

ADIAPHORA E INDETERMINACIÓN EN EL DERECHO

Sobre la doctrina tomista de la *determinatio* y su función completiva y constructiva entre los escolásticos

SEBASTIÁN CONTRERAS*

Universidad de los Andes (Chile)

RESUMEN: El presente trabajo desarrolla el concepto tomista de determinación. Para Santo Tomás, la determinación es uno de los modos de derivación de la ley humana desde la ley natural, y particularmente la manera en que se deriva el derecho positivo o civil. Los escolásticos retoman la reflexión de Santo Tomás sobre este problema, y la enriquecen con ideas y conceptos nuevos, especialmente Fray Luis de León y Domingo de Soto, autores en los que hemos centrado nuestra investigación.

PALABRAS CLAVE: *determinatio*, Santo Tomás, derecho natural, derecho positivo, Luis de León, Domingo de Soto.

Adiaphora and Indeterminacy of the Law: On the Thomistic Doctrine of the Determinatio and its Constructive and Complete Role in the Scholastics

ABSTRACT: This paper analyzes the thomistic concept of determination. For Aquinas, determination is one of the modes of derivation of the human law from natural law, and particularly the manner in which the civil or positive law is derived. The scholastics retake the reflection of Aquinas on this issue, and enrich his thought with new ideas and concepts, especially Luis de Leon and Domingo de Soto, the authors on whom we focused our research.

KEY WORDS: *determinatio*, Aquinas, natural just, positive just, Luis de León, Domingo de Soto.

PLANTEAMIENTO. LO INDIFERENTE Y LAS DETERMINACIONES DE LA AUTORIDAD

La existencia de un ámbito de indeterminación en el derecho es algo probado no sólo por los autores contemporáneos, como Endicott¹ o Hart². También ha sido ampliamente demostrado por los pensadores clásicos³, Aristóteles⁴ o Santo Tomás⁵, por ejemplo, para quienes, respecto de aquellas materias que no pertenecen al derecho natural⁶, y que, por tanto, no son esencialmente ni jus-

* El autor agradece las correcciones y comentarios de los Profs. Joaquín García-Huidobro y Manfred Svensson. Becario CUNICYT, Pontificia Universidad Católica de Chile.

El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto FONDECYT n.º 11090189.

¹ TIMOTHY ENDICOTT, *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 63ss.

² HERBERT HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 157-158.

³ CLEMENTE FERNÁNDEZ (ed.), *Philosophiae Scholasticae Summa*, Madrid, BAC, 1952, p. 505.

⁴ ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b 18 - 1135a 5.

⁵ Cf. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 99, a. 3.

⁶ En lo que sigue, se emplearán sin distinción las nociones de ley y derecho natural. Esto,

tas ni injustas, la definición de una conducta como buena o como mala ha sido entregada a la prudencia de la autoridad. Esto sucede, porque para la conservación de la paz y el logro del bien común político no es suficiente la inclinación natural del hombre a la virtud⁷, que es debida a la ley natural⁸; porque la ley natural regula únicamente lo que hay de exigencia en la naturaleza del hombre en cuanto hombre, sin referirse a aquellas materias que en modo alguno se le exigen al hombre por su condición de tal, «y que, por tanto, no tienen una mayor necesidad que otras, sino que sólo se atiende a su utilidad y conveniencia para conseguir el bien común»⁹.

De esta forma, no es el derecho natural el que trata de estas cosas indiferentes o no exigidas al hombre por su naturaleza; a éstas se refiere el derecho positivo o civil. Esto porque lo indiferente no está mandado o prohibido por la ley moral¹⁰, sino que por la prudencia del legislador¹¹, el cual, y a partir de lo preceptuado por la ley de la naturaleza, en todo momento debe ajustar sus determinaciones a lo que las circunstancias aconsejen como lo más conveniente a los intereses de una comunidad particular¹². Así lo ha entendido Poinsoot, para quien, existiendo un espacio de indeterminación en la moral o en el derecho, ha de abrirse paso a un acto de la ley, porque es la ley la regla y la medida de lo moral¹³. En este sentido, si bien lo indiferente está de alguna manera regulado por la razón natural, en tanto que está permitido, permanece, sin embargo, en vías de una mensuración completa, «ya que lo propio de la razón es también ordenar [...] lo meramente permitido»¹⁴.

La anterior es una conclusión a la que no sólo han llegado los pensadores clásicos. También entre los modernos se ha identificado lo indiferente con aquello que no ha sido regulado por la ley moral, y que permanece a la espera de una

sin perjuicio de que Santo Tomás las haya diferenciado claramente (salvo en el texto de *In Sententiarum*, II, d. 24, q. 2, a. 4, donde el Aquinate sostiene que la ley natural consiste, precisamente, en los principios universales del derecho). Esta decisión del autor, de usar indistintamente tales expresiones, responde a la necesidad de articular lo dispuesto por Santo Tomás sobre la *determinatio*, tanto en la *Summa Theologiae*, donde trata directamente de la ley positiva que deriva de la ley natural, como en su *In decem libros Ethicorum Aristotelis*, donde se refiere a lo justo positivo que toma su origen en lo justo natural.

⁷ Cf. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

⁸ DOMINGO DE SOTO, *De Legibus*, lin. 1350-1360.

⁹ JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, *El Tratado De Justitia et Jure de Pedro de Aragón*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1978, p. 127.

¹⁰ Cf. JUAN DE SANTO TOMÁS, *Cursus Theologicus*, disp. IX, a. 6, n. 11.

¹¹ Cf. RAFAEL FERNÁNDEZ CONCHA, *Filosofía del derecho o derecho natural*, Barcelona, Tipografía Católica, 1887, p. 172. Ahora bien, la noción de 'legislador' incluye acá toda judicatura que, como el juez del *common law*, goza de un papel creativo, dice Finnis; de ahí que también puedan ser llamadas *determinationes* las sentencias, e inclusive la costumbre que es fuente del derecho.

¹² Cf. ANTONIO FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Ceura, 31982, p. 134.

¹³ JUAN DE SANTO TOMÁS, *Cursus Theologicus*, disp. IX, a. 6, n. 10.

¹⁴ IÑIGO GARCÍA, *La bondad y malicia de los actos humanos según Juan Poinsoot*, Pamplona, Cuadernos de Anuario Filosófico, 2010, p. 163.

determinación ulterior por parte de la autoridad. Locke, por ejemplo, escribe que la ley humana, además de reforzar la ley dada por Dios, puede también disponer sobre cuestiones indiferentes que el derecho divino ha dejado abiertas¹⁵. Y ésta es la principal de las funciones de lo justo civil o positivo, porque el mero acto de reforzar lo ya establecido por la ley divina o natural podría ser superfluo¹⁶.

Entonces, las acciones que por su naturaleza no están definidas como justas o injustas, pueden ser o no determinadas por la autoridad, y pueden serlo de un modo o de otro, según las circunstancias y el juicio que el legislador se forme de éstas¹⁷. De ahí que las *determinationes* no manden o prohíban solamente lo que por naturaleza es bueno o malo, «sino también aquellas cosas que no habían sido prohibidas o mandadas de otra manera»¹⁸. Tales determinaciones, cuya fuerza de obligar procede directamente del imperio humano¹⁹, serán, en algunos casos, simples sanciones positivas de lo que ya se encuentra prescrito por lo justo natural, como las prescripciones contra el asesinato. También podrán consistir en especificaciones de lo que naturalmente se encuentra indeterminado, como la especificación de una pena cualquiera. E incluso podrán ser reglas adicionales acerca del modo en que debe ser juzgada una conducta particular²⁰.

Por tanto, estas determinaciones de la autoridad serán, o simples prescripciones de lo que mediata y virtualmente se encuentra regulado por lo justo natural (en este caso, las determinaciones serán meras concretizaciones de lo justo por naturaleza, como ocurre en las sanciones positivas de lo que ya se halla prescrito por la ley natural, o en el caso de las especificaciones de lo que naturalmente se encuentra indeterminado), o construcciones autoritativas del legislador, instituidas ‘arbitrariamente’²¹, sobre ciertos aspectos de la vida social que para *este* bien común se exige que sean regulados (tales determinaciones asumirán, en este caso, una verdadera función creativa, y su única vinculación con las normas naturales será la racionalidad de su contenido).

El presente trabajo busca, justamente, profundizar en esta doble tarea que los escolásticos han atribuido a las determinaciones, aquella que es puramente completiva o concretizadora, y aquella específicamente constructiva. Para esto, hemos dividido nuestra exposición según el siguiente esquema: (i) revisión de la naturaleza de la *determinatio*; (ii) descripción de la doctrina tomista de la determinación; (iii) análisis de la derivación por determinación en Domingo de Soto, y (iv) exposición de la *determinatio* en Fray Luis de León.

¹⁵ JOHN LOCKE, *Political Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 10.

¹⁶ Cf. MANFRED SVENSSON, «*Adiaphora* en el pensamiento de Locke», ponencia en Quintas Jornadas de Filosofía Moderna, mayo de 2011 (texto no editado).

¹⁷ FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 166.

¹⁸ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 3, a. 2.

¹⁹ Cf. JAVIER HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 589.

²⁰ Cf. RUSSELL HITTINGER, *The First Grace. Rediscovering the Natural Law in a Post-Christian World*, Wilmington, ISI Books, 2003, p. 51.

²¹ Cf. FRANCISCO DE ARAÚJO, *De Legibus*, I, p. 165. Sobre este carácter ‘arbitrario’ de las determinaciones nos referiremos más adelante.

NATURALEZA DE LA *DETERMINATIO*

Pese a que la ley natural se encuentra perfectamente adecuada a la naturaleza del hombre, no se halla, sin embargo, completamente conformada a la condición del hombre que vive aquí y ahora²². Por eso necesita ser determinada por lo justo legal o positivo, porque la ley natural, dice Kluxen, se refiere tan sólo a los contornos de la acción, no a sus particularidades²³.

Lo justo legal es, de esta manera, un ordenamiento de la razón que especifica aquello que está indeterminado por lo justo natural (pero que concuerda con éste); que está orientado o dirigido hacia el bien de una comunidad política particular²⁴, y que «solo surge una vez que el legislador ha llevado a cabo una actividad intelectual consistente en medir la realidad con el fin de establecer una norma o regla capaz de dirigirla»²⁵. Así, este derecho legal o positivo es el resultado de las determinaciones autoritativas del legislador, que consisten, esencialmente, en elecciones entre distintas posibilidades igualmente razonables para el cumplimiento de lo justo natural aquí y ahora; esto porque, escribe Rodríguez Luño, «muchos de los principios éticos de justicia admiten diversos modos de realización en la práctica»²⁶.

En este sentido, es por su carácter indeterminado que lo justo por naturaleza exige una concreción positiva que lo inserte dentro de la comunidad política como derecho vigente. Se explica, de esta forma, que la intervención legislativa de la autoridad civil no sea algo puramente facultativo; tal oficio concretizador de lo justo natural es para la autoridad política una tarea irrenunciable, y a tal punto, que «un estado que no procediera [...] a esta concreción, atentaría contra la ley natural»²⁷, precisamente porque la ley natural manda (aunque inespecíficamente) el bienestar político de la comunidad en tales condiciones de lugar y tiempo.

Esta tarea concretizadora de la ley natural no es la única de las funciones que pertenecen a lo justo positivo o civil. Junto con ésta, la ley positiva puede también mandar o prohibir aquellas cosas que no prohíbe la ley natural o la divina²⁸, y de tal modo que puede adicionar prescripciones a la justicia natural en todo aquello que se encuentre regulado por ésta tan sólo de una manera confusa e indeterminada. Por eso la ley positiva no es una mera prolongación de la

²² REGINALDO PIZZORNI, *La filosofía del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, Studio Domenicano, 2003, p. 619.

²³ WOLFGANG KLUXEN, *L'etica filosofica di Tommaso d'Aquino*, Milano, Vita e Pensiero, 2005, p. 333.

²⁴ Cf. PIZZORNI (2003), p. 615.

²⁵ JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, «Averroes y el derecho natural. Análisis de su comentario a un texto aristotélico», ponencia en la primera sesión de las conferencias bimensuales de la Sociedad Chilena de Filosofía Cristiana, marzo de 2011 (texto no editado).

²⁶ ÁNGEL RODRÍGUEZ LUÑO, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 263.

²⁷ MARTIN RHONHEIMER, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 466.

²⁸ MARCOS DE SANTA TERESA, *Compendium Moralis Salmanticense*, III, 4, 6.

ley natural en la vida política; si así lo fuera, no veríamos en el legislador actos de autoridad creadores del derecho como lo son estas *determinationes*²⁹.

Ahora bien, las formas de determinación van desde la elección de la fórmula lingüística más apropiada para expresar los requerimientos de la justicia natural, «hasta los agregados de tiempo, modo, sujetos, lugares, relaciones, etc. que son necesarios para que esa exigencia natural pase a ser un elemento operante en la vida jurídica»³⁰. Dado esto, de lo que se trata en la derivación por vía de determinación, es de ir más allá de las regulaciones imperfectas de lo justo natural³¹ (imperfectas no metafísica, sino operativamente), que no formulan el contenido objetivo de cada acción concreta³², sino que ordenan nuestras acciones únicamente de manera general e inespecífica.

Estas determinaciones del legislador quedan comprendidas en normas de derecho civil o positivo. Tales normas no son, en su naturaleza, simples conclusiones necesarias y más o menos directas de lo justo natural; son, al contrario, el resultado de elecciones 'arbitrarias' aunque aprovechables para alcanzar la vida virtuosa en tal o cual comunidad política³³, y de aquello que la ley natural había dispuesto solamente de manera confusa e incoativa. Un ejemplo de esto, observa Fray Luis de León, lo vemos a propósito de las normas que ordenan el culto a Dios. Porque, si bien la ley natural ordena que demos culto y veneremos a Dios con sacrificios, «y que con cierto honor y culto nos entreguemos a Él [...], no determina de qué modo o mediante qué ofrendas hay que hacerlo»³⁴. Así, a fin de precisarlas y establecerlas pormenorizadamente fue necesaria la ley humana, puesto que, de lo contrario, no sería posible salir de la generalidad e indeterminación de los preceptos naturales.

En cuanto al carácter 'arbitrario' de las normas civiles o positivas, éste debe entenderse únicamente en un sentido filosófico. Según esto, se llaman 'arbitrarias' sólo en cuanto son normas que pueden existir o no existir, o que pueden existir de diversa manera; por ejemplo, «es posible que no haya ley alguna que prescriba solemnidades para los contratos, y es posible también que dichas solemnidades fueran distintas de las que se hallan preceptuadas. De aquí, empero, no se sigue que al legislador le sea dado obrar caprichosamente: el uso que haga de su autoridad debe ser siempre ajustado a la razón y encaminado al bien común»³⁵.

Supuesto este sentido de 'arbitrarias', debe advertirse, no obstante, que en el vasto campo donde la autoridad política, más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de la razón natural, construye determinaciones, «hay

²⁹ Cf. GREGORIO ROBLES, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 2003, p. 87.

³⁰ JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, Edeval, 1993, p. 179.

³¹ MORTIMER ADLER, «Una cuestión acerca de la ley», en ROBERT BRENNAN (ed.), *Ensayos sobre el Tomismo*, Madrid, Ediciones Morata, 1962, p. 274.

³² Cf. RHONHEIMER (2000), pp. 466 ss.

³³ Cf. Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 6, a. 2.

³⁴ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 6, a. 1.

³⁵ FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 173.

relativamente pocos puntos en los que su elección pueda ser razonablemente considerada como ‘sin trabas’ o ‘arbitraria’³⁶. Esto porque en la vida social no se dan alternativas que sean igualmente satisfactorias o insatisfactorias en todos sus aspectos, de manera que respecto de ellas pudiera darse una elección realmente ‘arbitraria’. Por este motivo, la elección legislativa entre ‘conducir por la izquierda’ o ‘conducir por la derecha’, por ejemplo, es una cuestión indiferente tan sólo en abstracto, pero no lo es en una sociedad donde en virtud de un acuerdo o convención informal, «la gente ya tiende a conducir por la izquierda, y ha adaptado de modo consecuente sus hábitos, la construcción de sus vehículos, el diseño de los caminos y los objetos en las calles»³⁷.

Volviendo al problema de la naturaleza de las determinaciones, observa Santo Tomás que los preceptos de la ley natural son de tal manera generales, que por eso necesitan de alguna especificación³⁸. Y así, por ejemplo, «es una exigencia clara de la razón natural que en una gran comunidad haya funcionarios, jueces y soldados; que haya un determinado orden y procedimiento penal; que para ciertos delitos haya también determinadas penas. Igualmente es necesario que los miembros de la sociedad colaboren a la conservación del todo mediante contribuciones, impuestos, prestaciones personales, etc. Pero lo que en cada caso es necesario, según las exigencias del momento, cómo y cuándo y dónde y por quién han de ser prestadas, no está determinado por la ley moral natural, sino que es misión del poder público competente»³⁹.

De acuerdo con lo anterior, el rasgo característico de la *determinatio* es su condición de *no necesaria*; esto es, lo de *opcional* o *elegible* que hay tras la actividad creativa del legislador. Esto quiere decir que en la puesta en práctica de la prudencia de la autoridad interviene un factor de elección entre distintas posibilidades, entre las cuales, incluso, podrían hallarse alternativas contrapuestas⁴⁰. Por eso que no sólo las leyes de unas ciudades distintas pueden ser contrarias. También según las diversas épocas, las leyes de una misma ciudad pueden llegar a ser contrarias por este factor de elección que envuelve a las *determinationes*, escribe Martínez de Osma⁴¹.

Todo esto puede entenderse claramente con el siguiente ejemplo. «Si los bienes materiales han de ser usados eficientemente para el bienestar humano, normalmente debe haber un régimen de propiedad privada. Este régimen estará constituido por reglas que asignen derechos de propiedad sobre tales bienes, o

³⁶ JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 286.

³⁷ FINNIS (1989), p. 287.

³⁸ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 99, a. 3. Estas determinaciones, piensa Santo Tomás, que *ex sola lege humana vigorem habent*, se derivan de lo justo natural no de manera directa y conclusiva, sino mediatamente, y sólo una vez atendidas las diversas particularidades que existen en la comunidad política.

³⁹ VÍCTOR CATHREIN, *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, Madrid, Reus, 1958, p. 200.

⁴⁰ Cf. JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 167.

⁴¹ Cf. PEDRO MARTÍNEZ DE OSMA, *In Ethicorum*, V, 7.

sobre muchos de ellos, a individuos o grupos pequeños. Pero precisamente qué reglas deberían establecerse con el fin de constituir un régimen así es algo no resuelto [...] por esta exigencia general de justicia», de modo que la elección razonable de tales reglas «está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular, y en alguna medida es ‘arbitraria’»⁴².

Ahora bien, en el ejercicio de su actividad de creación del derecho, debe el legislador sujetarse a lo dispuesto por la ley de la naturaleza. La razón de ello, es ésta la causa ejemplar de la ley humana⁴³, «la mejor y la más verdadera»⁴⁴ de todas las leyes que existen (esto se entiende, naturalmente, en el contexto de la tradición escolástica). De esta forma, la libertad creativa de la autoridad se manifiesta, fundamentalmente, en su incapacidad para obligar y constreñir sin el sostén de un mandato genérico de la naturaleza⁴⁵, lo que se traduce en que su capacidad inventiva no es completa, sino que más bien consiste en una libertad afectada.

Por este motivo, ha insistido Finnis en que, para ser en sí misma autoritativa a los ojos de un hombre razonable, una determinación debe ser coherente con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, aunque no tiene por qué ser necesariamente, ni siquiera usualmente, la *determinatio* que él mismo habría hecho si hubiera tenido la oportunidad de legislar⁴⁶. De ahí que «el acto de poner el derecho (sea judicial o legislativamente o de cualquier otra forma) sea un acto que puede y debe ser guiado por reglas y principios morales»⁴⁷, a saber, los principios y reglas de la justicia natural. Éstos son, como escribe Ollero, el primer elemento jurídico «que late en el orden universal, aunque no sean todavía realidad jurídica, ‘cosa justa’, sino solamente principios orientadores de su búsqueda»⁴⁸.

En consecuencia, no sólo las concreciones de lo justo natural, sino que también las especificaciones constructivas de lo justo político aquí y ahora por parte del legislador, deben sujetarse a lo dispuesto por la ley de la naturaleza. En este sentido, la autoridad política ha de incorporar en sus determinaciones la justicia de la ley natural, para así aplicarla a las concretas relaciones de la convivencia social y política⁴⁹ (precisamente de esta sujeción de lo justo positivo a lo justo natural les viene a las determinaciones su fuerza obligatoria). Dado esto, cuando el legislador regula una materia indiferente a la ley natural y la impone a los ciudadanos, no realiza una constitución radical de su racionalidad o bondad, sino solamente una definición de su carácter vinculante y normativo. Enton-

⁴² FINNIS (1989), pp. 285-286 (por ambas citas).

⁴³ DOMINGO BAÑEZ, *Commentaria De Iure et Iustitia*, q. 57, a. 2.

⁴⁴ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 1, a. 4.

⁴⁵ GIUSEPPE GRANERIS, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 74.

⁴⁶ Cf. FINNIS (1989), p. 289.

⁴⁷ FINNIS (1989), p. 290.

⁴⁸ ANDRÉS OLLERO, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 45.

⁴⁹ Cf. FERNÁNDEZ-GALIANO (1982), p. 133.

ces, únicamente puede imponerse legalmente un objeto o materia que ya pertenezca a la racionalidad y rectitud humanas, aunque sólo se halle incoativamente regulado por lo justo natural. Éste es el sentido, ciertamente restringido, de la expresión: ‘es justo porque lo impone el legislador’⁵⁰.

Por último, lo fundamental de la *determinatio* está, nos parece, no tanto en la función de complemento y aplicación que tiene lo justo positivo con respecto a lo justo natural, sino en la capacidad que tienen las normas positivas para hacer mutar lo que es justo por naturaleza (lo que por ley natural se mantiene indiferente o indeterminado). Por esta razón, «que la adición de reglas de la ley positiva puede suponer algún cambio en la ley natural es un hecho de experiencia»⁵¹, e incluso algo exigido por la misma condición indeterminada de lo justo natural.

Tal adición puede verse en el caso de un contrato. Así, mientras que *por naturaleza* bastaría la pura capacidad de las partes para que dicho acto de contratar se reputara perfecto, por las determinaciones de la autoridad lo justo positivo podría añadir a la mera declaración de voluntades una serie de formalidades o condiciones de validez más allá de las que por naturaleza serían exigidas para que dicho negocio fuera considerado como jurídicamente existente⁵².

Éste es el caso del matrimonio, por ejemplo, para el cual se exige, además del libre consentimiento de los contrayentes, la presencia de un testigo calificado o la concurrencia de una edad mínima para contratar. Sin la presencia de este tercero calificado, o en contravención de las normas que regulan la edad núbil, dicho pacto matrimonial, para el que, *por naturaleza*, bastaría la sola manifestación de la voluntad de los contrayentes, se hace inexistente ante el derecho, y en este caso «no ocurre que el contrato es válido por derecho natural e inválido por derecho positivo, sino que es sencillamente inválido»⁵³, esto es, inexistente tanto para el derecho civil como para el derecho natural, «sin más distinciones»⁵⁴.

Por consiguiente, y tal y como ocurre en la realización de un artefacto, el cual no existe formalmente mientras no se halla plenamente concretizado (determinado)⁵⁵, así también no existe el hecho jurídico, matrimonio en este caso, si los contratantes no han ajustado sus conductas a las determinaciones de la autoridad. Porque, insiste Santo Tomás, una vez que el legislador ha completado los requerimientos indeterminados de la justicia natural, entonces ya no es indiferente que esto sea de tal o cual modo; al contrario, hacer eso es justo y omitirlo es injusto⁵⁶. De esta manera, se explica por qué lo justo civil se ha hecho cargo

⁵⁰ Cf. JUAN CASTILLO, *El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el Tratado «De Legibus»*, Burgos, Universidad de Burgos (tesis doctoral), 1998, p. 396.

⁵¹ JAVIER HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 3^a 1996, p. 169.

⁵² FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 173.

⁵³ HERVADA (1996), p. 170.

⁵⁴ HERVADA (1998), p. 176.

⁵⁵ FINNIS (1989), p. 284.

⁵⁶ SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1020.

de la regulación positiva del *ius connubii* y de los requisitos de validez y existencia del matrimonio, aunque únicamente respecto de aquellas materias susceptibles de ordenación y regulación por parte de la autoridad social⁵⁷.

Dado lo expuesto, en este proceso de la *determinatio* existe una verdadera creación del derecho por parte de la autoridad (al menos en lo concerniente a su función constructiva), precisamente porque la norma positiva resultante no sólo concretiza, sino que «completa, mediante factores positivos, el orden natural, que sin este complemento no regularía plenamente las relaciones sociales a causa de su indeterminación». Y así, por ejemplo, «existe el derecho natural al trabajo, pero este derecho no es ejercible dentro del sistema jurídico [...] si no es a través de su concreción en relaciones jurídicas individualizadas por medios de derecho positivo: contratos, convenios colectivos, legislación»⁵⁸.

Finalmente, más allá de la pura función completiva que tiene lo justo positivo con respecto a los requerimientos de la justicia natural, lo que realmente importa en la doctrina de la *determinatio*, es el hecho de que la propia ley humana, en tanto que causa o razón del derecho⁵⁹, crea ciertos contenidos de justicia que, una vez regulados, deben ser respetados por todos (como si fueran mandados por la justicia natural). Nada de esto revierte el carácter de causa ejemplar que lo justo natural tiene respecto de la ley humana, porque, como ha apuntado Waldstein, la ley natural, en tanto que está inscrita en el corazón del hombre, es siempre un punto de referencia normativo para lo justo civil⁶⁰.

LA DETERMINATIO EN SANTO TOMÁS Y LA NECESIDAD DE CONCRECIÓN DE LO JUSTO POR NATURALEZA

Para Santo Tomás, el derecho natural no es un sistema normativo contrapuesto al derecho positivo o simplemente legal. Tampoco es un sistema, en estricto sentido, porque no consiste en un ordenamiento jurídico cerrado sobre sí al modo del derecho natural de Pufendorf, donde las reglas particulares de justicia deben deducirse axiomáticamente, *more geometrico*, desde los principios universales del derecho, conformando así un sistema rígido y clausurado sobre sí mismo. Para Santo Tomás, el derecho natural es, más bien, una parte del único ordenamiento de justicia que es el derecho de la comunidad (o derecho político), donde además de las normas de justicia natural, «existen otras leyes que consideradas en sí mismas no hallan razón para su observancia», pero que una vez consideradas todas las circunstancias particulares de esa comunidad «se hace conveniente que sean observadas»⁶¹. En este sentido, y retomando una anti-

⁵⁷ Cf. JAVIER HERVADA, «Matrimonio y derecho natural», en su *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 150.

⁵⁸ HERVADA (1998), p. 179 (por ambas citas).

⁵⁹ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1.

⁶⁰ WOLFGANG WALDSTEIN, «Derecho positivo y ley natural», en *Nuntium*, n.º 9, 2003, p. 33.

⁶¹ SANTO TOMÁS, *In Sententiarum*, III, d. 3, a. 3.

gua idea de Aristóteles⁶², observa el de Aquino que dentro del llamado derecho político, algo es justo o por naturaleza o porque la ley humana así lo ha instituido⁶³, y en tal caso los dictámenes del legislador valen sólo para los que están sujetos a la jurisdicción de esa ciudad o de ese gobernante⁶⁴.

Ahora bien, advierte Santo Tomás que lo justo natural, sea derecho natural primario, sea derecho de gentes, es insuficiente para la regulación de la vida moral y política. Es preciso, de esta manera, que la razón práctica llegue a soluciones más concretas partiendo de las exigencias indeterminadas de la ley natural⁶⁵. Es esto lo que explica la necesidad de este proceso constructivo de las normas positivas que se ha denominado simple determinación o concretización⁶⁶, y en virtud del cual lo que la autoridad decide, «dejando a salvo el derecho natural, se convertirá en justo y adquirirá valor ético»⁶⁷.

Esta necesidad de unas especificaciones de lo justo por naturaleza se encuentra ya presente en la obra de San Alberto⁶⁸. Probablemente por eso el Aquinate haya insistido más en la función concretizadora que en la función creativa de lo justo civil o positivo, que, no obstante encontrarse potencialmente contenido en el derecho natural, no es de ninguna manera un derecho natural⁶⁹. Esto porque los preceptos de derecho civil no son más que determinaciones remotas y particulares de lo justo por naturaleza, que se ocupan no de lo universal y necesario, sino de la diversidad de circunstancias en las que se desarrollan los actos humanos⁷⁰. Se explica, por ende, que se trate de un derecho puesto y causado por el hombre⁷¹, aunque enraizado en la ley natural. De ahí que Santo Tomás, lo mismo que Cicerón, escriba que lo justo legal o positivo tiene siempre su origen en el derecho natural⁷².

Observa Santo Tomás que junto a los preceptos de derecho natural, hay otros preceptos que no toman su fuerza obligatoria de la razón natural, «porque esos preceptos no implican un concepto absoluto de cosa debida o indebida»⁷³. Antes bien, su fuerza obligatoria les viene no directamente de lo justo por naturaleza, sino de la misma autoridad divina o humana que los determina como derecho

⁶² ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b 18-20.

⁶³ SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1017.

⁶⁴ Cf. SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1021.

⁶⁵ Cf. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 91 a. 3.

⁶⁶ JOHN FINNIS, «On The Critical Legal Studies Movement», en JOHN ECKELAAR (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series*, Oxford, Oxford University Press, 1987, pp. 145-146.

⁶⁷ FRANCESCO OLGIATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1977, p. 262.

⁶⁸ Cf. STANLEY CUNNINGHAM, *Reclaiming Moral Agency. The Moral Philosophy of Albert the Great*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 2008, pp. 232ss.

⁶⁹ SAN ALBERTO, *De Bono*, tract. 5, q. 1, a. 1.

⁷⁰ SAN ALBERTO, *De Bono*, tract. 5, q. 1, a. 1.

⁷¹ SAN ALBERTO, *De Bono*, tract. 5, q. 1, a. 3.

⁷² SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1023. Para una mejor consideración de la influencia de Cicerón en Santo Tomás, véase LAURA CORSO DE ESTRADA, *Naturaleza y vida moral. Marco Tulio Cicerón y Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 2008, pp. 167ss.

⁷³ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 104, a. 1.

vigente. Si estas determinaciones están hechas por institución divina en materias que miran a Dios, se llaman preceptos ceremoniales; si están hechas por institución divina, pero en cosas que miran a las relaciones de unos hombres con otros, se llaman preceptos judiciales⁷⁴. Si, en cambio, están hechas por institución humana, y respecto de aquellas materias que dicen relación directa con el logro del bienestar político de una comunidad particular, se llaman preceptos de derecho civil o de derecho positivo estricto. Es a este justo legal o positivo al que hemos dedicado la mayor parte de nuestro trabajo, porque la *determinatio* que se aplica a las normas de derecho civil parece ser el sentido focal de las *determinationes* en el pensamiento de Santo Tomás. Porque, de hecho, cuando el Aquinate trata de los preceptos ceremoniales y judiciales, da por supuesto todo lo indicado anteriormente a propósito del derecho positivo o simplemente legal.

Entonces, junto a las normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de *conclusión*, «hay otras normas que se derivan por vía de *determinación*; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural»⁷⁵. Luego, que los ladrones sean castigados es algo exigido por la justicia natural, pero la forma precisa de penalidad ha de ser puesta por la ley humana⁷⁶. Por esto concluye Santo Tomás que, si bien es cierto que la ley natural dicta que la pena se debe aplicar en relación a la culpa, la determinación de la pena según las condiciones de la persona y la concreta magnitud de la culpa corresponde al derecho positivo⁷⁷. Y así, «en ocasiones, tal pena o castigo es más grande en un tiempo que en otro, y en una región más que en otra, y en una *pólis* más que en otra, según la diferencia y variación de las inclinaciones y las costumbres de las gentes»⁷⁸.

Lo anterior explica por qué la norma positiva o civil no dice ‘no se debe matar’, sino que especifica los distintos tipos de homicidio sin detenerse en consideraciones acerca de la bondad o maldad del acto de matar (cuestión que ya está resuelta por la justicia natural). Entonces, más que obtenerse como una deducción desde lo justo natural, lo justo positivo «contiene los preceptos naturales»⁷⁹, tal y como toda proposición especulativa verdadera contiene de algún modo los primeros principios del pensamiento teórico (lo que se ve claramente, por aplicación del principio de no contradicción, en el hecho de que la contraria de toda proposición verdadera es necesariamente falsa).

Dado lo expuesto, una vez llevada a cabo la determinación, la norma resultante no es ya un derecho natural puro ni tampoco una norma natural positi-

⁷⁴ Cf. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 104, a. 1.

⁷⁵ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

⁷⁶ Cf. JOHN FINNIS, «The Truth in Legal Positivism», en ROBERT P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 195-214.

⁷⁷ SANTO TOMÁS, *In Sententiarum*, IV, d. 36, q. 1, a. 1.

⁷⁸ NICOLÁS DE ORESME, *In Ethicorum*, n. 10, p. 305.

⁷⁹ JORGE MARTÍNEZ, *Reconsideraciones sobre el pensamiento político de Santo Tomás de Aquino*, Mendoza, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, 1999, p. 208.

vada (que sería el derecho de gentes), sino sólo lo justo instituido 'arbitrariamente'⁸⁰, un conjunto de normas-complemento que surgen a partir de la libre inventiva del legislador humano⁸¹, aunque dentro de los márgenes de la delegación normativa que ha recibido éste para el ejercicio de sus funciones. Tales normas no reciben, al menos no directamente, su fuerza obligatoria desde los primeros principios del orden práctico, «sino sólo de su autor, el legislador positivo, que [...] goza de una delegación y ejerce un poder real aunque limitado. Crea, en el sentido fuerte de la palabra, nuevos preceptos, a condición de permanecer dentro de los límites de la delegación del poder legislativo, esto es, de no estatuir contra las exigencias de la ley natural»⁸², que son, de hecho, el único límite al ejercicio de su potestad (sin embargo, bien podría pensarse que también la delegación misma supone ya un límite al ejercicio de sus facultades).

En este sentido, la norma positiva no puede abrogar los mandatos y prohibiciones naturales; esto es, «no puede destruir la obligatoriedad de la norma jurídica natural que prescribe o prohíbe una conducta». Porque tal obligatoriedad no es extrínseca a la norma de justicia natural, sino un elemento constitutivo suyo, en tanto que dicha obligatoriedad «se asienta en un deber de justicia fundado en la naturaleza humana»⁸³. Por esta razón, una norma positiva verdadera no podrá estar en conflicto con la norma natural, aunque sí podrá, por ejemplo, disponer la limitación de algunos derechos en razón de la felicidad común, como cuando se suspenden derechos individuales que, por la misma justicia natural en que se fundan, están subordinados a ese bien común⁸⁴.

Así, y por razones de necesidad pública, puede limitarse el uso de ciertos bienes, o el ejercicio de ciertas libertades. Esto no supone una oposición entre lo justo legal y lo justo natural, sencillamente porque es de derecho natural el cumplimiento de las determinaciones de la autoridad y el logro del bien común en unas circunstancias particulares de lugar y tiempo (donde tales determinaciones son las más adecuadas). En estos casos, y otros semejantes, sea tolerando actos de suyo malos, sea sujetando a solemnidades la validez de los actos jurídicos, sea limitando en materias de su competencia la libertad o el dominio individual, con tal que obre con razón proporcionada y en vistas del bien común, la ley positiva no atenta contra la ley natural⁸⁵; y esto porque es su tarea especificarla y darle, aquí y ahora, una aplicación prudencial.

Por tanto, además de ser aplicable cuando de hecho se conforma con lo justo natural, el derecho positivo es también aplicable cuando es indiferente ante el

⁸⁰ MICHEL VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho. Los medios del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, p. 235.

⁸¹ Cf. DANIEL HERRERA, *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, Educa, 2005, p. 210.

⁸² GEORGES KALINOWSKI, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 69.

⁸³ HERVADA (1998), p. 173 (por ambas citas).

⁸⁴ Cf. FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 171.

⁸⁵ FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 171.

derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo⁸⁶, o incluso cuando el legislador, por la consideración de unas muy particulares circunstancias, decide la restricción de ciertos derechos en razón de la felicidad común. Ahora, independientemente de cuál sea el caso, lo que importa en cuanto a las determinaciones, es que una vez que la ley ha sido establecida, aquello que decide la autoridad deja de ser indiferente, porque entonces «observar esto es justo, y desecharlo es injusto»⁸⁷. «Por esto dice el Filósofo [...] que lo *justo legal es lo que, en principio, nada exige que sea así o de otro modo; mas una vez establecido, sí debe ser de un modo y no de otro*». Sin perjuicio de ello, si algo connota una oposición efectiva con la ley natural, «no puede hacerse justo por la voluntad de los hombres, como si se estableciera que es lícito robar o adulterar. Y por eso exclama *Isaías: ¡Ay de aquellos que redactan leyes inicuas!*»⁸⁸.

Con todo, Santo Tomás explica la naturaleza de la determinación apelando solamente al caso de la especificación de las penas y a la analogía entre la tarea del legislador y la actividad del artesano. Si bien esto es insuficiente, no obstante ello parece interesante, porque, en efecto, no existe una única manera de diseñar una casa⁸⁹. Muchos diseños diferentes son, sin ninguna duda, bastante razonables. Y es más: mientras que ciertas características del proyecto serán determinadas por las necesidades de la persona o la familia que ocupará la vivienda, otras serán simplemente materia de estilo y gustos⁹⁰.

Esta analogía con la actividad del artista se debe, piensa Finnis, a que una idea general, como ‘casa’ o ‘puerta’, por ejemplo, «tiene que concretarse en esta casa o puerta [...], con especificaciones que ciertamente se derivan de y están informadas por la idea general, pero que podrían haber sido más o menos diferentes en muchos aspectos y dimensiones particulares [...], y que por lo tanto exigen del artífice una multitud de elecciones»⁹¹. Por consiguiente, así como el artista, una vez fijado su propósito, no se queda en las cuestiones puramente especulativas que explican su tarea constructiva, sino que considera, asimismo, las condiciones particulares de lugar y tiempo en donde se ha propuesto la ejecución de su obra, así también el legislador «no considera sólo las leyes del hombre en cuanto hombre, sino que calcula los fines históricos y las más diversas contingencias, las que habrán de convertirse en la regla de su actividad cons-

⁸⁶ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, a. 5.

⁸⁷ SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1020.

⁸⁸ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 2. Según esto, observa Santo Tomás que «antes que se instituyeran las leyes, en nada difería hacer esto o aquello. Pero una vez instituidas [...] las cosas cambiaron, porque desde entonces lo justo va a consistir en observarlas y lo injusto en pasarlas por alto, como en cierta ciudad fue instituido que el cautivo sea redimido pagando un cierto precio, y que se sacrificara una cabra pero no dos ovejas».

⁸⁹ Cf. JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, «La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el *Comentario de la Ética a Nicómaco* de Santo Tomás de Aquino», en *Anuario Filosófico*, vol. 32 n.º 1, 1999, pp. 238-239.

⁹⁰ Cf. ROBERT P. GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 51-52.

⁹¹ FINNIS (1989), p. 284.

tructiva de la norma jurídica»⁹². De ahí que a la determinación también se le conozca como derivación *per modum artis*⁹³.

Si esta analogía entre el proceder de la autoridad y la actividad del artesano es cierta, este mismo ámbito de libertad creativa que posee el artista ha de darse también en el surgimiento del derecho positivo o civil. Por eso es que en opinión de George, «al igual que el arquitecto, el legislador dispondrá en muchos ámbitos de su ejercicio de una considerable medida de libertad creativa [...] por medio de la cual creará diestramente planes concretos de regulación que apunten a la coordinación de la conducta en miras del bienestar general de la comunidad, es decir, del bien común»⁹⁴. Esto porque, al igual que en las artes, donde la idea común tan sólo orienta la actividad del artesano sin especificarla en los detalles, la norma positiva está controlada pero no completamente determinada por lo justo natural⁹⁵.

Todo esto nos permite afirmar que Santo Tomás está lejos de menospreciar el papel constructor de la prudencia legislativa, básicamente porque el ordenamiento de justicia emanado de las determinaciones de la autoridad no es una *inventio*, o hallazgo, sino una *adinventio*⁹⁶, un *aedificatum*⁹⁷, una *constructio*⁹⁸, en el sentido fuerte de los términos. Por esto el ordenamiento de justicia emanado de las determinaciones del legislador no es puramente contemplado, dice Lachance, sino verdaderamente construido por la autoridad⁹⁹.

Un ejemplo de esto lo vemos a propósito de la división de la propiedad. Porque «la comunidad de los bienes se atribuye al derecho natural, no porque éste disponga que todas las cosas deban ser poseídas en común y que nada deba poseerse como propio, sino porque la distinción de posesiones no es según el derecho natural, sino según la *adiventio* humana, lo cual pertenece al derecho positivo»¹⁰⁰. De este modo, la propiedad de las posesiones no está contra el derecho natural, sino que es un desarrollo de éste hecho por la razón humana, una aplicación o concreción de lo justo natural según las necesidades particulares de una sociedad política que aspira a la felicidad común.

En definitiva, las materias sobre las que recae la *determinatio* no son sino aquellas que, de suyo, no requieren una decisión en algún sentido determinado, sino simplemente una decisión que excluya otras posibles¹⁰¹. Por eso la *deter-*

⁹² OLGIATI (1977), p. 262.

⁹³ GRANERIS (1979), p. 146.

⁹⁴ ROBERT P. GEORGE, «Natural Law», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 31, 2008, p. 189.

⁹⁵ Cf. FINNIS (1989), p. 284.

⁹⁶ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a. 3.

⁹⁷ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1.

⁹⁸ SANTO TOMÁS, *In Analytica Posteriora*, I, lect. 14.

⁹⁹ Cf. LOUIS LACHANCE, *Humanismo político. Individuo y Estado en Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 2001, p. 323.

¹⁰⁰ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 66, a. 2.

¹⁰¹ Cf. JOSÉ TOMÁS ALVARADO, *La determinación del derecho en Santo Tomás*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile (tesis de licenciatura), 1993, p. 14.

minatio se explica a partir del ámbito de lo indiferente, lo que no significa que la tarea creativa del legislador entrañe el ejercicio de una libertad absoluta. Esto significa, más bien, que la actividad inventiva de la autoridad es libre, pero dentro de los márgenes de la razonabilidad práctica, y sin que ello contravenga lo dispuesto por la justicia natural. De esta manera, escribe el Angélico, las normas positivas prohíben únicamente «lo que puede ser ocasión de males, o prescriben algo que ordena hacia la virtud»¹⁰².

Se sigue de todo lo expuesto que, para Santo Tomás, existe tanto un aspecto formal como un aspecto material de la justicia de estas *determinationes*. Y mientras que su aspecto formal dice relación con su grado de conformidad o disconformidad con los «principios del derecho que se encuentran en la razón natural», que no cambian, en relación con su aspecto material propone el Aquinate que «lo justo y lo bueno no es lo mismo en todos los sitios y para todos, sino que corresponde a la ley su determinación»¹⁰³.

Esto se debe a la mutabilidad de la naturaleza humana¹⁰⁴, a causa de la cual las cosas justas legales son semejantes a las medidas, escribe Aristóteles¹⁰⁵. Porque «las medidas de vino y de grano no son iguales en todas partes, sino que donde se compran son mayores y donde se venden son menores»¹⁰⁶. Por esta razón, concluye Santo Tomás que «lo que no es naturalmente justo sino establecido por los hombres no es lo mismo en todas partes, como en todas partes no es el mismo el castigo que se impone al robo»¹⁰⁷.

DOMINGO DE SOTO Y LA MODALIDAD DE LA DETERMINATIO

No hay que olvidar que Santo Tomás fue doctor común de los salmanticenses durante casi todo el siglo XVI¹⁰⁸, e incluso durante gran parte del siglo XVII. De ahí que cuando Domingo de Soto se pregunta por la naturaleza de la *determinatio*, no hace más que seguir las conclusiones y dichos del llamado *Doctor Sanctus*. De este modo, acepta tanto la cuestión de la utilidad de la ley humana como la idea de la doble derivación de la ley humana desde la ley natural, aunque discute, por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica del derecho de gentes.

Sin perjuicio de ello, no es el interés de Soto el mero replicar las ideas de Santo Tomás sobre la determinación. Esto se ve claramente en el hecho de que el salmanticense no se conforma con señalar que el derecho civil es el que se

¹⁰² SANTO TOMÁS, *In Sententiarum*, IV, d. 15, q. 3, a. 1.

¹⁰³ SANTO TOMÁS, *De Malo*, q. 2, a. 4.

¹⁰⁴ Cf. SANTO TOMÁS, *De Malo*, q. 2, a. 4.

¹⁰⁵ Cf. ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b 18 - 1135a 5.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b 18 - 1135a 5. En el mismo sentido, escribe Santo Tomás: «si bien siempre es justo que en una compra y venta se haga la transacción según lo equivalente, para medir el grano es justo que en cierto lugar o tiempo se dé una cantidad, y en otro lugar o tiempo no se dé ese tanto sino más o menos».

¹⁰⁷ SANTO TOMÁS, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1030

¹⁰⁸ IGNACIO JERICÓ BERMEJO, *Fray Luis de León*, Madrid, Agustiniana, 1997, pp. 34-35.

obtiene por vía de especificación desde el derecho natural; o que, por la indeterminación de lo justo natural, se hace necesario este derecho humano-positivo. Lo que realmente se ha propuesto el salmantino al recoger la doctrina tomista de la *determinatio*, es abordar la cuestión del modo en que esta forma de derivación de la ley humana es llevada a cabo. Porque, si del derecho de gentes sabemos, por Santo Tomás, que se deduce conclusivamente desde el derecho natural primario, del derecho positivo o civil, lo único que sabemos es que su modo de derivación se asemeja al trabajo del artista.

Según esto, observa Soto que el derecho civil nace a partir de un principio natural y de otra premisa que añade la voluntad humana. «Y así no se deduce por vía de ilación, sino por la *determinación* de un principio general en una ley especial», como en el siguiente ejemplo: «las cosas deben venderse en su justo precio; pues bien, el precio del trigo, teniendo en cuenta estas circunstancias de tiempo y lugar, es de cinco siclos»¹⁰⁹. Propuesto este caso, concluye Soto que el razonamiento que da origen al derecho positivo desde el derecho natural tiene la siguiente estructura: una premisa mayor, aquella que concierne al derecho natural, cual es que «las cosas deben venderse en su justo precio»; una premisa menor, que es la que depende de la voluntad de los hombres: «mas para establecer el precio del trigo hay que tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar»; una conclusión: «por razón de estas circunstancias, dicho precio será de cinco siclos». Y de la misma manera, aduce Soto, se concluye que «el ladrón debe de ser ahorcado»¹¹⁰.

Entonces, es la diversidad de circunstancias, «la diversidad de los asuntos y de los hechos humanos»¹¹¹, lo que impele al legislador a resolver lo que aquí y ahora debe tomarse por justo, aunque no caprichosamente¹¹², sino que en virtud de lo que sea más conveniente para la consecución de *este* bien común. Sólo así se explica que, además de lo justo por naturaleza, «la razón humana haya discurrido otras muchas leyes en conformidad con la diversidad de circunstancias. Y así, por ejemplo, una vez corrompida la naturaleza, el derecho de gentes estableció la división de las propiedades y cada pueblo estableció leyes propias conforme a la manera de ser de sus súbditos y a la condición de los lugares, como sucedió con las leyes de la prescripción, de la venta, y de otros contratos que existen entre los hombres»¹¹³, o incluso, como dice Carranza, como sucedió

¹⁰⁹ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

¹¹⁰ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

¹¹¹ DOMINGO RAMOS-LISSÓN, *La ley según Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 1976, p. 126.

¹¹² Cf. FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 173.

¹¹³ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, I, q. 4, a. 3. Las normas que fijan el precio del rescate en una libra, o las que establecen que la ofrenda de los dioses sea de una cabra y no de dos ovejas, se obtienen, asimismo, por vía de determinación. Todas ellas, en su conjunto, conforman el derecho positivo, que es, según la tesis de Soto, el que «no está determinado que sea de esta o de otra manera, sino que se determina cuando se establece». Por este motivo, se trata de un derecho «propio de una ciudad cualquiera, o de un reino cualquiera», como lo son «el derecho de prescripción, o hereditario, o de primogenitura», los cuales son distintos entre los distintos pueblos.

con las normas sobre el ayuno de cuaresma, o las que disponen el uso de imágenes dentro de los templos¹¹⁴.

También Santo Tomás admite que los ayunos que son de precepto pertenecen a lo justo positivo. Esto porque tales prácticas fueron mandadas por los concilios de obispos y corroboradas por las costumbres de los fieles. Estas determinaciones no atentan contra la libertad del pueblo elegido, «sino que más bien son útiles para impedir el ser esclavos del pecado, el cual va contra la libertad espiritual»¹¹⁵. De aquí les viene precisamente su caracterización de normas positivas, porque, además de que estas determinaciones proceden de la actividad creativa de la autoridad eclesiástica, han surgido por la necesidad de reforzar en los hombres la vida virtuosa¹¹⁶.

Dado lo expuesto, existiendo un ámbito de la realidad social que sea indiferente ante lo justo natural, puede el derecho positivo, por ejemplo, convertir en lícito lo que sin la intervención de la autoridad política no estaría sino en contra del derecho por naturaleza, aunque «no como si el derecho humano pudiese prejuzgar contra el derecho natural derogándolo en algún punto, sino porque puede poner, por parte del objeto, una circunstancia en virtud de la cual deje de ser de derecho natural lo que lo sería si no existiese esa circunstancia»¹¹⁷. Un ejemplo de esto lo vemos a propósito del derecho de prescripción, porque, según observa Molina, al que posee de buena fe algo ajeno, pasado todo el tiempo para prescribir, y habiendo cumplido las disposiciones de la ley, aun cuando el derecho natural ordena la restitución de lo ajeno, le es lícito el retenerlo a pesar de que se entere que es de otro¹¹⁸.

Tal derecho de prescripción, que ha sido introducido por la voluntad de los hombres¹¹⁹, es sólo uno de los casos en donde los salmanticenses, como Soto, han visto una aplicación de la doctrina de las *determinationes*. No significa esto que todo lo referido al derecho de prescripción pertenezca al ámbito de lo indiferente. La existencia misma de la prescripción (tanto de la adquisitiva como de la extintiva) pertenece a la ley natural¹²⁰, sencillamente porque su existencia la debemos a una condición de nuestra naturaleza: su finitud. Sin embargo, la especificación de un cierto plazo de prescripción o de los procedimientos legales exigidos para que ésta opere jurídicamente, no son más que elecciones de la autoridad. Porque, «¿qué tiempo se ha de fijar para la prescripción? Esto no está determinado por el derecho natural, sino que queda a la determinación de las leyes positivas»¹²¹. Y así, la misma razón natural manda que estas leyes cambien de tiempo en tiempo, y de ciudad en ciu-

¹¹⁴ Cf. BARTOLOMÉ CARRANZA DE MIRANDA, *Catechismo Christiano*, fol. 215v.

¹¹⁵ SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, q. 147, a. 3.

¹¹⁶ Cf. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

¹¹⁷ LUIS DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, I, disp. 4, 9.

¹¹⁸ Cf. LUIS DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, I, disp. 4, 9.

¹¹⁹ Cf. FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 17, n. 3.

¹²⁰ FERNÁNDEZ CONCHA (1887), p. 175.

¹²¹ CATHREIN (1958), p. 201.

dad¹²²; de ahí que Soto escriba que «uno es el derecho de los atenienses, y otro el de los romanos»¹²³.

Con todo, esta variación de las normas positivas existe, como ya hemos intentado mostrar, porque respecto de ciertas materias «hay una indiferencia en cuanto a lo que es propio de la naturaleza humana, y desde esa indiferencia e indeterminación se entiende la múltiple diversidad de formas que adquiere lo que es propio del derecho positivo»¹²⁴, que, incluso, observa Soto, «puede estorbar la voluntad del dueño, y también contra su misma voluntad privarle de sus bienes»¹²⁵, como sucede en el caso de las expropiaciones por causa del interés común¹²⁶.

En definitiva, concluye el salmantino, «cuando una cosa no sólo no es contraria al derecho natural, sino que además es conveniente según el tiempo y lugar, en este caso la voluntad humana, si es que se halla investida de la pública autoridad, puede hacer que lo que se estableció sea justo. Y, en este caso, como dijo Aristóteles, lo que antes no expresaba nada, desde este momento lo expresa»¹²⁷. Así, «es necesario descender de los mismos principios universales a lo particular, para acomodarlos a las circunstancias de lugar y de tiempo»¹²⁸, aunque no como si la tarea del legislador se llevara a cabo con una absoluta libertad inventiva, sino como si sus disposiciones encontraran un marco de referencia normativo y de legitimidad en la ley natural.

LA DETERMINATIO Y SU VALOR CREATIVO EN FRAY LUIS DE LEÓN

Cuando Fray Luis de León se ocupa del problema de la determinación, lo hace buscando hacer frente a los movimientos reformistas del siglo XVI. Su preocupación está, por tanto, más allá de la simple reproducción de las ideas de sus predecesores acerca de la ley y del derecho. Esto porque algunos reformadores han negado que la autoridad eclesiástica tenga la potestad suficiente como para dictar normas fuera de las preceptuadas por el derecho divino. De ahí que su tratamiento de la determinación se refiera más al valor creativo de ésta que a su función meramente completiva; y esto por una razón muy sencilla: Fray Luis de León está intentando reposicionar a la Iglesia en el ejercicio de sus facultades legislativas.

Este intento por recuperar la tradición escolástica de la ley humana (tanto civil como eclesiástica) también está presente entre otros salmantinos como

¹²² DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Relectio cap. quanvis pactum. De pactis*, lib. VI, 4.

¹²³ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

¹²⁴ MARÍA IDOYA ZORROZA, «Fundamentos morales del contrato y de la propiedad en Domingo de Soto», en JUAN CRUZ (ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 2007, p. 215.

¹²⁵ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, IV, q. 5, a. 1.

¹²⁶ Cf. ZORROZA (2007), p. 218.

¹²⁷ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 2.

¹²⁸ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, I, q. 5, a. 1.

Pedro de Aragón. Según éste, mientras que la ley natural determina o dicta lo que es justo o adecuado al hombre por la misma razón natural, la ley positiva, en cambio, dicta lo que es justo por la voluntad del legislador, y en función del recto gobierno de una república determinada y para un tiempo determinado¹²⁹. Por eso la especificación de una pena concreta¹³⁰, o el modo cómo ha de dividirse el tesoro en un campo ajeno¹³¹, o la determinación de las formalidades que se han de cumplir en los juicios¹³², no es algo mandado por la ley natural, sino por la ley humana, «la que en función del bien común habrá de elegir de las muchas posibles determinaciones, la que sea más conveniente»¹³³.

Luego, tanto Fray Luis de León como Pedro de Aragón ponen de relieve la necesidad de superar el espacio de indeterminación existente en el derecho. Así, proponen que la mayoría de las conductas o materias sociales y políticas indiferentes ante lo justo natural deberían regularse mediante leyes positivas¹³⁴. Esto no sólo para restringir la discrecionalidad del gobernante a lo mínimo posible, sino, sobre todo, por la necesidad de darle existencia histórica y, por cierto, efectividad a los requerimientos indeterminados de la justicia natural.

Dado lo anterior, que una ley humano-positiva se derive de la ley natural no significa que sea constituida por ella o que sus contenidos sean establecidos por lo justo natural. Lo que significa, observa Fray Luis de León, es que la ley humana obtenida por simple determinación, e incluso como una conclusión meramente probable de la ley natural, pretende el mismo fin que la ley natural¹³⁵, aun cuando se haga cargo de materias que de suyo no pertenecían a lo justo por naturaleza. Esto origina que aunque una ley humana no sea propiamente constituida por la ley natural, ni su materia se derive de ésta, sí al menos, y sólo en algún grado, su fuerza obligatoria, «por pretender el mismo fin y obligar a los súbditos, por razones distintas y por diferentes grados de exigencia, a intentar alcanzarlo»¹³⁶.

Ahora bien, es tarea de lo justo positivo disponer sobre aquellas materias originariamente indiferentes ante lo justo natural, aunque sin contravenir los requerimientos de la recta razón. Por este motivo reprueba Fray Luis de León la tesis de Gerson, para el cual «no existe autoridad humana, eclesiástica o civil alguna capaz de dictar leyes nuevas». De manera que cuando la autoridad humana proclama alguna ley, no hace más que «enseñar y esclarecer lo que esa ley ya antiguamente tenía fijado por ley natural o por ley divina». Y así, a propósito de la ley del ayuno, «dicen éstos [Fray Luis de León se está refiriendo a Gerson y Almaino¹³⁷] que la Iglesia en tal tiempo no dio ley nueva nin-

¹²⁹ PEDRO DE ARAGÓN, *De Justitia et Jure*, q. 60, a. 5.

¹³⁰ PEDRO DE ARAGÓN, *De Justitia et Jure*, q. 85, a. 1.

¹³¹ PEDRO DE ARAGÓN, *De Justitia et Jure*, q. 66, a. 5.

¹³² PEDRO DE ARAGÓN, *De Justitia et Jure*, q. 67, a. 2.

¹³³ PEDRO DE ARAGÓN, (1978), p. 128.

¹³⁴ Cf. CASTILLO (1998), p. 368.

¹³⁵ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 7, a. 3.

¹³⁶ CASTILLO (1998), p. 402.

¹³⁷ JACOBO ALMAINO, *De Potestate Ecclesiastica*, fol. 18.

guna, sino sólo esclareció y enseñó aquello mismo que había sido prescrito por la ley divina»¹³⁸.

Este rechazo a las ideas de Gerson parece estar justificado por el hecho de que su teoría de la ley humana (la de Gerson), la cual no puede obligar sino en la medida que sirva para hacer explícito el derecho divino, «será, en los siglos posteriores [...] la divisoria de aguas entre los reformistas y los defensores del poder establecido»¹³⁹. Así, observa Gerson que toda ley canónica o civil que no sea una deducción de la ley divina adolece de invalidez¹⁴⁰. Por esta razón, solamente Dios puede dar preceptos imperativos o prohibitivos bajo pena de condenación eterna¹⁴¹.

Las objeciones de Fray Luis de León a las ideas de Gerson se deben, primordialmente, a que para el salmantino lo justo civil o positivo no es una mera transcripción de lo justo natural. Al contrario, la ley humana puede decretar algo que ni por la ley natural ni por la ley divina fue decretado jamás¹⁴². Esto se prueba, le parece a Fray Luis de León, por las propias palabras de Aristóteles, para quien lo justo legal es aquello que antes de la disposición de la autoridad, «esto es, antes de dar la ley, es indiferente —se puede dexar de hazer y azer—»¹⁴³, pero que «una vez establecida la ley, deja de ser indiferente; como cuando se establece que el rescate cueste una mina, o que haya que sacrificar una cabra y no dos ovejas»¹⁴⁴. Así, «mediante las leyes humanas se han establecido muchas cosas que, antes de promulgarse las leyes, eran indiferentes, y en consecuencia no están prohibidas ni prescritas por derecho natural o divino alguno»¹⁴⁵.

Este rechazo de Fray Luis de León a las ideas de Gerson se extiende también a las tesis de Lutero, que niega la autoridad legislativa de la Iglesia¹⁴⁶, y que afirma que nada puede creerse ni aceptarse fuera de lo preceptuado por la voluntad divina en las Escrituras¹⁴⁷. Por esto es que las autoridades humanas no podrán establecer nuevas disposiciones fuera de las contenidas en la Palabra de Dios¹⁴⁸. Esta opinión de Lutero no representa, sin embargo, una idea predominante entre los maestros de la Universidad de Wittenberg. Todo lo contrario. La opinión preponderante acerca del alcance de las potestades humanas en mate-

¹³⁸ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 7, a. 3. Debe apuntarse, no obstante, que las objeciones de León a las ideas de Gerson parecen haberse extendido más allá de las conclusiones del otrora Canciller de la Universidad de París; porque cuando Gerson rechaza la potestad legislativa de los hombres, a lo que se está oponiendo es a la capacidad inventiva de la Iglesia, y no necesariamente a la existencia de determinaciones autoritativas en el derecho civil.

¹³⁹ PAOLO PRODI, *Una storia della giustizia*, Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 168.

¹⁴⁰ JUAN GERSON, *De Vita Spiritualis Animae*, lect. 4, cor. 5.

¹⁴¹ JUAN GERSON, *De Vita Spiritualis Animae*, lect. 4, proemio.

¹⁴² Cf. Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 7, a. 3.

¹⁴³ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 7, a. 3.

¹⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b 18-20.

¹⁴⁵ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 7, a. 3.

¹⁴⁶ MARTÍN LUTERO, *De Virtute Indulgentiarum*, a. 4.

¹⁴⁷ Cf. MARTÍN LUTERO, *De Servo Arbitrio*, XII.

¹⁴⁸ Cf. JUAN CASTILLO, *El mundo jurídico en Fray Luis de León*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, p. 192.

ria legislativa parece ser la de Melanchthon, el cual, y en firme rechazo a la radicalidad de las posturas luteranas¹⁴⁹, habría afirmado que junto a la ley divina o natural, que trata acerca de lo necesario e igualmente obligatorio para todos los hombres, existe también el derecho humano o simplemente legal, que es el que manda sobre lo indiferente¹⁵⁰.

En directa continuidad con las conclusiones de Fray Luis de León acerca del alcance de las potestades legislativas de los hombres, escribe Vázquez de Belmonte que «hay que suponer como cierto que pueden ser mandadas muchas cosas por la ley humana, tanto civil como eclesiástica, que antes no estaban mandadas ni prohibidas ni por la ley natural ni por la ley divina [...], porque si el Sumo Pontífice o el Jefe de Estado no pueden establecer con sus leyes lo que no esté ya mandado en la ley divina o natural, se sigue que no tienen ningún poder de dar leyes, sino tan sólo de declararlas»¹⁵¹.

Con esto se concluye que no hay inconveniente alguno en la afirmación luisiana de que hay cosas que empiezan a ser justas y honestas por razón de la voluntad humana¹⁵²; y así, «lo que se manda en la ley humana no es por esencia bueno y justo sino porque ha sido mandado»¹⁵³, a diferencia de lo que está bajo la ley natural, que es siempre bueno y necesario para conseguir la perfección moral. Se confirma con esto la idea de los doctores, según la cual, en cuanto a la virtud, «unas cosas son necesarias por su naturaleza, y esas son las cosas justas naturales, y por ello se prescriben por ley. Otras, en cambio, son necesarias para afianzar la virtud por disposición de la ley, y esas son las cosas justas legales, puesto que, excluida la ley, no serían necesarias, por más que sí útiles y cumplideras»¹⁵⁴.

Supuesto eso, observa Fray Luis de León, «la ley humana, al prescribir algo, no sitúa la rectitud de lo mandado en el acto mismo, ni hace que resulte ser concorde con la recta razón, sino sólo instala la obligación de que se haga. Y así, pueden estarse al mismo tiempo estas dos cosas, a saber: que todo acto preceptuado por la ley humana sea conforme a la razón por su propia naturaleza, y también que ese acto no pertenezca a la ley de la naturaleza, sino a la ley humana, puesto que la obligación de hacerlo nació de la ley humana solamente. En efecto, no estamos obligados a hacer todo lo que es concorde con la razón —y sin embargo, estamos obligados a hacerlo sólo cuando lo preceptúa la ley humana—»¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Cf. MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ, *La modernidad discutida. Iurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1998, p. 160.

¹⁵⁰ Cf. FELIPE MELANCHTHON, *In Ethicorum*, V, 7. Para una mejor consideración de la tesis melanchthoniana de la ley y la justicia natural, véase MANFRED SVENSSON, «Felipe Melanchthon y Joachim Camerarius. La recepción de la idea de ley natural en dos comentaristas aristotélicos del protestantismo de primera generación», en *Cuadernos de extensión jurídica*, n.º 17, 2009, pp. 33-48.

¹⁵¹ GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE, *In Primam Secundae Sancti Thomae*, q. 90, a. 1, disp. 154.

¹⁵² Cf. Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 5, a. 3.

¹⁵³ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 5, a. 3.

¹⁵⁴ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 6, a. 2.

¹⁵⁵ Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 6, a. 2.

CONSIDERACIONES FINALES

Una vez que hemos tratado de la *determinatio* en Santo Tomás, de su naturaleza, de su recepción entre los salmanticenses, y de su doble funcionalidad como mecanismo de positivación de lo justo natural en la comunidad política, lo primero que quisiéramos poner de relieve es la cuestión de la necesidad (y no sólo utilidad) de las leyes positivas. Éstas surgen, como se ha dicho, porque la ley natural no alcanza a regular cada uno de los aspectos de la vida social; por eso han de añadirse, *ex humana industria*, otras normas que completen lo justo por naturaleza y que puedan aplicarse directamente a nuestras acciones. Tales normas son el resultado de la libertad creativa de la autoridad, que no legisla *ex nihilo*¹⁵⁶, sino a partir de una serie de presupuestos normativos previos que expresan las inclinaciones y tendencias básicas del ser humano¹⁵⁷.

Por esta razón, Santo Tomás ha insistido que también las leyes civiles, y no sólo las normas del derecho de gentes, «han de proceder del instinto natural, tal y como toda invención humana en las ciencias demostrativas tiene su origen en los principios naturalmente conocidos»¹⁵⁸. Es esto lo que explica que las determinaciones de la autoridad sean dictámenes de la razón práctica que llegan a soluciones concretas a partir de un proceso que, dice Ayuso, se inicia en los preceptos de la ley natural como en sus principios generales e indemostrables, y que aspiran a constituirse en reglas de prudencia que regulen la vida social¹⁵⁹. Esto porque, observa Finnis, muchos de los asuntos a los que debe enfrentarse la autoridad política no están completamente resueltos por lo justo natural¹⁶⁰.

Nada se opone, de esta forma, a que la ley de la naturaleza pueda sufrir modificaciones aditivas a causa de las determinaciones del legislador. Así, no existe problema en afirmar que lo justo natural pueda ser completado de esta manera, escribe Soto¹⁶¹. Es más, «todo lo que manda la ley humana, una vez mandado, pertenece a la ley natural. Primero, porque una vez mandado, tiene condición de justo y bueno, necesario para conservar la virtud. Segundo, porque la ley natural, nacida de la inclinación natural que tiene el hombre a la vida civil y política, manda que el hombre obedezca al Estado o al que lo representa, ya que sin esta obediencia no puede durar la vida política»¹⁶².

También debe ponerse de relieve el carácter obligatorio de las determinaciones. El propio derecho natural exige, como ya hemos apuntado, que los hombres se sometan a sus legisladores. Así lo han entendido los escolásticos, para

¹⁵⁶ Cf. GARCÍA-HUIDOBRO (1993), p. 214.

¹⁵⁷ CAMILA HERRERA, «La dimensión jurídica de la ley natural y su lugar en el orden normativo vigente. Consideraciones desde el realismo jurídico», en *Dikaion*, n.º 17, 2008, p. 41.

¹⁵⁸ SANTO TOMÁS, *Summa Contra Gentiles*, III, 123.

¹⁵⁹ Cf. MIGUEL AYUSO, *De la ley a la ley*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 32-33.

¹⁶⁰ Cf. JOHN FINNIS, «A propósito del derecho a la vida», en PEDRO SERNA (ed.), *El Derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 236.

¹⁶¹ DOMINGO DE SOTO, *De Legibus*, lin. 1272-1275.

¹⁶² Fray LUIS DE LEÓN, *De Legibus*, q. 5, a. 3.

quienes siempre hemos de cumplir las prescripciones de la autoridad ¹⁶³, a pesar de que éstas no revistan un carácter necesario *per se* como las normas del derecho natural.

Ahora bien, para la elaboración de sus determinaciones, que, como hemos visto, son esencialmente obligatorias, aunque variables y contingentes (y es fundamental que sea así), el legislador humano goza de una cierta libertad creativa. Santo Tomás piensa que esta libertad del legislador es tal, que, por ejemplo, la especificación de las penas queda entregada a su entera discrecionalidad, siempre que el ejercicio de esa discrecionalidad no sea contrario a la recta razón ¹⁶⁴. Dicha libertad inventiva del legislador se traduce en una potestad para hacer mutar lo que es justo por naturaleza, a partir de una serie de concreciones o construcciones autoritativas que sean indispensables para la consecución del bienestar social ¹⁶⁵.

En la particularización de estas determinaciones el legislador es completamente libre; las normas naturales operan solamente como principios de orientación de su búsqueda de lo justo en el caso concreto. Lo importante, sin embargo, es que estas determinaciones mantengan, al menos mediatamente, una vinculación racional con los principios generales de la moralidad ¹⁶⁶. Dado esto, lo propio de las leyes positivas no es ser meras explicitaciones de lo justo natural. Si así lo fueran, la ley humana sería radicalmente imperfecta, porque dejaría de atender a los aspectos que hacen justamente posible la comprensión y el cumplimiento aquí y ahora de lo preceptuado por la recta razón ¹⁶⁷.

Por lo tanto, bien puede concluirse que a lo justo positivo se lo tiene por ley siempre que no hay ley ¹⁶⁸, esto es, siempre que se mantenga en el derecho un espacio de indeterminación. Esto se traduce en que las especificaciones de la autoridad vienen exigidas por el propio carácter incompleto de lo justo natural. Porque, a pesar de que se trata éste del sustrato originario de la justicia, es sin embargo insuficiente para ordenar la vida moral y política. Por ello debe ser concretado, determinado y desarrollado en función del bien común político de cada pueblo ¹⁶⁹. Entonces, lo justo positivo obliga siempre; «sólo si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar» ¹⁷⁰.

¹⁶³ FRANCISCO DE VITORIA, *De Justitia*, q. 57, a. 2.

¹⁶⁴ Cf. SANTO TOMÁS, *Quodlibetales*, I, q. 9, a. 2.

¹⁶⁵ ROBERT P. GEORGE, «Derecho natural y derecho positivo», en *Persona y Derecho*, n.º 39, 1998, p. 232.

¹⁶⁶ JOHN FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 267.

¹⁶⁷ Cf. FRANCISCO PUY, *Lecciones de derecho natural. Introducción a la ciencia del derecho natural*, Santiago de Compostela, Porto Editores, ²1970, p. 344.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ LUÑO (2006), p. 198.

¹⁶⁹ ÁNGEL RODRÍGUEZ LUÑO, «Del derecho positivo a la justicia», en *Nuntium*, n.º 9, 2003, p. 46.

¹⁷⁰ JUAN CRUZ, *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, Pamplona, Euns, 2009, p. 70.

Dado lo expuesto, el derecho natural «no pervive solitario en la idea, aislado del derecho positivo con el que evitaría todo contacto»¹⁷¹. Al contrario, está llamado a concretizarse y tomar una forma histórica determinada mediante su positivación¹⁷². Por esto es que no existe como un ordenamiento de justicia independiente del derecho natural, sino como encarnado en las construcciones autoritativas del legislador¹⁷³. Precisamente en esto consiste el arte de gobernar¹⁷⁴, en posicionar como derecho vigente aquello que tan sólo de manera indeterminada regula nuestras acciones. En decidir libremente cuáles normas positivas son las más convenientes para el logro del bienestar social aquí y ahora. En darle una aplicación prudencial a los requerimientos universales de la justicia natural, que inclusive puede traducirse en la restricción de ciertas libertades por causa de la necesidad pública. Pero, por sobre todo, en desarrollar una capacidad constructiva y concretizadora de lo justo natural según unas muy particulares circunstancias de lugar y tiempo, dentro de los márgenes de la razonabilidad práctica, y sin que ello signifique una contravención a la ley natural. Porque, como ya se afirmara en el *Digesto*, «el derecho positivo puede siempre alterar los derechos civiles, mas nunca los derechos naturales»¹⁷⁵.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras de Santo Tomás

- Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, Pamplona, Eunsa, 2002-2008. Edición de Juan Cruz.
- Comentario de la Ética a Nicómaco*, Buenos Aires, Ciafic, 1983. Traducción de Ana Mallea.
- Comentario de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2002. Traducción de Ana Mallea y Marta Daneri-Rebok.
- Cuestiones disputadas sobre el mal*, Pamplona, Eunsa, 1997. Traducción de Ezequiel Téllez.
- Quaestiones quodlibetales*, Roma, Marietti, 1949. Edición de Raymundi Spiazzi.
- Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1954-1960. Edición bilingüe y traducción de una comisión de Padres Dominicos presidida por Francisco Barbado, O.P.
- Suma contra los gentiles*, Madrid, BAC, 2006. Edición bilingüe y traducción de Laureano Robles y Adolfo Robles Sierra.
- Opera omnia*, Roma, Commissio Leonina, 1989. Edición crítica dirigida por los Padres Predicadores.

¹⁷¹ ANTONIO MESSINEO, «Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza», en *Civiltà Cattolica*, n.º 83, 1932, p. 494.

¹⁷² ANA MARTA GONZÁLEZ, *Claves de ley natural*, Madrid, Rialp, 2006, p. 157.

¹⁷³ Cf. RHONHEIMER (2000), p. 500.

¹⁷⁴ Cf. RUSSELL HITTINGER, «Introduction», en HEINRICH ROMMEN, *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998, pp. xi ss.

¹⁷⁵ JUSTINIANO, *Digesto*, 4, 5, 8.

Otras fuentes clásicas

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araujo.
- BARTOLOMÉ CARRANZA DE MIRANDA, *Comentarios sobre el Catechismo Christiano*, Madrid, BAC, 1972. Edición crítica de José Ignacio Tellechea.
- DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Relectio cap. quanvis pactum. De pactis*, Salamanca, 1573.
- DOMINGO BAÑEZ, *El derecho y la justicia. Decisiones «De iure et iustitia»*, Pamplona, Eunsa, 2008. Traducción de Juan Cruz.
- DOMINGO DE SOTO, *De legibus*, Granada, Universidad de Granada, 1965. Edición de Francisco Puy.
- *De iustitia et iure libri decem. De la justicia y el derecho en diez libros*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968. Traducción de Marcelino González.
- FELIPE MELANCHTHON, *Opera quae supersunt omnia. In Ethicorum*, Halle-Braunschweig, C.A. Schwetschke, 1834-1860. Corpus Reformatorum 1-28.
- FRANCISCO DE ARAÚJO, *Las leyes*, Pamplona, Eunsa, 2010. Traducción de Juan Cruz.
- FRANCISCO DE VITORIA, *La justicia*, Madrid, Tecnos, 2001. Traducción de Luis Frayle Delgado.
- FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, Madrid, CSIC, 1971-1981. Edición crítica bilingüe de Luciano Pereña.
- FRAY LUIS DE LEÓN, *De legibus. Tratado sobre la ley*, Madrid, San Lorenzo de El Escorial, 2005. Traducción de José Barrientos García.
- GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE, *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*, Alcalá, 1605.
- JACOBO ALMAINO, *De potestate ecclesiastica*, París, 1518.
- JUAN DE SANTO TOMÁS, *Cursus theologicus in Summam Theologicam*, París, Ludovicus Vives, 1886.
- JUAN GERSON, *Opera omnia. Liber De vita spirituali animae*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1987.
- LUIS DE MOLINA, *Los seis libros de la justicia y el derecho*, Madrid, Cosano, 1944. Traducción de José Fraga Iribarne.
- MARCOS DE SANTA TERESA, *Compendio de moral salmanticense*, Pamplona, Imprenta de José de Rada, 1805.
- MARTÍN LUTERO, *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Weimar, Böhlau, 1883.
- NICOLÁS DE ORESME, *Le livre de Étiques d'Aristote*, Nueva York, G. E. Stecuert & Co. Publishers, 1940.
- PEDRO DE ARAGÓN, *In secundam secundae D. Thomae commentaria. De justitia et jure*, Salamanca, 1590.
- PEDRO MARTÍNEZ DE OSMÁ, *Comentario a la Ética de Aristóteles*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996. Edición de José Labajos.
- SAN ALBERTO, *De bono*, Münster, Aschendorff, 1951.

Bibliografía secundaria

- ADLER, MORTIMER, «Una cuestión acerca de la ley», en BRENNAN, ROBERT (ed.), *Ensayos sobre el Tomismo*, Madrid, Ediciones Morata, 1962, pp. 257-318.
- ALVARADO, JOSÉ TOMÁS, *La determinación del derecho en Santo Tomás*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1993 (tesis de licenciatura).
- AYUSO, MIGUEL, *De la ley a la ley*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

- BARRIENTOS GARCÍA, JOSÉ, *El Tratado «De justitia et jure» de Pedro de Aragón*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1978.
- CASTILLO, JUAN, *El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el Tratado «De Legibus»*, Burgos, Universidad de Burgos, 1998 (tesis doctoral).
- *El mundo jurídico en Fray Luis de León*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000.
- CATHREIN, VICTOR, *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, Madrid, Reus, 1958.
- CORSO DE ESTRADA, LAURA, *Naturaleza y vida moral. Marco Tulio Cicerón y Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 2008.
- CRUZ, JUAN, *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, Pamplona, Eunsa, 2009.
- CUNNINGHAM, STANLEY, *Reclaiming Moral Agency. The Moral Philosophy of Albert the Great*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 2008.
- ENDICOTT, TIMOTHY, *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006.
- FERNÁNDEZ, CLEMENTE (ed.), *Philosophiae Scholasticae Summa*, Madrid, BAC, 1952.
- FERNÁNDEZ CONCHA, RAFAEL, *Filosofía del derecho o derecho natural*, Barcelona, Tipografía Católica, 1887.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, ANTONIO, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Ceura, 31982.
- FINNIS, JOHN, «On The Critical Legal Studies Movement», en EEKELAAR, JOHN (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- «The Truth in Legal Positivism», en GEORGE, ROBERT P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- «A propósito del derecho a la vida», en SERNA, PEDRO (ed.), *El Derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- GARCÍA, IÑIGO, *La bondad y malicia de los actos humanos según Juan Poinsoot*, Pamplona, Cuadernos de Anuario Filosófico, 2010.
- GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, Edeval, 1993.
- «La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el *Comentario de la Ética a Nicómaco* de Santo Tomás de Aquino», en *Anuario Filosófico*, vol. 32, n.º 1, 1999, pp. 225-250.
- «Averroes y el derecho natural. Análisis de su comentario a un texto aristotélico», ponencia en la primera sesión de las conferencias bimensuales de la Sociedad Chilena de Filosofía Cristiana, 2011 (texto no editado).
- GEORGE, ROBERT P., «Derecho natural y derecho positivo», en *Persona y Derecho*, n.º 39, 1998, pp. 219-236.
- *Entre el Derecho y la Moral*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009.
- «Natural Law», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 31, 2008, pp. 171-196.
- GONZÁLEZ, ANA MARTA, *Claves de ley natural*, Madrid, Rialp, 2006.
- GRANERIS, GIUSEPPE, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- HENLE, ROBERT JOHN, *The Treatise on Law*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002.
- HERRERA, CAMILA, «La dimensión jurídica de la ley natural y su lugar en el orden normativo vigente. Consideraciones desde el realismo jurídico», en *Dikaion*, n.º 17, 2008, pp. 29-48.
- HERRERA, DANIEL, *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, Educa, 2005.
- HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 91998.
- *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 31996.
- «Matrimonio y derecho natural», en *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1986.

- HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 32000.
- HITTINGER, RUSSELL, *The First Grace. Rediscovering the Natural Law in a Post-Christian World*, Wilmington, ISI Books, 2003.
- «Introduction», en ROMMEN, HEINRICH, *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998.
- JERICÓ BERMEJO, IGNACIO, *Fray Luis de León*, Madrid, Agustiniana, 1997.
- JUSTINIANO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1968-1975. Edición de Álvaro d'Ors.
- KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- KLUXEN, WOLFGANG, *L'etica filosofica di Tommaso d'Aquino*, Milano, Vita e Pensiero, 2005.
- LACHANCE, LOUIS, *Humanismo político. Individuo y Estado en Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 2001.
- LOCKE, JOHN, *Political Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MARTÍNEZ, JORGE, *Reconsideraciones sobre el pensamiento político de Santo Tomás de Aquino*, Mendoza, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, 1999.
- MESSINEO, ANTONIO, «Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza», en *Civiltà Cattolica*, n.º 83, 1932, pp. 417-431.
- OLGIATI, FRANCESCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1977.
- OLLERO, ANDRÉS, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.
- PIZZORNI, REGINALDO, *La filosofía del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, Studio Domenicano, 42003.
- PRODI, PAOLO, *Una storia della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- PUY, FRANCISCO, *Lecciones de derecho natural. Introducción a la ciencia del derecho natural*, Santiago de Compostela, Porto Editores, 21970.
- RAMOS-LISSÓN, DOMINGO, *La ley según Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 1976.
- RHONHEIMER, MARTIN, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- ROBLES, GREGORIO, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 62003.
- RODRÍGUEZ, MANUEL JESÚS, *La modernidad discutida. Iurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 1998.
- RODRÍGUEZ LUÑO, ÁNGEL, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 52006.
- «Del derecho positivo a la justicia», en *Nuntium*, n.º 9, 2003, pp. 45-50.
- SVENSSON, MANFRED, «Adiaphora en el pensamiento de Locke», ponencia en Quintas Jornadas de Filosofía Moderna, 2011 (texto no editado).
- «Felipe Melanchthon y Joachim Camerarius. La recepción de la idea de ley natural en dos comentaristas aristotélicos del protestantismo de primera generación», en *Cuadernos de extensión jurídica*, n.º 17, 2009, pp. 33-48.
- VILLEY, MICHEL, *Compendio de filosofía del derecho. Los medios del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- WALDSTEIN, WOLFGANG, «Derecho positivo y ley natural», en *Nuntium*, n.º 9, 2003, pp. 32-36.
- ZORROZA, MARÍA IDOYA, «Fundamentos morales del contrato y de la propiedad en Domingo de Soto», en CRUZ, JUAN (ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 2007, pp. 199-221.

