen todavía los trazos personales, no disciernen sino vagamente «un hombre», no muestran el verdadero objeto del conocimiento”.

Las posiciones de ESCOTO —voluntarista— y de OCKHAM —más acentuadamente voluntarista y además nominalista—, conllevaban una metafísica diferente de la aristotélico-tomista en lo referente a la ontología. MICHEL BASTIT lo ha estudiado cuidadosamente y, él mismo, lo ha resumido en sus conclusiones (58). En las líneas que siguen, trataré de extractarlas lo más brevemente posible.

En ESCOTO resulta claro “el sentido esencialista de la palabra *res*, que la lleva fuera del alma y de la cosa individual. La cosa es para él una determinación; y, por tanto, todo lo que está determinado es cosa, e, inversamente, la cosa determinada no necesita manifestarse exteriormente. La determinación es por sí misma alguna cosa, aunque resulte de un puro acto de la voluntad divina”.

OCKHAM frente “a esa noción de cosa opone la realidad individual empírica, de la cual el lenguaje es signo. No es sino la emergencia brutal del poder y la voluntad divinas. No conoce determinación alguna, y si puede resultar convertible con el ser es porque este término, a su vez, es totalmente equívoco; la transcendental “*res*”, así como el “*ente*”, se sitúan pura y simplemente entre las comodidades del lenguaje”.

ESCOTO, por sentir temor de no desembocar en una ciencia cierta, “se niega a comenzar por la física [para elevarse desde ella a la metafísica], así como a abordar la sustancia, por miedo a ser engañado por los accidentes [...]. De ese modo, las esencias obtienen un ser propio, mientras que el ser concreto es disgregado en

(58) MICHEL BASTIT, *Las principales cosas en ontologie médiévale*, cit., conclusión, págs. 343-348.

una multitud de formas. La única posibilidad de dotar de cierta libertad a la voluntad divina, en el seno del orden estricto de lo necesario posible, consiste en subrayar la contingencia de la constitución de las esencias y de sus combinaciones [...], es preciso salvar el poder absoluto divino del encierro en un sistema de formas. Asimismo reconoce a la voluntad divina el privilegio, platonismo obliga, de actuar más allá del ser, de poder asociar las ideas a su gusto, y, en fin, de crear o no [...]. La creación nada tiene que ver con la naturaleza, por el contrario implica la disolución de las cosas en la pirámide de las formas, la pérdida de sus principios propios, reducidos a la nada en relación a la creación, todo ello por efecto de la libre voluntad divina”.

Con ésto, ESCOTO “suministró a OCKHAM el medio de destruir, con una buena palanca, el orden cuasi platónico que él había constituido. Le bastó aplicar al pie de la letra la libre voluntad divina para hacer volar en añicos todas las entidades hipostasias por ESCOTO; ninguna de ellas podía ser una causa segunda necesaria. Lo que Dios hace mediatamente, puede hacerlo inmediatamente [...]. Sólo las cosas individuales [...] por el poder divino resisten en la exacta medida de su actual conservación. Así son, a la vez, extremadamente débiles, amenazadas siempre por esa voluntad, y extremadamente en bruto no analizables. El absoluto poder divino, no pudiendo ser religado por sus relaciones y sus propias potencialidades, las coloca a todas en acto. La unidad del orden de las cosas, mantenido por ESCOTO en su reconocimiento de un acto [creador] propio de las esencias, las materias y las formas, cae así en la ruina y es reemplazado por el reconocimiento del acto individual pero total de cada cosa, que se reducen finalmente, en las cosas materiales, a su materia [...]. Con esos presupuestos se desvanece la doctrina del conocimiento; la doctrina del lenguaje, como signo deja de lado la distinción de la potencia y el acto, que el realismo presenta como el reflejo inmediato de las cosas, y, al prescindir de ellas, se considera que es posible prescindir de todo contacto con ellas, por entender que el lenguaje se basta para significarlas. El empirismo ockhamiano se transforma de hecho normalmente en una forma de idealismo, aunque sea lingüístico. El contradictor de ESCOTO le debe demasiado a éste. El

escocés ha entregado al británico OCKHAM su principal instrumento, la voluntad divina. Ambos pensamientos [...] someten las cosas a la manipulación y, no siendo capaces de pensar en su conjunto la diversidad de las causas, organizan un conflicto entre las voluntades humanas y divinas [...]. Ocurre que el pensamiento de OCKHAM es, a la vez, contrario al de ESCOTO y a lo contradicho por éste [...]. En ambos teólogos se pierde el orden de la necesidad y de la contingencia, a la par que, por razón del estado en acto reconocido por ellos a la materia, se abandona su orden y la potencialidad que subyace en la forma actual y, de modo más general, todo el orden de las causas”.

Concluye BASTIT contraponiendo a éstas opiniones la concepción de SANTO TOMÁS, que permite comprender que “la sabiduría revelada puede inscribirse en los cuadros ontológicos de la sabiduría filosófica, ontológica y teológica”. Muestra cómo “la riqueza de las cosas y de la naturaleza concebidas por los griegos y esclarecida por el pensamiento aristotélico, halla su lugar en la revelación, y, a cambio, le suministra a ésta los conceptos que, por sí solos, le permiten pensar. Probablemente se comprende así la experiencia de que lo necesario no puede ser indefinidamente violado” [como lo es por el voluntarismo y por el nominalismo].

d) Las lucubraciones de DUNS y de OCKHAM no son sino reflexiones mentales y sólo mentales, en cuanto no tienen otra base real que la literalidad de los textos de la Sagrada escritura. De ahí que al no basarse en la realidad de las cosas, cuyos géneros y especies no son para ellos sino meros nombres, debieron afinar los conceptos que, para darles nombre, elaboraban; para lo cual, les resultaba preciso concordar la mente, no con las cosas —en cuyo caso su realidad daría la pauta— sino con la propia mente, siéndoles para esto necesario proceder con sutiles razonamientos y largas cadenas de silogismos. Así, como advierte GILSON (59), deseando OCKHAM dejar en claro que, al ser individual todo lo existente, “nada en la realidad puede corresponder a nuestras ideas generales”, consideraba que “éstas no son por naturaleza ni imá-

(59) E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, II, cfr. ed. en castellano, Madrid, Rialp 1960, págs. 90 y sigs.

genes ni retratos ni representaciones mentales de cosa alguna real o concebible”. De ahí resulta que “los conceptos son puras ideas que han nacido en la mente y de la mente”, “no expresiones intelectuales de lo que es”, sino “modelos o moldes de lo que debe ser”.

Por eso —aunque a primera vista no deje de asombrar— no resulta tan extraño que partiendo del teologismo, al cual recurría OCKHAM apoyándose en su nominalismo, pudiera uno de sus discípulos pasar a ser, y también por razones religiosas, quien depositara en la tierra la semilla del racionalismo laico, que fructificaría en la Modernidad.

Este discípulo de OCKHAM, superior general de los Agustinos, GREGORIO DE RIMINI —en su *Comentario al libro II de las Sentencias*, dist. 34, art. 2— retrocedió ante la idea ockhamiana de que Dios pudiera mandar el odio a Él mismo y que, entonces, este odio sería bueno. Para salvarlo injertó ideas agustinianas en la teoría nominalista, tratando con ellas de neutralizar las tesis voluntaristas extremas, reconduciéndolas a un derecho natural idealista y racionalista.

De la concepción de GREGORIO DE RIMINI, por sus repercusiones posteriores nos interesa aquí, su afirmación de que el pecado es una violación de la razón en cuanto recta. De ahí su aseveración de que, “aún dando por supuesto el caso imposible de que no existiera la razón divina o Dios, o de que su razón fuera errónea, sin embargo también pecaría aquél que obrara en contra de lo que dictara una razón cualquiera”.

Destaca WELZEL (60) que en estas célebres palabras, muy citadas y modificadas en la época siguiente, GREGORIO DE RIMINI independiza hipotéticamente la validez de los valores éticos de la existencia de Dios, y no sólo de su voluntad sino también de su razón —en tanto razón divina—, situándola en una extraña multiplicidad de *rectae rationes* de los ángeles, de los hombres o de otros seres cualesquiera (61).

(60) H. WELZEL, *op. cit.*, II, 5, págs. 117 y sigs.

(61) La génesis de ese pensamiento se remonta a una frase del emperador MARCO AURELIO, lo reemprende HUGO DE SAN VICTOR, en la primera mitad del siglo XII, y, después de GREGORIO DE RIMINI, lo siguieron GABRIEL BIEL, ALMAIN, ANTONIO CORDOVA, GABRIEL VÁZQUEZ —aún dándolo por imposible— y otros antes de que lo asumiera HUGO GROCIO e hiciera famosa su frase. Cfr. *Perspectiva histórica*, 154, págs. 472 y sig., y 106, pág. 525, párrafo final.

Dos siglos después y con parecidas palabras, HUGO GROCIO repetiría la misma idea, planteándola a partir de este famoso inciso. “*Si daremus Deus non esse...*” (62). Nos hemos ocupado extensamente, en el primer volumen de *Metodología de la determinación del derecho* (63), de la doctrina de HUGO GROCIO; pero aquí sólo interesa referirnos a que, retomando la línea idealista y racionalista de GREGORIO DE RIMINI, se situaría en una posición totalmente contrapuesta a los puntos más básicos del voluntarismo. Así lo muestra en los siguientes párrafos:

- “Los actos sobre los cuales recae tal dictamen [de la «recta razón»] son lícitos o ilícitos de suyo, y, por lo tanto, se toman como necesariamente mandados o prohibidos por Dios, en lo cual se diferencia este derecho no sólo del humano sino también del divino voluntario, el cual no manda o prohíbe lo que de por sí y por su propia naturaleza no es lícito o ilícito, sino que hace las cosas lícitas o ilícitas prohibiéndolas o mandándolas” (64).
- “Y el derecho natural es tan inmutable que ni aún el mismo Dios lo puede cambiar, porque si bien el poder de Dios es inmenso, puede con todo señalarse algunas cosas a las que no alcanza [...] como ni Dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco puede hacer que lo intrínsecamente malo no lo sea” (65).

HUGO GROCIO separa ese derecho natural racionalista de la ley eterna, a la que hace desaparecer del campo jurídico humano. Según el bátavo —como comenta ELÍAS DE TEJADA (66)—, la razón humana parte de fundamentar el derecho en el apetito de

(62) HUGO GROCIO, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, 11.

(63) *Perspectiva histórica*, 163-171, págs. 521-545.

(64) HUGO GROCIO, *op. cit.*, 1, 1, 10, 2.

(65) *Ibid.*, 5.

(66) F. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, vol. II, glosa 20 a la lección 5, Universidad de Sevilla 1977, págs. 494 y sigs.

sociabilidad y no en el “equilibrio armónico del juego teológico del creador legislador con la criatura libre”. Así: “La razón humana es legisladora, no concedora a veces del orden divino de los seres, puesto que interpreta soberanamente la sociabilidad y, en esa interpretación, crea el derecho. El derecho nace de la razón humana independiente, no de la razón humana parcialmente concedora de lo instituido por la razón divina. Se ha roto el equilibrio teológico tomista e hispano para pasar a un antropocentrismo” [...]. “La razón se antepone a Dios y Dios la sigue servilmente. Basta que algo sea justo o injusto por la razón para que sea tenido como puesto por Dios en modo necesario, «necesario», así textualmente dice en el *De iure belli*, 1,10,2. Pues, este derecho racional forjado por la razón humana, es tan sólido y recio que ni Dios mismo puede alterarlo, a tenor de lo que concluye en 1, 10, 5, «*est autem ius naturale ideo inmutabile, ut ne a Deus quidem mutari queat*»”.

Como concluye WELZEL (67): “El interés de GROCIO no se concentra en la ley eterna, cuya participación en la naturaleza racional está constituida por el derecho natural —aquél concepto falta totalmente en GROCIO—, sino en las proposiciones concretas del derecho natural”.

Es de destacar, en suma, la diferencia que media entre la observación de la ley eterna en su reflejo en el orden de la naturaleza de las cosas, en donde de conformidad al realismo metódico se capta el derecho natural, concebido como participación en la ley eterna de la criatura humana, que así la discierne, frente a la concepción racionalista del derecho natural, que lo concibe como producto de la razón humana según entendió GROCIO.

e) Hemos visto que la ley eterna, negada por DUNS y OCKHAM —para quienes eterno es el legislador, no la ley—, es retomada por GREGORIO DE RIMINI, pero considerando que su conocimiento es remitido a la *recta razón humana*. Pues bien, en la concepción de H. GROCIO esta razón suplanta a la ley eterna. Algo antes

(67) H. WELZEL, *op. cit.*, III, 4, págs. 163 y sig.

que éste, FRANCISCO SUÁREZ (68) no prescinde de la ley eterna, proclama su existencia pero restringe su concepto, de una parte, y, de otra, la considera directamente incognoscible por el hombre, e incluso indirectamente por mediación de las cosas, y asequible sólo por medio de otra ley (69).

En efecto, distingue (70): de una parte, “la ley con que se dice que Dios gobierna las cosas naturales o que carecen de razón, que se llama ley o precepto pero metafóricamente”. Y, de otra: “la ley eterna, en el sentido de que gobierna moral y políticamente a los seres racionales [que es el concepto restringido que él da de ella], es verdadera ley y a ella corresponde una verdadera obediencia”. Por esto mismo, precisamente porque es una verdadera ley, en sentido estricto, la estima impuesta por “la voluntad eterna de Dios, conforme la cual deben obrar para ser buenas las voluntades racionales” (71).

A su juicio (72), de las causas de la ley eterna “no hay por qué decir nada, ya que, siendo como es Dios, no tienen ninguna causa; a lo más puede tener una razón a la manera como la voluntad divina es la razón principal de la ley divina tal como está en Dios desde la eternidad, de la misma manera como puede decirse que la sabiduría divina es la razón de su justísima voluntad, en la cual —como hemos explicado— está la eficacia de esta ley...”.

En este texto parece advertirse un efluvio nominalista y una anticipación de la escisión cartesiana entre *res cogitans* y *res extensa*. La ley eterna no aparece inscrita en las cosas, sino que queda en la mente del Creador, quien con su voluntad la impone a los hombres.

En la siguiente referencia que hace SUÁREZ —“Acerca de sus efectos [de la ley eterna], en lo que se refiere a los actos que esa ley

(68) De esa concepción, a la vez idealista voluntarista y racionalista de las leyes, me he ocupado en *Perspectiva histórica*, 147-149, págs. 431-441, y la comenté, con la mayor claridad que me fue posible, en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 53, págs. 299-305.

(69) Concretamente me ocupé de su concepción de la ley eterna en *Perspectiva histórica*, 147, págs. 431-436.

(70) FRANCISCO SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, 2, 2, 13.

(71) *Ibid.*, 2, 3, 8.

(72) *Ibid.*, 2, 4, 1.

manda o que se hacen por su impulso”— acentúa esa impresión. La ley eterna, según SUÁREZ, está en la mente de Dios; pero no está insita en las cosas dándoles relieve y dinamizándolas; ni en el cosmos ni en cada una de las cosas —como sucede con el alma y el cuerpo, metafóricamente hablando— estén integrados forma y movimiento interno y externo, sino que Dios manda constantemente por preceptos de la ley natural desde fuera de las cosas, captando la mente del hombre esos mandatos con una reflexión más o menos profunda según su dificultad. Por eso, para los hombres esa ley es mandato divino.

Para explicar como se cumple la ley eterna, dice que “el efecto próximo y como intrínseco de la ley es obligar a los súbditos”; y explica: “para evitar en este punto, que es moral, la ambigüedad verbal, doy por supuesto que se trata de la ley eterna en cuanto que ella es propiamente preceptiva respecto de los hombres —dígame lo mismo también acerca de los ángeles—; pero, en cuanto que alcanza las criaturas inferiores, es cosa clara que no impone obligación propiamente dicha sino instinto, inclinación o ímpetu que de una manera natural determina a algo; y este efecto no pertenece a la ley propiamente dicha”.

Esta escisión de la denominada —por el realismo— ley eterna, considerándola, en una parte, verdadera ley y, en otra, ley metafóricamente hablando, es una consecuencia de su previo concepto restringido de ley, que equipara a mandato obligatorio del soberano. Por esa restricción, no considera SUÁREZ la ley como “ordenación racional” de todas las cosas —conforme la define SANTO TOMÁS (73)—, entre las que se incluye el hombre, ni tampoco como “relación” dimanante de la “naturaleza de las cosas” y que responde a la “razón primera” de la divinidad —según la definiría MONTESQUIEU (74). Perspectivas, estas dos, desde las cuales no importa que unas leyes sean físicas, otras biológicas, otras resultantes de los instintos o —en expresión de KONRAD LORENZ (75)—

(73) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2^a-2^{ae}, 90, 1, *resp.* y *ad* 1.

(74) MONTESQUIEU, *E. L.*, 1, 1, 1 y 3.

(75) KONRAD LORENZ, *Sobre la formación del concepto de instinto* (1937), cit. por ELÍAS DE TEJADA, *Tratado*, 1.^a lec., pág. 495.

del “gran parlamento de los instintos”, ni que, además, existan para el hombre otras normas racionales que le guíen para regirse racionalmente en el ámbito de su libertad, permitiéndole superar los tropismos y sus instintos escapando al determinismo de éstos.

El AQUINATENSE expresó muy bien esa perspectiva global de la ley eterna: “todos los movimientos y las acciones de toda la naturaleza están sometidas a la ley eterna. Por lo tanto, las criaturas irracionales están sujetas a la ley eterna en cuanto son movidas por la divina providencia, pero sin percibir intelectualmente el precepto divino” (76); así como en los hombres su conocimiento se encuentra “oscurecido por las pasiones y hábitos pecaminosos” (77).

Hallándose reflejada la ley eterna en la *rerum natura*, es imprescindible acudir a ésta para, a través de su conocimiento, alcanzar el de aquélla, en lo que sea asequible, ascendiendo de las cosas visibles a las invisibles y de los efectos a las causas del modo antes indicado (78).

Al no admitir SUÁREZ ese modo indirecto de conocer la ley eterna, tiene que acudir como medios indirectos de su conocimiento a las demás leyes. Él mismo lo explica (79): “la ley eterna no es conocida de los hombres en esta vida directamente, sino por las otras leyes y por medio de ellas. En efecto, los hombres en esta vida no pueden conocer la voluntad divina en sí misma sino sólo en cuanto se les manifiesta por algunas señales y efectos. Sólo de los bienaventurados es propio, mirando a la divina voluntad, gobernarse por ella como por una verdadera ley”. Es a saber, “por las leyes justas temporales y creadas; porque así como las causas segundas manifiestan la primera y las criaturas al creador, así las leyes temporales, que participan de la ley eterna, manifiestan la fuente de la que dimanar”.

“Sin embargo —advierte— no todos los hombres consiguen este conocimiento, porque no todos son capaces de conocer por el efecto la causa” [...] “Pe ro algunos sí consiguen ese conocimien-

(76) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a-2^{ae}, 93, 5, *resp.*

(77) *Ibid.*, 6, *resp.*

(78) Cfr. *supra* 2, textos correspondientes a las notas 42, 43 y 44.

(79) F. SUÁREZ, *op. cit.*, 2, 4, 9.

to por medio del discurso natural o —más perfectamente todavía— por medio de la revelación de la fe, por eso he dicho que la ley eterna es conocida por algunos solamente por las leyes inferiores, en cambio por otros no solamente en ellas sino también por medio de ellas”.

En su reduccionismo del concepto de ley a mandato de los hombres, SUÁREZ requiere, además, que toda ley se promulgue externamente, lo cual se produce (80):

- a) Por medio de la ley divina, que “la expresa como un signo que hace fijarse en la ley que principalmente obliga [la eterna]. Esto es clarísimo en las leyes divinas positivas, en cambio, en la ley natural tiene alguna dificultad” [En el próximo epígrafe veremos como SUÁREZ explica el modo de lograrlo].
- b) Por medio de una ley humana, en cuyo caso, “aunque la ley eterna contribuya a la obligación a manera de causa universal, sin embargo la causa próxima de la obligación es la misma ley humana; porque no obliga solamente como signo de la voluntad divina, sino próximamente como signo de la voluntad humana. De ese modo la ley eterna obliga en las leyes humanas —por decirlo así— menos próximamente”.

3. El paso de la ley natural de ser considerada ley divina a ser estimada ley humana.

a) Hemos visto (81) que SANTO TOMÁS DE AQUINO define la ley natural diciendo que es “la participación en la ley eterna de la criatura racional”. Esta participación la tiene ínsita el hombre en todo el ser, y en este sentido se dice que la tiene escrita en el corazón, en cuanto le permite distinguir en las cosas, en los hechos y

(80) *Ibid.*, 10.

(81) *Supra*, 76 b.

en los actos, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (82) y, por el hábito de la *sindéresis*, el conocimiento, con nuestra razón práctica, de los primeros principios ético-naturales o de la ley natural.

Ese discernimiento se obtiene, según SANTO TOMÁS —como hemos visto (83) y acabamos de recordar (84)— explicando, con nuestra cogitativa y con nuestra razón, las cosas, los hechos y los actos y captando, mediante nuestro hábito de la *sindéresis*, los primeros principios prácticos de la ley natural.

Siendo así, la ley natural es una ley divina: 1) En cuanto imprime en nosotros, los hombres, la aptitud para enjuiciar lo bueno y lo malo, lo equitativo y lo inicuo, y, consecuentemente, para conocer lo que debemos hacer o abstenernos de hacer; y 2) Porque ese juicio nos es iluminado por el *fulgor obiecti* del orden natural, que también la ley eterna ha impreso en las cosas.

Esto no obsta para que, en esos discernimientos, sea precisa la colaboración activa del hombre, que observa, abstrae, experimen-

(82) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 57, pág. 331, donde advierto el uso indistinto que VIDANÍA hace de las diversas expresiones metafísicas indicativas que el hombre tiene escrita la ley natural: en su *corazón*, que es recogida por GUILLERMO GROCIO, y expresó ya SAN PABLO (*Ep. a los romanos*, II, 15) y que, como vemos, sigue SANTO TOMÁS; en la *mente*, que VIDANÍA repite de MEISSNER; en el *alma*, que evoca la concepción de PLATÓN expresiva de que nuestras almas traen las ideas de su existencia ultraterrena cuando se hallaban en la caverna antes de encarnarse. Esa indiscriminación de VIDANÍA en el empleo de estas expresiones y su explicación de que esa ley “no se escribe sino que nace con nosotros, no se manda con la lectura sino que fecunda a todos con el perenne manantial de la naturaleza”, resulta confusa. No es lo mismo estar gravado en el corazón, significando el hombre entero, que escrito en la mente, ni escrito en el alma. Ya hemos dicho lo que evoca esta tercera expresión y lo que significa la primera.

Estar gravado en el corazón, en el significado de hallarse ínsita en el hombre entero, expresa que la razón humana se halla capacitada para considerar lo que captan sus sentidos y aquello a que le inclinan los apetitos y discernir en ello lo bueno y lo malo, lo equitativo y lo inicuo —como entiendo que, siguiendo a SANTO TOMÁS, creía DOMINGO DE SOTO—, mientras que tener escrito en la mente significa tener gravada en ella la ley natural, que según FRANCISCO SUÁREZ —como veremos—, aparece como en un haz de mandatos imperativos, de los cuales podemos tener un mayor conocimiento con una más profunda reflexión.

(83) *Supra* 2, textos correspondientes a las notas 42, 43 y 44.

(84) *Ibid.*, 79, párrafo que lleva la nota 82.

ta prudencialmente, configura, capta y formula teórica y prácticamente.

b) La ley natural sigue siendo una ley divina para DUNS SCOTT y para FRANCISCO SUÁREZ, pero, su ámbito se restringe y su modo de operar es diferente del empleado por SANTO TOMÁS, como acabamos de ver y, también, es diferente en uno y otro de aquellos autores, como vamos a ver.

ba) ESCOTO reduce la ley natural a un solo principio esencial: amar a Dios sobre todas las cosas (85). Y, en cuanto a sus determinaciones, como advierte WELZEL (86): “los principios supremos del derecho natural social no están determinados en DUNS con necesidad lógica y unívocamente, sino que son sólo «consonantes» con el imperativo del amor a Dios, que es la única proposición de derecho natural dotada de necesidad lógica. Ahora bien: si hay varias formas de conformación social que pueden ser «consonantes» con el derecho natural estricto —como por ejemplo: o bien la propiedad privada, o bien la comunidad de bienes— es precisa una decisión autoritaria que determine cual de las distintas formas sociales «consonantes» ha de ser verdaderamente derecho vigente. Con el principio de «consonancia» se convierte el positivismo jurídico en parte integrante, no complementaria del derecho natural”.

Destaquemos que, conforme lo expuesto antes y ahora, DUNS ESCOTO: 1) Pone la ley divina positiva como norma primera para la determinación del derecho, dando así entrada a la interpretación teológica. 2) Reduce enormemente el ámbito de la naturaleza de las cosas y de cada cosa para la determinación del derecho, y acentúa el valor de las normas de derecho positivo humano en su calidad de “determinaciones consonantes”, y no como “conclusiones” del derecho natural. 3) Fundamenta el método exegético, que los comentaristas habían superado y dejado en segundo plano. 4) Pone el cimiento sobre el cual se asentará el contrato

(85) Cfr. WELZEL, *op. cit.*, II, 3, pág. 93.

(86) *Ibid.*, pág. 101.

social, por el cual, a partir de HOBBS, el estado de naturaleza sería cancelado por la sociedad civil, que es construida por el Estado surgido del pacto, originándose el constructivismo y el positivismo formalista que dejará el derecho al arbitrio, más o menos reglado, del órgano estatal correspondiente.

bb) FRANCISCO SUÁREZ restringe menos que ESCOTO el ámbito de la ley natural, pero lo estrecha muchísimo con respecto a la concepción clásica recogida y explicada por SANTO TOMÁS DE AQUINO. Ante todo, sólo abarca las normas impuestas como preceptos a la criatura racional (87), pues considera que la expresión leyes referida a la naturaleza física es metafórica. En el primer volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho* (88) hice notar la relación que tiene la concepción jurídica de SUÁREZ con su metafísica. En efecto, existe un paralelismo entre su modo de obtener los universales por *intuición entitativa* —en expresión de CANALS VIDAL (89)— y no por *abstracción integrativa*—con la que opera el realismo aristotélico-tomista—; su manera de captar la ley natural, que no obtiene por *sindéresis* —como SANTO TOMÁS— sino por intelección de lo escrito por Dios en nuestra mente, y su modo de determinar, en cada caso concreto, lo justo natural —que él no efectúa observándolo *ex ipsa natura rei*, sino por *aplicación* de la correspondiente *ley natural más adecuada a la “materia”*.

Al prescindir SUÁREZ, en la búsqueda de lo justo, de toda mediación de la naturaleza de las cosas, observadas en la realidad viva, se produce en su concepción —como observa MICHEL VILLEY (90)— la pérdida de la “muy rica noción del ser, base de la teoría tomista del derecho natural, en la cual la ley es un esfuerzo de actualización hacia el derecho”. Perdida esta concepción, el

(87) SUÁREZ, *op. ult. cit.*, 1, 1, 1, 5 y 7; cfr. lo que digo en *Perspectiva histórica*, 147, pág. 431.

(88) *Perspectiva histórica*, 143-144, págs. 417-428.

(89) FRANCISCO CANALS VIDAL, *Sobre la esencia del conocimiento*, 2.ª parte, ap. II, cap. 4.ª y 5.ª parte, cap. II, Barcelona P.P.U. 1987, págs. 296, 164 y sigs. y 528 y sigs. Cfr. también EUDALDO FORMENT, *Ontología del conocimiento y fundamentación de la metafísica*, Studium, XXX-I, 1991-1, págs. 129-147.

(90) MICHEL VILLEY, *La formation...*, III-2ª, cap. III, págs. 377 y sig.

derecho tiene necesariamente que ser determinado por una voluntad independientemente del ser de las cosas, voluntad que erige en su causa eficiente, función en la cual destituye a la naturaleza de las cosas del puesto central que ocupa en el tomismo que atiende al orden dinámico establecido por Dios en su obra creadora.

Profundizando en esta reflexión de su maestro VILLEY, piensa BASTIT (91) que, en la configuración efectuada por SUÁREZ, “la mutilación padecida en el concepto de ser tiene por corolario, respecto de la ley, que la *ratio legis* se vea asimismo privada de su propio fin, para ser arrinconada en un orden estático y reducida a una determinación, del mismo modo que el ser es reducido a su esencia, sin que pueda comprenderse su ejercicio”. Observa que esa modificación tiene una trascendencia que merece ser destacada, “p recisamente porque, hasta ese momento, la ley se desenvolvía en un ámbito en el cual el ser no era reducido a su esencia, sino que se desplegaba para atender a su fin”.

c) La ley natural en el nominalismo de GUILLERMO DE OCKHAM desaparece por completo, absorbida totalmente por la ley positiva divina. Como explica WELZEL (92): “Todo derecho natural se halla contenido explícita e implícitamente en la *Sagrada escritura* porque ésta contiene ciertas reglas de las cuales puede deducirse, en sí o junto con otras, todo derecho natural —sea de primero, segundo o tercer grado— que es derecho divino —aunque no se encuentre explícitamente en ellas—”; “el derecho natural no manda otra casa que lo que Dios quiere, ni prohíbe nada que no quiere impedir” [...]. Por esa identificación de derecho natural y *Sagrada escritura*, el derecho natural recibe un grado hasta entonces desconocido de contenido y determinación relativa, pero al precio de dejar de ser derecho natural. El voluntarismo conduce aquí a un puro positivismo moral y jurídico, aunque, por lo pronto, sea un positivismo de la Revelación bíblica cuya autoridad había reforzado OCKHAM por una decidida teoría de la inspiración”.

(91) MICHEL BASTIT, *La naissance de la loi moderne*, cap. XI, pág. 312.

(92) HANS WELZEL, *op. cit.*, II, 4, págs. 107 y sigs.

d) Hemos observado que la ley eterna, desaparecida en las concepciones teologistas de DUNS y de OCKHAM —para quienes es eterno el Dios legislador, pero no su ley, que Él puede cambiar cuando y como quiera—, reaparece a los ojos de GREGORIO DE RIMINI, como expresión de la *ratio divina*, en la que se hallan fundamentados los predicados éticos. Pero, siendo así que, a su entender, esos predicados éticos los infunde Dios en toda recta razón, y, al hacerlo, independiza de la razón de Dios las demás *rectae rationes* de los ángeles y de los hombres —como dice en la célebre frase que antes hemos recordado (93)—, ocurre que de ese modo, las leyes naturales, si bien tienen un origen divino, devienen sólo leyes humanas, reduciéndose su carácter divino únicamente al origen remoto de haber sido infundida por Dios la recta razón al hombre.

Esa concepción de las leyes naturales como expresión de la recta razón humana se abriría paso en la escuela del derecho natural y de gentes, tanto en su línea idealista y racionalista como en la línea contractualista iniciada por THOMAS HOBBS. En ellas fue independizándose, paso a paso y cada vez más, la razón humana de toda recta razón objetiva de origen divino, y, a la vez, tendió a positivizarse progresivamente en las leyes humanas impuestas por el Estado.

4. Consecuencias dimanantes de la restricción del concepto de ley, efectuada por las concepciones voluntarista y racionalista en las leyes eterna y natural

Hemos visto que el concepto más lato de ley, como regla y medida de ordenación racional considerada en el ser de las cosas, o como relación necesaria que resulta de la naturaleza de las cosas, se desvanece con el voluntarismo, el nominalismo y el racionalismo idealista, al separar la ley de la precisa consideración de la naturaleza de las cosas y de toda mediación de éstas. Ahora debemos observar cuáles han sido las consecuencias que esas concepciones han producido de retruco en el mismo concepto general de ley.

(93) *Supra* 2, párrafos anterior y el que lleva las notas 60 y 61.

Ante todo, la ley se define como *mandato imperativo* de quien ostenta el *poder*, impuesto a quienes se hallan sometidos a este poder; y, como consecuencia, así entendida la ley se identifica con el derecho en su significado objetivo. Así lo vemos en las definiciones que GERSON, JEAN DE CHARLIER, CONRADO SUMMENHART DE CALVER, JOHAN MAYR o MAIOR, JUAN DRIEDO dan del derecho en sentido objetivo (94).

Esto excluye del concepto de ley no sólo a las leyes de la naturaleza (astronómicas, geológicas, físicas, químicas, biológicas, anatómicas, fisiológicas, etc.), sino también a todas las racionalmente captadas que no tengan carácter de mandato imperativo. Esto será llevado al límite por KELSEN al considerar que sólo es verdadera norma jurídica la que impone una sanción a quien incumple una norma secundaria —que sólo manda determinada conducta—, como hemos visto en el primer volumen de mi *Metodología de la ciencia del derecho* (95).

De ese modo, finalmente, la definición del derecho que lo identifica como lo bueno y equitativo, o sea con lo justo, padece un largo desplazamiento que la hace equivalente, primero, a ley como mandato imperativo dimanante de quien ostenta el poder, y, después, concluye identificándose por la coactividad que, como requisito *sine qua non*, debe ser atribuida a toda norma para ser considerada jurídica.

Es decir, la restricción del concepto de las leyes humanas, repercute en la definición general de ley, y viceversa. La ley humana es reducida a la positiva. Incluso ocurre así en la concepción racionalista del derecho natural, ya que, en su línea constructivista, al pasar el hombre del estado de naturaleza al estado de sociedad civil, el derecho natural es sustituido por las leyes positivas impuestas por el Estado, sin quedar otro residuo de él que los denominados, en sentido subjetivo, derechos del hombre más fundamentales; y, en la línea idealista racionalista, se consideraba que las leyes racionales de derecho natural debían ser encarnadas

(94) Cfr. AVELINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial de los juristas españoles del siglo XVI*, Pax Iuris, Monasterio de El Escorial 1960, 86-91, págs. 157 *in fine*-172.

(95) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, págs. 862-868.

en leyes positivas emanadas del poder político —príncipe o asamblea— y, a partir de CHRISTIAN THOMASIIUS, las normas de derecho natural se reconsideraron sólo de carácter moral, siendo radicalmente separadas del derecho por I. KANT (96). Según este filósofo, el *imperativo categórico* de carácter moral es meramente subjetivo e indemostrable por la razón objetiva; por lo cual, para asegurar la libertad trascendental (*Freiheit*) de todos y cada uno, frente a los albedríos generados por los apetitos (*Willkur*) de los demás, es preciso acudir a las normas emanadas del poder estatal y dotadas, por él, de coacción (97).

Esta restricción del concepto de ley y la consiguiente modificación de la definición del derecho, al identificarlo con la ley, primero, y, finalmente, con la ley positiva humana, transportó el concepto de derecho desde lo justo en concreto y en acto hasta la norma legal. Con ello, vendría la sustitución de la definición del derecho como la *res iusta* o *quod iustum et aequum est*, por la que identifica el derecho con la norma legal. Esto, inevitable y patentemente, ha repercutido en la interpretación, en la analogía, en la equidad y en la manera de operar con ellas.

a) La interpretación se reduce a una intelección exegética de la ley. En ella ESCOTO fundamentó y utilizó el método exegético por basar la ley en la voluntad del autor de la norma y no en la razón objetiva de ésta —es decir, en la *voluntas legislatoris* y no en la *ratio legis* en relación con la *ratio iuris*—; y, por eso, no reconoció más papel a la razón que el de condición *sine qua non* de la validez de la norma en caso de no ser ésta “consonante” con el mandato imperativo del amor a Dios (98). O bien, según entiende SUÁREZ (99), la razón no opera en la ley sino en caso de que la ley positiva sea *totalmente contraria* a la ley natural, sin que baste que *falle negativamente* sin ser totalmente contraria.

(96) *Ibid.*, 87, b y c, págs. 513-515.

(97) Cfr. *Perspectiva histórica*, 118, págs. 334 y sig.

(98) Cfr. *Parte sistemática*, 114, A y B, págs. 601-609, y *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 53, págs. 303 y sig.

(99) F. SUÁREZ, *op. cit.*, 1, 4, 11-15 y 24-25.

También, según SUÁREZ, la base de la interpretación se halla en los *verba*, por mediación de los cuales se busca la *intentio seu mentibus legislatoris* determinante de su *voluntas*, poniendo así al intérprete en relación intersubjetiva del legislador (100). Esto es una consecuencia de que SUÁREZ sigue a ESCOTO tanto en lo referente a la relación entre razón y voluntad (101), como en cuanto en la sustitución del *medium rei* por el “advenimiento de una ley uniforme [en su generalidad] incapaz por sí misma de precisar exactamente los complejos contornos de la realidad”. De ese modo SUÁREZ se aparta de la manera común de operar interpretativamente que tuvieron los comentaristas y consiliadores, así como los juristas castellanos de su época, todos ellos seguidores del *mos italicus* (102). Y, al ser obediente, así mismo, al dato de haber desaparecido —a partir de OCKHAM— toda explicación interpretativa conforme la razón o finalidad objetiva de las cosas y los hechos, a los que la norma intelegida responde, desaparece para SUÁREZ la mediación óptica de las cosas (103).

b) La analogía, tanto en el voluntarismo escotista como en el nominalismo ockhamiano, queda completamente desconectada de la naturaleza de las cosas, del *sensum naturalis* y la *naturalis ratio*, con los que el hombre capta esa naturaleza. Si no existe un orden natural en las cosas, la analogía no puede basarse en una razón ínsita en ellas, y sólo cabe fundarla en la voluntad del legislador (104). A FRANCISCO SUÁREZ su concepción voluntarista de la ley, le llevó a tomar por punto de partida de la analogía, su consideración de que no es preciso dar una disposición igual para todos los casos semejantes (105) y le condujo a separar la *aequitas* —que, dijo, algunos denominan *similitudinem*— y la *identitatem*. Partiendo de esta distinción, concluyó (106) “que la sola

(100) Cfr. HANS WELZEL, *op. cit.*, II, 3, pág. 183.

(101) Cfr. MICHEL BASTIT, *op. cit.*, cap. VIII, págs. 229 *in fine* y sig. y 239 y sig.

(102) Cfr. *Parte sistemática*, 116, págs. 616 y sigs.

(103) MICHEL BASTIT, *op. ult. cit.*, cap. IX, págs. 261 y sigs.

(104) Cfr. *Parte sistemática*, 179, págs. 935 y sigs.

(105) *Ibid.*, 179, págs. 935 y sig.

(106) F. SUÁREZ, *De legibus*, 6, 3, 1-8.

semejanza de la razón por equiparación o equivalencia, pero sin identidad, no basta para que la norma de una ley, dada para un caso, se extienda a otro semejante”, porque “el vínculo que expresa una ley es más fuerte que la sola razón de semejanza con otra ley”. Ahí asoma una razón ockhamiana, pues en la *exégesis* del nominalista inglés, en una situación ambigua se tiende a preferir —como hace notar BASTIT (107)— la uniformidad de soluciones conformes al texto de la ley a la modulación de lo que es semejante con respecto a la cosa; y —conforme añade después (108)— por su rechazo de la finalidad real, basada en la naturaleza de las cosas. Por eso, SUÁREZ no puede considerar que existe identidad de *ratio* en la *analogía de proporcionalidad o de participación*.

Al tratar de la naturaleza de las cosas, vemos (109) que el logicismo matematicista cartesiano, el iusnaturalismo racionalista y el positivismo legalista necesitaban apoyar la analogía en la voluntad del legislador, al haber dejado de basarla en las cosas mismas; y, entonces, decaería notablemente la misma lógica, pese al esfuerzo de los lógicos en buscar una formulación lógica a la analogía. Ha hecho falta que retornaran los ojos a contemplar la naturaleza de las cosas para volver a encontrar a la analogía su única base sólida.

c) La epiqueya o equidad quedaría reducida, con el voluntarismo y el nominalismo, a significar las excepciones a las leyes divinas o humanas debidas a la benevolencia del propio legislador. FRANCISCO SUÁREZ, al identificar lo justo con lo legal y rechazar toda mediación de las cosas para determinar aquél, tuvo que basar la equidad en la voluntad divina mostrada en la ley natural, pero sólo en aquellos casos concretos en los cuales la ley positiva falla de manera contraria a la ley natural —no bastando que sólo falle negativamente—, o bien cuando resulte inhumana por excesivamente dura (110).

(107) M. BASTIT, *op. ult. cit.*, cap. X, pág. 293.

(108) *Ibid.*, cap. XII, págs. 353 y 356.

(109) *Supra*, 51, C, párrafos comprendidos entre el que llevan la nota 177 y el que lleva las notas 178, 179 y 180.

(110) Cfr. *Parte sistemática*, 286, págs. 1511-1516.

Después, al ser referida por el idealismo racionalista a un juicio puramente subjetivo, individual y arbitrario, la equidad quedaría muy depreciada, conducida a la denostada equidad cerebri-
na. Fueron inútiles las lucubraciones de LEIBNIZ, en su *Iuris et aequi elementa* y en sus *Anotaciones críticas* (111), para dotarla de precisión. De los posteriores avatares de la equidad en el “espíritu científico de las luces”, el criticismo kantiano, la escuela de la exé-
gesis y el cientifismo legalista de WINDSCHEID me ha ocupado especialmente en una de mis metodologías (122).

(111) Cfr. mis extractos en *El razonamiento jurídico: La analogía y la equidad*, 15, págs. 66-69.

(112) Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II-1.º, 51, D, textos que contienen las notas 188, 189 y 190, págs. 234 y sig., y, más amplia-
mente, en *El razonamiento jurídico, la analogía y la equidad*, Madrid, Real Academia de
Jurisprudencia (discurso inaugural del Curso 1997-1998, 15, págs. 65 *in fine* y sig. y
69 y sigs.