

NOTAS PARA UNA METODOLOGIA JURIDICA REALISTA A PARTIR DE UNA LECTURA DE TOMAS DE AQUINO

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la obra del Aquinate, la reflexión jurídica ocupa un lugar de importancia, quizá no tanto por la extensión de la misma, como por la trascendencia que tuvo para su época y por la permanente influencia que, desde entonces, ha conservado.

Tomás de Aquino se ocupa, en efecto, del concepto de derecho,¹ de los diferentes analogados del mismo² y del modo de determinar aquél.³ Este último punto, entre los recién señalados tal vez el menos estudiado por autores posteriores,⁴ creemos que tiene en la actualidad una importancia significativa, por lo que a él se dedicarán las páginas siguientes.

En este aspecto el Aquinate actúa como un admirable sintetizador de la tradición jurídica romana, en el horizonte de los postulados filosóficos aristotélicos. El resultado fue novedoso para su época ya que rompió la hegemonía del agustinismo político-jurídico al introducir, por un lado, fuentes preferentemente paganas como argumentos de autoridad de lo jurídico y, por otro, una metodología que pone el eje de la tarea creativa del derecho no en la ley —en el legislador, en ese momento preponderantemente divino— sino, por el contrario, en la prudente decisión judicial.⁵

¹ Cfr. *Suma Teológica* (citamos por la edición bilingüe de la Biblioteca de Autores Cristianos, en adelante ST), esp.: II-II, 57.1.

² ST, entre otros sitios, II-II, 57, 1 ad 1 y 2; II-II, 60 y I-II, 90-97.

³ Para este aspecto, cfr. esp. ST, II-II, 47-49.

⁴ EN MICHEL VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique. Ou le bon usage des dialogues* (en adelante, *Questions*), Puf, París, 1987, encontramos un sugestivo planteamiento del camino metodológico previo a la decisión empleado por Tomás de Aquino. Más concentrados en los criterios presentes en la decisión, son los trabajos de Andrés Ollero, "Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino", en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 43-53 y de JOAQUÍN GARCÍA-HURDOBO, *La ley natural y la formación del derecho en Tomás de Aquino*, tesis doctoral, Pamplona, 1989, pp. 327-331.

⁵ Esto no significa que Tomás de Aquino niegue valor a la ley. Antes al contrario, ésta aparece como, quizá, el elemento más importante entre las fuentes del derecho (cfr. esp. ST, I-II, 95, ad. 2; 96,1c o 97, 2c). Sin embargo, su carácter de "regla y medida" (ST, I-II, 90, 1c) y de "cierta razón del derecho" (ST, II-II, 57, 1 ad 2) muestra con claridad su posible falibilidad (cfr. ST, I-II, 91, 3 ad 3; 96, 1, ad 3; 97, 2c) o su impotencia para abarcar, en muchas oportunidades, el problema dado (cfr. ST I-II, 95, 1 ad 2 y ad 3; 96, 6c; 97, 1, ad 2), lo que conduce, en determinadas ocasiones, a la dispensa de su cumplimiento (ST, I-II, 97, 4c) y, de modo general, a que sólo se ocupe de reglar aquellos vicios más graves (ST, I-II, 96; 2c). De ahí que, en última instancia, la ley es un criterio, una "guía" (cfr. ST, 92, 2c y las remisiones que allí indica) que ayuda, junto a otros elementos jurídicos, a la decisión que, en cada caso y de forma prudencial tomará el juez (cfr. ST, II-II, 47, 1, ad 3. 47, 7c; 47, 15c y esp. 47, 3c).

La actualidad de esta consideración salta a la vista ante la crisis de los postulados de la tradición legalista —herederos de aquel agustinismo, aunque desde el Iluminismo, ya secularizado—, la que ha devuelto la atención a los procesos de determinación del derecho que tienen como eje metodologías de tipo argumentativas, todas las cuales, como es natural, giran en torno de una consideración amplia de las fuentes del derecho y de un papel activo por parte del juez.⁶

En dicha perspectiva, la tarea de precisar el derecho es considerado como un arte; un arte del reparto justo, del adecuado reparto de bienes, cargas y honores.

En el apartado siguiente (II) estudiaremos las características principales de dicho arte, que allanarán el camino para el análisis de la metodología que es dable interpretar en la obra del Aquinate (III) y con la que concluiremos el presente estudio.

II. EL ARTE DEL DERECHO

a) *Carácter analógico del derecho*

Para Tomás de Aquino, el derecho es un concepto de tipo “análogo”. Esta consideración es un “lugar común” del pensamiento clásico y origina consecuencias metodológicas y ontológicas de importancia. Respecto de las primeras, es sabido que, para aquella mentalidad, la realidad debe estudiarse desde perspectivas distintas, pues es ése el mejor el modo de obtener del objeto bajo análisis su significado más acabado. Lo dicho nos lleva al segundo punto: cada “lugar” o perspectiva examinada en última instancia alude o denota un concepto determinado. Así, en el ámbito jurídico, el derecho en sentido absoluto es, para dicho pensamiento, la “misma cosa justa”, es decir, lo que en justicia

⁶ Pionera en la literatura de habla castellana puede considerarse la obra de JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963. En el campo de la llamada “rehabilitación de la filosofía práctica” puede consultarse a FERNANDO INCIARTE, “Sobre la verdad práctica” y “Ética y política en la filosofía práctica”, ambos en *El reto del positivismo lógico*, Rialp, Madrid, 1974, pp. 159-216. Sobre la “hermenéutica jurídica”, cfr. WINFRIED HASSEMER, *Hermenéutica y Derecho*, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez” (ACFS), 25, 1985, trad. de Andrés Ollero, y más recientemente —en relación al papel del juez respecto de la ley— “Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz”, en ARTHUR KAUFMANN-WINFRIED HASSEMER (comp.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 5 ed., C. F. Müller, Tübingen, 1989, pp. 212-232. Cfr. también: ARTHUR KAUFMANN, *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*, ACFS, 17 1977 y de forma más general “Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik”, en *Einführung...*, cit., pp. 1-24. A destacar en este artículo la idea —tomada de Radbruch— de la *Sache des Rechts* (p. 20). En relación a la argumentación retórica, clásico es CHAIM PERELMAN, *La nueva retórica y la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, reimp. 1988, trad. de Luis Díez-Picazo. También, y con abundante bibliografía sobre la producción de los últimos años: ULFRID NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987. Acentuando el aspecto “dialéctico” de esta metodología, M. VILLEY, *op. cit.*, nota 4. Sobre los puntos “tópicos” de ésta, cfr. THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlegensforschung*, C. H. Beck, München, 1974 (se cita conforme la traducción castellana de Luis Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986).

corresponde a una persona en un litigio dado. Pero en esa apreciación no se ha agotado al "todo" del derecho. También es "derecho", de alguna manera, es decir "analógicamente", el proceso de determinación de aquél o, incluso, alguna de las fuentes de creación del mismo.⁷

Ya en Aristóteles se da esta consideración analógica del derecho cuando, luego de considerar al *to-dikaion* (derecho) como "lo igual", advierte que, "en caso de duda se recurre al juez". Nos trasladamos, pues, al ámbito del arte jurídico, ya que es aquél quien "restaura esa igualdad al ser como una justicia animada"⁸

El vínculo entre el derecho, ya sea considerado como lo igual; ya sea referido al proceso que lo precisa; es también claro en Roma. Allí, la ciencia del derecho es "el conocimiento de lo justo y de lo injusto".⁹ Pero como el *ius* es un derecho jurisprudencial por antonomasia, escribe Celso que aquél es *arts boni et aequi*.¹⁰

A partir de dichas fuentes, Tomás de Aquino expresará que "...este vocablo derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo..."¹¹ Con otras palabras: el *ars iuris* alude a una metodología específica de determinar lo justo o derecho.

b) *Carácter práctico del ars iuris*

En el ámbito de este derecho entendido como arte es posible distinguir una faz teórica y otra práctica.

Esta última parece evidente si se recuerda que, según la vieja definición de la justicia, ésta tiene por fin que cada cual tenga lo suyo (ni más, ni menos).¹² Por ello, dilucidar la medida exacta de eso que es suyo es una tarea eminentemente práctica,¹³ en la que ha de revelarse, de forma paradigmática, la "prudencia" de quien tiene a su cargo la toma de dicha decisión. Como explica adecuadamente Villey "la doctrina clásica atribuye a la actividad de los juristas un fin trascendente: el servicio de la justicia. Ella no le reconoce ningún otro: ni la utilidad ni la riqueza, ni el 'orden', ni la seguridad, lo que sería reducir el derecho a otras categorías de la acción práctica y negar la especificidad del arte jurídico".¹⁴

⁷ Como se ha visto que es, para Tomás de Aquino, la ley. ST, II-II, 57, 1 ad. 1 (cfr. nota 5).

⁸ *Ética a Nicómaco*, 1132 a 20 ss. Se cita conforme la traducción de Jean Tricot, Vrin, París, 5ª ed., 1983.

⁹ *Digesto* (en adelante *D*) 1, 1, 10: la jurisprudencia es *divinorum atque humanorum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*.

¹⁰ *D*, 1, 1, 1. Sobre la naturaleza de esta definición, cfr. nota 19.

¹¹ ST, I-II, 57, 1, ad 1.

¹² *D*, 1, 1, 10 (recogido también en ST, II-II, 58, 1c) *iustitia est constants et perpetuas voluntas ius suum unicuique tribuens*.

¹³ Sobre esto, cfr. JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 15-16.

¹⁴ M. VILLEY, "Abrégé du droit naturel classique", en *Leçons de Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, p. 117.

Este aspecto se ha de desarrollar, como se verá más adelante en el contexto de un proceso, lo cual es ya resaltado por el Aquinatense, precisamente en la cuestión que dedica al "juicio".¹⁵ En ella nuestro autor inicia el *corpus* del artículo expresando que "juicio significa propiamente el acto del juez como tal, pues el acto del juez (*iudex*) viene a significar lo mismo que 'quien dice el derecho' (*ius dicens*)". Y como el derecho es, según se vio, el objeto de la justicia, afirma Tomás que "el juicio significa en su acepción primitiva, la determinación de lo justo o del derecho (...). De ahí que el juicio, puesto que entraña la recta determinación de lo que es justo, corresponde propiamente a la justicia..." Con esto, se arriba a la antes citada opinión de Aristóteles "...por cuya razón los hombres 'acuden al juez como a cierta justicia animada' (*confugiunt ad iudicem*). En el artículo siguiente, Tomás ahonda en este punto, e introduce la virtud de la prudencia como elemento determinante de toda decisión. Así, al enumerar las condiciones que debe tener un juicio para ser acto de justicia, considera que éste debe proceder de una inclinación "de justicia" pues de lo contrario sería "vicioso o injusto" y que debe pronunciarse "según la recta razón de la prudencia" ya que "cuando falta la certeza racional (...) en este caso se llama juicio suspicaz o temerario".¹⁶

c) *Carácter teórico del ars iuris*

Ahora bien: este *artem qua cognoscitur quid sit iustum*¹⁷ no sólo supone adentrarse en el sentido último de un caso cualquiera, sino que dicho acercamiento sería superfluo si no poseemos un conglomerado de conocimientos técnicos que nos permiten resolver, de la forma más satisfactoria posible, el litigio en cuestión. Al respecto, la opinión del Aquinate es clara: "es propio de la prudencia no sólo la consideración racional, sino la aplicación a la obra, que es el fin de la razón. Pero no puede aplicarse una cosa a otra sin conocerse ambos, o sea, lo que se aplica y aquello a lo que se aplica".¹⁸ No menos diáfano es Alvaro D'Ors, quien traduce en clave jurídica dichas palabras: "el hacer jurídico que es principalmente un *agere* es también, en cierto modo, un *facere*, un hacer técnico, que se mide por el resultado que produce en orden a la realización de la justicia. Por eso, unida a la personalidad del prudente del derecho, el jurisprudente, aparece la del técnico del derecho o jurisperito. En este sentido, se puede decir que el derecho es un arte o técnica de lo bueno y lo equitativo".¹⁹

¹⁵ Cfr. ST, II-II, 60, 1c. Un estudio similar al que realizaremos a continuación puede leerse en EMILE BENVENISTE, *Vocabulario de las Instituciones indoeuropeas*, Taurus, Madrid, 1983, versión castellana de Mauro Armíño, pp. 297-310.

¹⁶ ST, II-II, 60, 2c.

¹⁷ ST, II-II, 57, 1 ad 1.

¹⁸ ST, II-II, 47, 3c.

¹⁹ ALVARO D'ORS, "De la 'prudencia iuris' a la 'jurisprudencia del Tribunal Supremo' y al Derecho Foral", en *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, p. 56. La consideración del derecho como "arte" o "técnica" recién aludida plantea el problema que supone la muy extendida traducción de *tecné* por *ars*. De este modo, hablar de *ars iuris* podría implicar que el derecho sería una mera técnica. Esta opinión, como lo ha señalado d'Ors, es sólo en cierta medida verdadera porque el derecho no se agota —como las artes en general— en un conjunto de conocimientos técnicos, independientes del buen o mal obrar que, a partir de ellos, se realice. Para este autor, es claro que el *arts iuris* es arte (en el sentido de *tecné*) y saber: reúne, a la vez, al jurisperito y al jurisprudente. Por el

Esta dimensión teórica característica de todo arte la encontramos ya en Aristóteles, aunque aquí el Estagirita tiene sólo en mira el mundo de las técnicas (*tecné*), es decir, el del *facere*, y no el de las conductas humanas en sí mismas consideradas, es decir, el ámbito del obrar (moral o justo) humano. Así, este autor previene que la realización de un acto aislado (v.gr., un acto que emerge del arte de la música o de la gramática) no puede llevarnos a concluir que quien lo realiza posea dicho arte. Respecto de este punto, considera que el actor pudo haber obrado “por fortuna o por indicación de otro”, de donde “no será gramático a menos que, a la vez, se haya hecho alguna cosa gramatical, de forma gramatical, a saber, conforme a la ciencia de la gramática que se posee en sí mismo”.²⁰

En Roma, por su parte, la obra de los jurisprudentes, de aquellos que tenían *auctoritas*, es decir, “que sabían”, para decirlo con D’Ors, constituye, una de las mayores piezas de doctrina del mundo occidental.²¹

Del mismo modo, en Tomás de Aquino la presencia de esta dimensión teórica se advierte, como es previsible, en la antes mencionada cuestión “del juicio”, donde se expresa que “en lo perteneciente a la justicia requiérese, además, el juicio de algún superior que sea capaz de argüir a ambos y poner la mano sobre ellos”²² de donde “en el que juzga ha de concurrir la justicia y la ciencia (*iustitia y scientia*)”.²³

contrario, el Aristóteles de la *Ética a Nicómaco*, 1140 b 22-24, alude sólo a la *tecné* cuando explica que “en el ámbito del arte el hombre que se equivoca a sabiendas es preferible al que se equivoca involuntariamente” ya que, en el primer caso, el artista puede corregir su error. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito de las virtudes —por ejemplo, con la prudencia— pues el obrar incorrecto (en nuestro caso la decisión desacertada) a sabiendas, es en sí mismo, la negación de la virtud bajo estudio. Por ello, en el mundo jurídico y como se verá más adelante, la técnica “sirve” —o adquiere su sentido— sólo en la medida en que plenifique el obrar humano. Este problema era, sin embargo, irrelevante en Roma, como lo ha señalado Viehweg, *op. cit.* pp. 87-88, al considerar que “los calificativos de la jurisprudencia como *ars, disciplina, scientia* o *notitia*, que solemos encontrar en los juristas, no pueden recibir una valoración rigurosa desde el punto de vista de una teoría de la ciencia, porque detrás de ellas existe un interés muy escaso por dicha teoría. Con otras palabras: la distinción entre *tecné* y *episteme* u otras parecidas no pertenece al cuadro de las cuestiones que los juristas romanos tomaron en serio”.

²⁰ *Ibidem*, 1105 a 23-5. En idéntico sentido, 1140 a 20-25, citado en nota anterior. Para un estudio de la diferencia entre ciencia en sentido teórico, ciencia poética (*tecné*) y ciencia práctica (es decir, la vinculada a las acciones u obrar humano), cfr. *ibidem* 1139 b 14 ss. Un resumen de estas distinciones en las notas 1 y 3 de la traducción de Tricot, *cit.*, p. 31. Es curioso observar cómo Aristóteles realiza este análisis inmediatamente antes del de la virtud de la prudencia (1140 a 23 ss.) en la que aparece descrita, aunque sin aludir expresamente a ella, la figura del juez. Serán los romanos los que, desde una perspectiva práctica, llevarán a cabo, en el ámbito jurídico, los desarrollos teóricos insinuados por Aristóteles. Paradigmático para este punto, M. VILLEY, *Recherches de la littérature didactique du droit Romain*, Domat Montchrestien, 1945, passim y T. VIEHWEG, *op. cit.*

²¹ En este punto, nuevamente, el jurisprudente supone el jurisperito, ya que “el juez es portavoz de una opinión científica” o “la opinión del jurista es comunicación técnica”. Lo dicho, en A. d’Ors, *op. cit.*, nota 19, pp. 57 y 59 y del mismo autor y en la misma obra: “*Lex y ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*”, p. 88.

²² ST, II-II, 60, 1 ad 3.

²³ ST, II-II, 60, 6, 4. Cfr. también: *ibid.*, ad 4. La justicia es, a nuestro juicio, la virtud de la prudencia; la ciencia, los conocimientos técnicos. Y, como dice, A. d’Ors, *op. cit.*, p. 57, “ambos momentos abarcan todo el hacer jurídico, tanto en la creación como en la realización de las normas. Todo profesional del Derecho debe ser, en primer lugar, prudente y, en segundo lugar, técnico”.

En este punto, parece oportuno que hagamos una breve mención al modo cómo esta doctrina se introducía en la realidad de cada caso, porque entre Roma y Tomás de Aquino se advierte una diferencia que llega hasta nuestros días.

Respecto de Roma, los jurisperitos no valoraban los hechos, sino que su conocimiento se reducía exclusivamente al derecho. Por el contrario, era el juez quien conocía aquéllos. Sin embargo, en la Roma clásica el juez no era, como lo será luego, un funcionario dedicado específicamente a dicha función, sino que se trataba de un mero particular que ni siquiera debía saber derecho y cuyo nombramiento había surgido del común acuerdo de las partes enfrentadas. Así, éste, luego de conocer el dictamen del jurisperito emitía la consecuente opinión o *sententia*. Acto seguido, remitía el caso al Pretor, quien munido de la *potestas* —era él quien “podía”— tenía a su cargo la ejecución de la decisión del juez, iluminada previamente conforme lo dicho, por quien “sabía”.²⁴

Sin embargo, el concepto de *auctoritas* científica en el sentido concebido en Roma, no fue familiar a Tomás de Aquino, como parece desprenderse de los distintos pasajes en los que se refiere a la autoridad del juez.²⁵ Así, para el Aquinate, si bien ésta es necesaria para garantizar que el juicio sea acto de justicia, el sentido de la misma no viene dado sólo por los conocimientos jurídicos de aquél, sino porque, además de ellos, el juez detenta parte del poder público. Así, expresa que “correspondiendo a una misma autoridad (*auctoritas*) interpretar y hacer la ley,²⁶ igual que no puede establecerse la ley sino por la autoridad pública, tampoco el juicio puede ser decidido sino por la pública autoridad, la cual extiende su acción a todos los que están sometidos a la comunidad”.²⁷ Esta consideración eminentemente política de la autoridad es todavía más evidente un poco más adelante, donde escribe: “el hábito de la ciencia y el hábito de la justicia son perfecciones propias del individuo, y así su carencia no da lugar a un juicio usurpado como ocurre con la falta de pública autoridad de la cual el juicio recibe su fuerza coactiva”.²⁸ Como puede apreciarse, el horizonte político del Aquinate es ya distinto al de los romanos del período clásico, en tanto es obvia la alusión a un poder central, que entronca con la tradición imperial oriunda de Oriente (mundo judío y persa) y que más tarde incorporará la propia Roma.

Sin embargo, de lo dicho no puede inferirse que en la doctrina del Aquinate la presencia de la fuerza pública sea el elemento en última instancia fundante de la decisión judicial (como lo será más tarde, por ejemplo, en Kelsen).²⁹ En el Aquinate, por el contrario, y conforme lo antes visto, la fuerza pública debe ir acompañada de otros requerimientos que han de garantizar una decisión justa: en particular el saber técnico (*scientia*) y la prudencia del juez. Así

²⁴ Paradigmático al respecto, A. D'ORS, *op. cit.*, pp. 56-60. En el mismo libro (cfr. nota 19) y puede consultarse, en idéntica perspectiva, “*Lex y ius...*”^a cit. en nota 21 y “Autoridad y Potestad”, pp. 87-108.

²⁵ ST, II-II, 60, 2c y II-II, 60, 6c.

²⁶ Lo que no acontecía en Roma, donde la *auctoritas* nunca “creaba” una ley.

²⁷ ST, II-II, 60, 6c.

²⁸ *Ibidem*, ad 4.

²⁹ Cfr. respecto de esto, la crítica de KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 4ª ed., trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, esp. pp. 94-5.

las cosas, la noción aquinatense de la *auctoritas* del juez, si la traducimos en clave dorsiana parece aglutinar los dos aspectos de la antigua ecuación romana de *auctoritas y potestas* y, con ello, acercarse a lo que acontece en la actualidad. En efecto, la labor que hoy por hoy desarrolla la llamada "doctrina jurídica" encaja adecuadamente dentro de la llamada *auctoritas*, en tanto que el juez, además de la función de "decir el derecho" —la única que tenía en Roma— aglutina, también, la dimensión *potestativa* que le encargó la tradición legalista —entonces en manos del Pretor—. Pero hay más: a partir de la crítica a dicha tradición, el juez ha asumido también la *auctoritas* de los viejos jurisprudentes. En efecto, aquél ya no se limita a ser "la mera boca de la ley"³⁰ que ejecuta un derecho previamente determinado con visos de perpetuidad, sino que se ha transformado en un activo cocreador del derecho: su jurisprudencia es también doctrina y doctrina de un peso todavía mayor que la de los propios juristas.³¹

III. LA METODOLOGÍA JURÍDICA DE TOMÁS DE AQUINO COMO "QUAESTIO" DIALÉCTICA

Hasta aquí se han detallado las características fundamentales del *ars iuris*. Así, se ha expuesto que para la determinación del derecho es menester un conjunto de conocimientos técnicos (lo que hoy, en sentido amplio, denominamos "doctrina jurídica") y una adecuada percepción de los problemas que se han de procurar resolver ("prudencia").

De seguido, corresponde estudiar el ámbito en el que este arte se ha de desarrollar y, en consecuencia, la metodología que facilitará la búsqueda del derecho.

El primer aspecto debe situarse en el proceso judicial, pues es allí donde, de ordinario, se plantean los problemas que corresponden resolver. Como expresa Villey "el proceso supone para el derecho mucho más que el material de textos preexistentes. Es el medio para la invención del derecho. Todos los 'instrumentos dialécticos' surgirán de él: crítica del lenguaje, de sus ambigüedades, arte de las distinciones semánticas. En eso consiste la interpretación".³² Esto es claro ya que sin debate no tendríamos más que monólogos aislados, sin posibilidad de encuentro —de diálogo, en suma— y, por tanto, de solución del problema. El segundo punto —el modo como efectivamente dichos proble-

³⁰ MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, XI, 6.

³¹ Fundamental respecto de este último punto: A. D'ORS, art. cit. en nota 19.

³² M. VILLEY, *Précis*, II, pp. 70-71. En idéntico sentido, expresa VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 66-7 que: "El debate es, evidentemente, la única instancia de control: la discusión de problemas se mantiene dentro del círculo de lo que Aristóteles llamaba *dialéctica*. Lo que en la disputa ha quedado probado en virtud de aceptación es admisible como premisa. Esto puede parecer muy arriesgado, pero es menos inquietante si se tiene en cuenta que *los que disputan disponen de una serie de conocimientos* que han experimentado ya una compulsión previa, y que entre gentes razonables sólo puede contar con aceptación aquello que parec poseer un determinado peso específico". Énfasis añadido.

mas serán dilucidados— es, para el Aquinate, la *quaestio dialectica*, metodología que el mundo medieval tomó de la antigüedad greco-romana.³³

Esta metodología del “cuestionar” en el contexto de un diálogo³⁴ sin ánimo de encontrar una respuesta necesariamente definitiva al caso bajo análisis,³⁵ parece hoy avalada luego de una rápida mirada a la realidad jurídica. En efecto, la descodificación creciente de materias otrora férreamente codificadas, la aparición de nuevas modalidades de contratación, la confluencia de sistemas jurídicos hasta no hace mucho tenidos como contradictorios, los desarrollos de la informática o de la biología que plantean problemas inéditos, la publicitación creciente de lo privado y, a la inversa, la privatización de lo público, los cada vez más amplios planteamientos ecológicos, etc., muestran hasta qué punto se ha vuelto ilusoria la idea de una ciencia jurídica de certeza absoluta. El derecho, en definitiva, “vive” a partir de un permanente cuestionarse, porque es ésta la única metodología que se adecua a su naturaleza de realidad en perpetua tensión hacia lo justo. La dialéctica, sin embargo, no es una mera “disputación” en el sentido de un “coloquio” o de una conversación informal. Aquí, por el contrario, se trata de estructurar una verdadera “teoría” del diálogo filosófico, con una aspiración seria por la búsqueda de la verdad, la que, en lenguaje jurídico, ha recibido, de forma creciente, el nombre de “justicia del caso concreto”.³⁶ Como ha explicado acertadamente Viehweg, “en el marco de lo opinable, se puede aspirar también a una efectiva inteligencia y no a una simple y arbitraria opinión, lo que no tendría sentido y justificaría que la empresa no se tomara en serio”.³⁷ En este horizonte, es claro que dicho propósito, para poder cumplirse, requiere de la fijación y cumplimiento de ciertas reglas. En lo tocante al proceso de determinación del derecho, éstas serían las siguientes:

³³ T. Viehweg ubica a la dialéctica dentro de la retórica enseñada por Aristóteles y que los romanos cultos aprendieron desde el año 100 a. C. y llevaron al mundo jurídico (cfr. *op. cit.*, pp. 88-91). Siguiendo a Pringsheim, opina este autor, p. 101, que si bien “la ciencia del derecho de la Antigüedad no se salvó en la Edad Media”, sí mantuvo “en cierto modo el método dialéctico y la formación retórica”. Por ello, cuando luego del incendio de la villa de Amalfi, fueron descubiertos los textos del *Digesto* y se inició el renacimiento del derecho clásico, el *mos italicus* no tuvo inconvenientes en integrarse en una metodología que no era en absoluto desconocida. En este punto la importancia del Aquinate se agiganta porque como se dijo al principio, sin ser jurista, se interesa por el derecho e incluye, en una Suma de Teología, reflexiones de esa naturaleza. Este último aspecto, como lo indica Viehweg, p. 100, no solía ser costumbre en tratados de dichas características.

³⁴ Recuérdese que la *dialéctica* proviene del verbo *dialegethai* y alude al “intercambio de palabras entre interlocutores múltiples”.

³⁵ Esta modestia en la obtención de resultados existía ya en Roma, donde el juez, en caso de no tener una opinión definitiva sobre el tema, se abstenia de sentenciar con arreglo a la fórmula del *non liquet*, de suerte que se pasaba el caso a otra persona. Naturalmente, en la sociedad actual, sería impensable una situación semejante, pero lo importante no es tanto el hecho de tener asegurada una sentencia, sino de ser consciente que cualquier resultado es siempre probable y que puede modificarse en todo o en parte, merced al uso de ulteriores instancias. “El que el juicio práctico sea un juicio relativo con continuas instancias de revisión, ha escrito acertadamente F. Inciarte, *op. cit.*, p. 214, no significa una relativización de la moral. Significa simplemente que un juicio moral absoluto sólo puede ser un juicio final”.

³⁶ Sobre esto, cfr. K. LARENZ, *op. cit.*

³⁷ T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 67.

determinación del problema; selección de participantes; desarrollo de la argumentación; confrontación de las opiniones y conclusión.³⁸

a) *Discernimiento del "problema" y selección de participantes*

Si descendemos al ámbito del foro, parece evidente que el primer elemento que encontramos es el "problema". Los abogados discuten a partir de un problema y los jueces procuran resolver el mismo. Es necesario, por tanto, fijar el caso, determinar con la mayor claridad posible, cuál es la *cuestión* sobre la que se debate. A esto llamaron los romanos *ponere causam* y la causa así planteada era una *cosa*, una realidad. En idéntico sentido, ya en Aristóteles, el problema constituía una de las dos especies de las "premisas dialécticas", hecho del conjunto de dos proporciones, afirmativa y negativa, relativas a una misma causa.³⁹

Por su parte, en Tomás de Aquino el problema encabeza todas y cada una de las *quaestio* que se plantea: "¿es el derecho el objeto de la justicia?";⁴⁰ "¿cuál es el concepto de justicia?";⁴¹ "¿corresponde juzgar de conformidad a las leyes escritas?";⁴² etc.

A nuestro juicio, esta metodología tiene ya una ventaja inicial pues el reconocimiento de la existencia del problema constituye un mínimo punto de partida para una posible solución. Por el contrario, muy distinta ha sido la actitud dominante en el pensamiento moderno y, de modo menos radical, en el contemporáneo. Como dice Villey con agudeza y buen humor "el problema hoy día está muerto: un signo de ello es que esta palabra designa, en el lenguaje de la televisión, las decepciones sentimentales, los estados depresivos o los 'embotellamientos' de automóviles".⁴³

³⁸ Esta es la sistematización que hace M. VILLEY, *Précis de Philosophie du Droit. Les moyens du droit*, t. II (en adelante *Précis*), Dalloz, París, 1984, pp. 53-9 y *Questions*, pp. 44-45, a partir del estudio de la estructura de la *quaestio* aquinatense. En ésta, sin embargo, dichas etapas no se perciben de forma tan nítida. Allí, en efecto, podemos destacar: 1º) *utrum* (planteamientos del problema); 2º) *videtur quod* (mención de diversas opiniones en relación a éste); 3º) *sed contra* (opinión contraria a las que se acaban de sustentar y que presumiblemente será posteriormente admitida); 4º) *respondeo dicendum* (solución o "sentencia") y 5º) *ad 1, ad 2*, etc. (respuesta a las objeciones planteadas en 2º, aunque, como se verá más adelante, pueden incluir aceptaciones parciales de dichas opiniones con lo cual la cuestión sólo queda definitivamente cerrada a la luz de un caso concreto). El método del jurista Bártolo, en sus *Consilia*, es casi idéntico (sobre esto último, cfr. VIEHWEG, *op. cit.* p. 105).

³⁹ Sobre esto, cfr., entre otras, las reflexiones de CHAIM PERELMAN, *op. cit.*, pp. 10 sgs.

⁴⁰ *ST*, II-II, 57, 1.

⁴¹ *ST*, II-II, 58, 1.

⁴² *ST*, II-II, 60, 5.

⁴³ *Questions*, pp. 59-60. Idéntica es la opinión de VIEHWEG, *Tópica*, p. 55, quien expresa: "Para nuestro fin puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución".

Y el problema, es claro, origina el litigio, es decir, el proceso. En él intervienen las partes, aunque representadas por "expertos" en la materia, quienes se dirigen a un tercero desinteresado ante quien someten la decisión del conflicto.

b) *El proceso argumentativo: recurso a las fuentes del derecho*

Lo dicho nos sitúa en la *argumentación* en la que cada "experto" procurará defender los intereses de su parte a partir de un discurso lo más riguroso posible. En este horizonte, uno de los recursos favoritos de este procedimiento ha sido, desde antiguo, la llamada a las autoridades. En lo atinente al derecho, éstas serán juristas o bien especialistas de otras materias que se encuentran vinculadas al caso bajo estudio. En este contexto, parece claro que las autoridades no deben ser demasiadas: no se trata de incorporar al debate un catálogo erudito en el que aparezca la "plétora de referencias en las que nos sumergen las producciones académicas contemporáneas".⁴⁴ El objeto es, por el contrario, "dar en el blanco", acertar en la verdad de las cosas para lo cual, es en principio suficiente un criterio seleccionado de autoridades.

Así, en Roma, los nombres de Labeón, Servio Sulpicio o Celso, o las alusiones a las escuelas (proculeyanos, sabinianos, etc.) constituyen las referencias más frecuentes. Esos nombres también serán recogidos por el Aquinate en los diferentes "procesos", que desarrolla a lo largo de los tratados de la Ley,⁴⁵ de la Prudencia⁴⁶ y del Derecho y de la Justicia,⁴⁷ junto con otros que, posteriormente, se han ido incorporando al tesoro de las *auctoritas* del saber occidental. Así, por ejemplo, en la antes citada *quaestio* relativa a si "el derecho es el objeto de la justicia", los "expertos" traídos por el Aquinate a debate son el jurista romano Celso, San Isidoro, San Agustín y Aristóteles. En la cuestión que concierne a "si la prudencia pertenece sólo al entendimiento práctico o también al especulativo", las autoridades que intervienen son un pasaje de los Proverbios, Cicerón, San Ambrosio y Aristóteles.⁴⁸

En algunos supuestos, el argumento de autoridad alcanza una aceptación tan considerable que el Aquinate se siente relevado de dar la opinión que ha de aceptar, limitándose, en todo caso, a aludir en el *respondeo*.⁴⁹ Esto puede, a primera vista, parecer un tanto arriesgado pero, como matiza Viehweg, "con

⁴⁴ M. VILLEY, *Questions*, p. 63.

⁴⁵ ST, I-II, 90 ss.

⁴⁶ ST, II-II, 47 ss.

⁴⁷ ST, II-II, 58 ss.

⁴⁸ ST, II-II, 47, 2.

⁴⁹ Cfr. de manera especial ST, I-II, 95, 4: "¿Es aceptable la división de las leyes propuesta por San Isidoro?", en la que, en el *sed contra* expresa sencillamente: "en cambio, en contrario, *baste* la autoridad de San Isidro"; ST, II-II, 47, 4: "Si la prudencia es virtud", en la que, en el *sed contra* escribe: "En cambio, San Gregorio habla de la prudencia, templanza, fortaleza y justicia como virtudes morales". ST, II-II, 49, 3: "si la docilidad debe contarse entre las partes de la prudencia", en la que, en el *sed contra* afirma: "en cambio, Macrobio, según dice Plotino, coloca la docilidad entre las partes de la prudencia". Puede consultarse, en el mismo sentido, ST, I-II, 95, 3; II-II, 47, 16 o II-II, 49, 7.

la cita de un nombre se hace referencia a un complejo de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que no contiene sólo una vaga creencia, sino que garantiza un saber en el sentido más exigente". Por ello, concluye, "la referencia al saber de los mejores y más famosos se encuentra también llena de sentido".⁵⁰

Sin embargo, la argumentación no sólo se ha de apoyar en el recurso a las autoridades. Al respecto, y siguiendo la enseñanza de Boecio, el Aquinate reconoce que el argumento de autoridad es relativo.⁵¹ Lo mismo ocurre en Roma, por lo que, además de la opinión de los jurisperitos, actúan como fuentes del derecho las leyes privadas suscritas por las partes o las leyes de los magistrados (por ejemplo, la Ley Decenviral, cuando es interpretada jurídicamente); los "Plebiscitos"; los "Comicios" y de forma relevante, el "Edicto" del Pretor. De igual forma, en el período posterior a la jurisprudencia clásica —en concreto, luego de las reformas del emperador Adriano— se incorporan a los factores de producción del *ius* los "Senado-Consultos" y los "Rescriptos". Finalmente, no menos importante ha sido, desde siempre, el papel desempeñado por las costumbres,⁵² el catálogo de *topoi* —o lugares comunes— que suministran diversos argumentos o puntos de vista para mejor ilustrar la cosa que se debate y, en fin, las propias circunstancias del caso bajo estudio.

En el mundo medieval, es claro, muchos de estos elementos han dejado de existir. Sin embargo, en el horizonte jurídico del Aquinate, es digno de mención el papel que cumplen las leyes, las costumbres y, de forma especial, las circunstancias del caso, ante cuya realidad, tanto los preceptos legales cuanto la doctrina jurídica en más de una oportunidad han de modificarse o bien no aplicarse.

La importancia de la ley entre los factores de creación del *ius* es resaltada en *Sum. Theol.*, I-IIa, 95, 1 ad 2. Allí el Aquinate establece una comparación entre aquella y la decisión judicial cuando expresa que "es más fácil encontrar las pocas personas doctas capaces de hacer buenas leyes que las muchas que se requerirían para juzgar de cada caso en particular". Además, agrega, "los que hacen las leyes estudian detenidamente cada una de ellas, pero los juicios sobre singulares se refieren a casos que ocurren de improviso y es más fácil discernir lo justo examinado muchos casos que considerando sólo uno". Finalmente, agrega, "los legisladores juzgan en universal y refiriéndose al futuro, en cambio, quienes presiden un tribunal juzgan sobre hechos presentes, respecto de los cuales fácilmente se dejan influir por sentimientos de amor, de odio o de cualquier otra pasión, con lo cual su juicio queda pervertido". Sin embargo, el Aquinate es consciente que "las leyes humanas no pueden alcanzar aquella infalibilidad que tienen las conclusiones científicas obtenidas por demostración",⁵³ por lo que admite la posibilidad de equivocación de éstas "las menos de las veces".⁵⁴ Ello no obstante, el sentido común del Aquinate va todavía más lejos.

⁵⁰ VIEHWEG, *op. cit.*, p. 67.

⁵¹ ST, I, 1, 8: *locus ab auctoritate infirmissimus*.

⁵² Cfr. D, I, 4. 2. Ya antes, Aristóteles había resaltado este punto en *Política*, 1269 a 20.

⁵³ ST, I-II, 91, 3, ad 3. Cfr. también: 96, 1 ad 3; 96, 6c; 97, 1c; 97, 2c.

⁵⁴ ST, I-II, 96, 1, ad 3.

Aun suponiendo que una ley es acertada, nada impide que una mejor o más experimentada observación de los fenómenos sociales advierta sobre la necesidad de su modificación, como vía para lograr un mejor perfeccionamiento de la sociedad. Al respecto, explica nuestro autor que “parece connatural a la razón humana avanzar gradualmente de lo imperfecto a lo perfecto”, de donde es lógico colegir que “los primeros que intentaron descubrir algo útil para la construcción de la sociedad humana, no pudiendo por sí solos tenerlo todo en cuenta, establecieron normas imperfectas y llenas de lagunas, que luego fueron modificadas y sustituidas por otras con menos deficiencias en el servicio del bien común”.⁵⁵

Sentado este punto, parece claro que el papel de la ley en la estructura jurídica aquinatense dista mucho de tener el sentido que una lectura aislada de la cuestión 95, 2 ad 2 podría inicialmente haber dado. Esta observación nos conduce, de forma inevitable, a la tensión que necesariamente ha de surgir en la adecuación de las leyes a los casos concretos. Al respecto, ya en la misma antes citada cuestión 95, el Aquinate reconoce que la institución de las leyes es necesaria “siempre que resulte posible”⁵⁶ ya que “algunas cosas tan particulares no pueden ser comprendidas en la ley”.⁵⁷ Mas todavía: nuestro autor es consciente de que ni siquiera algunos principios de importancia pueden ser materia de legislación,⁵⁸ con lo cual se reconoce que el proceso de determinación del derecho no concluye con la fijación de las fuentes del derecho, sino que va más allá: se extiende el ámbito propio de la determinación judicial, obra por antonomasia de la prudencia.⁵⁹

De no menos importancia en la estructura de las fuentes del derecho es la tarea que cumplen las costumbres. En este sentido, la vieja disputa sobre su carácter de fuente del derecho —que se prolonga hasta los procesos codificadores, con suerte diversa—⁶⁰ es resuelto por el Aquinate en el primer sentido. Así, explica que “con los actos, sobre todo los reiterados, se puede cambiar y explicar la ley, e incluso producir algo que tenga fuerza de ley”. “He aquí por qué, concluye, la costumbre tiene fuerza de ley, deroga la ley e interpreta la ley”.⁶¹ Por ello, opina el Aquinate que la ley humana puede ser “propuesta y modificada” tanto “por medio de la palabra del hombre” como “mediante las accio-

⁵⁵ ST, I-II, 97, 1c. Cfr. también: 97, 2, ad 1.

⁵⁶ ST, I-II, 95, 1 ad 2.

⁵⁷ ST, I-II, 95, 1, ad 3.

⁵⁸ Así señala en ST, I-II, 96, 2c, que “la ley humana no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquéllos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, como el homicidio, el robo o cosas semejantes”.

⁵⁹ Por ello, dice Tomás, ST, II-II, 47, 1, ad 3 que “el mérito de la prudencia no consiste solamente en la consideración, sino en la aplicación a la obra, fin del entendimiento práctico”.

⁶⁰ Por ejemplo, el Código Civil francés, art. 4, no alude a ella. Sí, en cambio, el CC argentino (art. 17) aunque de forma supletoria, es decir, la costumbre no es “fuente principal”, como lo es la ley. Sobre el caso español, cfr. A. D'ORS, “Para una interpretación realista del artículo 6 del Código Civil Español”, en *Papeles del Oficio Universitario*, Rialp, Madrid 1960, pp. 264-277.

⁶¹ ST, I-II, 97, 3c.

nes, sobre todo si son tan repetidas que llegan a crear costumbre".⁶² Con todo, la admisión del papel de la costumbre no implica minimizar el de la ley. Ambos elementos se encuentran sujetos a la hermenéutica ética del Aquinate, que se alimenta en los casos concretos. Así, no cualquier costumbre es admitida sino aquella que aparece como "razonable"⁶³ y que responde a la idiosincrasia del país.⁶⁴ En este contexto, y en oposición a lo que se han dado en llamar como procesos de "inflación legislativa" considera que "el mero cambio de una ley es ya, en sí mismo, un perjuicio para el bien común porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes". Por ello, continúa, "no debe modificarse la ley humana a no ser que, por otro lado, se le devuelva al bien común lo que se le sustrae por éste. Lo cual puede suceder, ya porque del nuevo estatuto deriva una grande y manifiesta utilidad, ya porque el cambio se hace necesario debido a que la ley vigente entraña una clara injusticia o su observancia resulta muy perjudicial".⁶⁵

De lo dicho, se desprende una consideración sumamente equilibrada de las fuentes del derecho, la que, es claro, sólo resulta posible a partir de una genuina aproximación a las realidades de lo humano. De allí que el Aquinate exprese, en términos por demás actuales, que "la ley puede ser legítimamente modificada por el cambio de las condiciones humanas, que en sus diferencias, requieren tratamientos diferentes".⁶⁶

c) *Confrontación de las opiniones y llegada de la sentencia*

Sin embargo, no debe extrañar que en este proceso cada parte procure favorecer la tesis que defiende, ocultando así aquellos aspectos de la cosa debatida que le sean desfavorables. Como dice Villey, "cada individuo no percibe de la cosa más que un aspecto", de donde, continúa, "para obtener una visión menos fragmentada, el método es el de 'dar la vuelta', a partir de puntos de vista múltiples, transportarse sucesivamente a los diversos sitios o *lugares*, desde donde la cosa puede ser vista".⁶⁷ Por ello, la interpretación que abre paso a la sentencia (en definitiva al momento de la "concreción-creación" del derecho), es un proceso necesariamente dinámico, bien retratado por aquella gráfica opinión de Engisch del "ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y el caso vital".⁶⁸

Hemos llegado, pues, al nudo mismo de la vida jurídica: al momento de la decisión judicial. Hasta el presente, se han descrito las circunstancias que deter-

⁶² *Ibidem*. Cfr. también: ad 2.

⁶³ "La ley y la razón deben triunfar sobre las malas costumbres" (ST, I-II, 97, 3, ad. 1). En los códigos modernos ha triunfado la expresión "buenas costumbres", que denota el mismo fenómeno (cfr. respecto del Código Civil argentino, los artículos 14, inc. 1º, 21, 530 792, 953, 1501, etc.).

⁶⁴ Cfr. ST, I-II, 96, 2c; 97, 3, ad 2 *in fine*.

⁶⁵ ST, I-II, 97, 2c. Cfr. también I-II, 97, 2 ad 1.

⁶⁶ ST, I-II 97, 1c.

⁶⁷ M. VILLEY, *Questions*, p. 63. Y agrega: "Esta nos parece una gran preocupación de Aristóteles en sus *Tópicos* y tal vez de allí provenga la etimología de la palabra *Topos*, lugar retórico".

⁶⁸ *Logische Studien*, nota 41, p. 15, cit. por WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, p. 71.

minan el proceso y los diversos elementos que le han ido dando forma. Pero es ahora, en la figura del juez, en el que aquél adquiere su máximo sentido. Este tiene, en efecto, todo a su disposición: circunstancias de hecho, observaciones de derecho, pruebas técnicas, etc. A él le compete determinar la verdad de los dichos, la justicia del caso concreto. Sin embargo, para lograr dicho objetivo, ha de emerger aquel otro elemento del *ars iuris* que va a proporcionar al juez la suficiente autoridad como para avalazar la determinación que adoptará: la prudencia.

En efecto: la tarea de determinar el derecho no supone tan sólo un conjunto de reglas o de conocimientos técnicos específicos, sino, y de forma principal, un saber prudencial que, a partir de tales conocimientos —y más allá de éstos— sea capaz de distinguir lo justo de lo injusto. Como expresa acertadamente Alvaro d'Ors, “la técnica jurídica debe subordinarse a la prudencia jurídica. Esta es la que da a aquélla su sentido y mantiene la conexión del *ars* con el fin de realizar lo que es justo. Ambos momentos abarcan todo el hacer jurídico, tanto en la creación como en la realización de las normas. Todo profesional del derecho debe ser, en primer lugar, prudente y, en segundo lugar, técnico”.⁶⁹ Nos encontramos, pues, en una dimensión completamente distinta a la estudiada hasta el presente, dominada, como se dijo, por una argumentación si se quiere interesada, que torna más difícil la determinación misma del derecho. Para lograr tal objetivo parece pues necesario apelar a aquel que procura “ver las cosas más de lejos” y, así, “prever con certeza a través de la incertidumbre de los sucesos”.⁷⁰

En Tomás de Aquino, el análisis de la virtud de la prudencia constituye, probablemente sin proponérselo, una descripción casi en detalle de los elementos que caracterizan a la decisión judicial. “En ella, expresa, debemos ver tres actos: en primer lugar, el consejo, al que pertenece la invención, puesto que aconsejar es indagar; el segundo es juzgar de los medios hallados. Ahí termina la razón especulativa. Pero la razón práctica, ordenadora de la acción, procede ulteriormente con el tercer acto, que es el imperio, consistente en aplicar a la operación esos consejos y juicios”.⁷¹

Estas distinciones aluden, pues, a los diversos pasos que, de ordinario, emprende el juez en su objetivo por lograr —en la medida de lo posible— la verdad del caso concreto. En primer lugar, el “consejo”, el cual ha de provenir de los “técnicos”, de aquéllos que han estudiado las diversas disposiciones normativas y que, en resumen, conocen la “doctrina jurídica”. En segundo lugar, el “juicio”, es decir, la valoración de los hechos presentados y de los consejos atendidos. Hasta este punto, sin embargo, el juez no ha “decidido” nada, sino que se ha limitado a formarse una opinión respecto del caso presentado. En este sentido, su actuación podría asemejarse a la de quien, por ejemplo, emite un “dictamen” ante una consulta determinada. Es tan sólo una opinión fundada

⁶⁹ A. D'ORS, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁰ Tal la definición del prudente según San Isidoro (cfr. ST, II-II, 47, 1c).

⁷¹ ST, II-II, 47, 8c. Cfr. también: II-II, 47, 1, ad 2 y ad 3; 47, 16c y 49, 6, ad. 3.

que, si bien tiene en cuenta un caso, puede ser desatendida por lo que, en la realidad, es una opinión "abstracta". Queda todavía pendiente, pues, el acto que transforma aquellos principios en realizaciones. Se trata, en efecto, del acto de la razón práctica que *decide* una cuestión —que determina o precisa el problema planteado— de forma prudencial, es decir, luego de un análisis meditado de todos los elementos que rodean a un problema, aunque sin dejar, en ningún momento, de atender a las vicisitudes mismas de éste.

Esta necesidad de contactar permanentemente con la realidad es subrayada por el Aquinate en múltiples sitios en razón de que "al tratar la prudencia de acciones particulares en las cuales concurren muchos elementos y circunstancias, sucede a veces que una operación en sí misma es buena y proporcionada al fin, pero que por alguna circunstancia se hace mala o no oportuna al fin".⁷² Esto indica claramente la importancia que, en la estructura de esta virtud, tiene la razón práctica (y el acto de imperio que de ella se desprende), ya que los consejos o conocimientos técnicos no son suficientes (y mucho menos los juicios abstracto) para "acertar" en el sentido último de un problema que tiene una referencia inmediata a la realidad que no puede en ningún momento preterirse.⁷³

Pero hay más: detrás del reforzamiento de esta concepción de la prudencia, queda también comprometido el sentido último de la decisión judicial, es decir, la naturaleza de ésta. En este aspecto, es claro que la doctrina ética aquinatense permanece invariable en cuanto al reconocimiento de la vinculación fin = bien. Así, y siguiendo a Aristóteles, Tomás repetirá en múltiples sitios que "es propio del prudente el poder aconsejar bien",⁷⁴ lo cual, interpretado en clave jurídica, no es otra cosa que la necesidad de arribar a sentencias justas.

⁷² ST, II-II, 49, 7c. Y aclara lo dicho con un ejemplo: "Así, dar a uno muestras de amor, considerado en sí mismo, parece ser conveniente para mover a amar; pero no lo será si es un soberbio o lo toma como adulación". Cfr., asimismo, ST, II-II, 49, 1c, y 49, 5 ad 2.

⁷³ De ahí que Tomás insista en afirmar que "la prudencia no es sólo cognoscitiva, sino apetitiva, ya que, como se ha dicho, su principal acto es el imperio, consistente en la aplicación del conocimiento adquirido a la tendencia y a la operación" y, de forma todavía más clara, que "la experiencia de la prudencia no se compone sólo de recuerdos, sino del ejercicio en mandar rectamente" (ST, II-II, 47, 16c y ad 2, respectivamente). Los "recuerdos" (o "principios universales", cfr. ST, II-II, 47, 15c; 49, 2c) son, en clave jurídica, los conocimientos técnicos (ley, doctrina, costumbres, etc.). El "mandar rectamente" no puede traducirse como un mero acto de la voluntad (y, por tanto, independiente de la prudencia) como ocurre con los autores que siguen la opinión de Scoto y que dominan en el pensamiento actual. En ese mandar rectamente, por el contrario, se conjugan todos los elementos doctrinarios antes vistos que, en íntimo contacto con el sentido propio del caso, determinan, en un momento dado, una concreta decisión que es el acto de imperio o prudencia en sentido estricto. En otras palabras: el mandar rectamente (o acto de imperio) no puede ser asociado a la *potestas* —en Roma del Pretor; en la actualidad de la Administración (Policía, etc.)— sino que es un acto de plena *auctoritas* —y por ello, genuinamente prudencial—. Aun la orden de "ejecución de sentencia" dictada por el juez queda involucrada en el acto de imperio, como un elemento de esa específica y determinante decisión prudencial. Tan sólo la ejecución material (por ejemplo, la detención concreta del condenado) es un acto de potestad (del que "puede").

⁷⁴ ST, II-II, 47, 2c. Cfr. también, entre otros sitios, ST, II-II, 47, 1 ad 2, 47, 7c y 49, 5c.

Y como lo justo o derecho constituye el objeto de la justicia.⁷⁵ la conexión antes apuntada se cierra cuando observamos que esta última se erige en fin de las relaciones sociales.

Acaso otra sugerente consecuencia de la consideración aquinatense de la ciencia del derecho como un conjunto de conocimientos que, además de su base teórica, requieren una permanente vinculación a la práctica, es el que Tomás examine los procesos de determinación (y en cierta medida de creación) del derecho recién al final de sus reflexiones jurídicas. No hay, pues, en él —en oposición a lo que será la tónica del pensamiento moderno y contemporáneo— una preocupación por definir el derecho desde un principio y en términos incontrovertibles.⁷⁶ Ni siquiera la cuestión que propiamente se ocupa de este punto lleva por título dicho planteamiento.⁷⁷ Hay en esto, sin duda, una muestra de realismo que sugiere una cercanía a los problemas concretos de su tiempo y, en suma, un conocimiento de la naturaleza del derecho que no tiene comparación con muchos autores jurídicos posteriores, entre los que no hacen excepción los contemporáneos. Así, si nos detenemos por un momento en la estructura jurídica general de la *Summa* llama la atención la descripción aquinatense del *iter* jurídico (en suma, de la misma vida del derecho)⁷⁸ de suerte que al momento de estudiar las características de la sentencia⁷⁹ se encuentran ya desarrollados todos los elementos necesarios para arribar a la mejor solución posible.

En efecto, en primer lugar (I-II, 90, 1 ss.), se recoge el tema de la *Ley* como “regla y medida”, es decir, como criterio que *ayuda* a precisar lo justo⁸⁰ y dentro del cual se presta atención, según lo antes visto, al estudio de las costumbres y al recurso a las autoridades, aspecto éste que, por lo demás, campea a lo largo de toda la obra aquinatense. ¿Por qué decimos que *ayuda* y no que meramente *precisa* el derecho? Porque el razonamiento aquinatense no concluye ahí, sino que prosigue: en la II-II 47, 1 ss. encontramos el Tratado de la *Prudencia* que será la virtud fundamental del juez al momento de discernir el *derecho*. Sin embargo, el Aquinate todavía no se ha ocupado de éste. Lo hará inmediatamente después, en el Tratado del *Derecho* y la *Justicia* (II-II, 57, 1) que es donde se sitúa, propiamente, el proceso (*iudicio*) en cuyo contexto el *iudex*, munido de las leyes, las costumbres, las *regulae iuris*, los *loci communi*, las opiniones de las *auctoritas*, etc., de forma prudencial, dirá el *ius* de cada uno.

Y con lo dicho hemos, finalmente, llegado a la sentencia. Como expresa Villey, “todo diálogo dejado a sí mismo jamás terminaría. Podrían lanzarse a

⁷⁵ ST, II-II, 57, 1c.

⁷⁶ No sorprendería que el Aquinate haya tenido en cuenta la aleccionadora máxima romana, D, 50, 17, 202: *omnis definitio in iure periculosa est*.

⁷⁷ Cfr. ST, II-II, 57, 1

⁷⁸ No compartimos, por tanto, la opinión de d'Ors —en alguna medida aceptada por Villey— de que derecho es “sólo lo que aprueban los jueces”. Para el primer autor, cfr. “Derecho es lo que aprueban los jueces”, *op. cit.*, pp. 45-54.

⁷⁹ Cfr. ST, II-II 60 (cuestión relativa al “juicio”).

⁸⁰ Sobre este aspecto, cfr. la sugerente interpretación de JOHN FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, p. 129.

debate nuevos argumentos u otros puntos de vista. El diálogo amenazaría así con hacerse interminable. Y, sin embargo, hay que salir de él".⁸¹

En las antiguas escuelas filosóficas griegas y más tarde en la universidad medieval, era el maestro el encargado de cerrar (*cum-cludere*) el proceso. En la metodología aquinatense, luego de planteadas las opiniones, se abre camino, en el *respondeo*, al desarrollo de su particular punto de vista respecto del problema debatido, el que puede ser ampliado —o, incluso, matizado— en los ad 1, 2, 3, etc., con lo cual se cierra, al menos provisionalmente, el problema.

Un ejemplo de lo recién expuesto se puede observar en la cuestión relativa a "si se debe o no juzgar conforme a la ley escrita".⁸² En ella, el problema gira en torno de si el juez puede discernir en qué casos deberá prevalecer la interpretación literal y en cuáles otros habrá de buscar la intención del legislador o bien "acomodar" la aplicación de la ley al caso bajo estudio.⁸³ En este contexto, la respuesta, muy a pesar de la irreal "seguridad" jurídica que ambicionó el legalismo, es ambigua. Ella es, como lo decía Abelardo, *sic et non*: admite algunos aspectos de una naturaleza determinada pero, en muchas otras ocasiones, puede o debe, también, recoger otros de índole contraria. La respuesta, dicho con otras palabras, es un reflejo de la realidad humana, la cual es necesariamente compleja y en parte mudable.

Siguiendo a Villey⁸⁴ advertimos, en el ejemplo antes aludido, tres posibles soluciones: la primera es por la afirmativa (*et ideo necesse est quod iudicium fiat secundum legis scripturam*).⁸⁵ Pero: ¿y si la ley es injusta? Es la objeción que plantea Isaías y que mueve al Aquinate a matizar su respuesta anterior: *Et ideo secundum eas non est iudicandum*.⁸⁶ Y hay una nueva objeción, esta vez de Aristóteles: ¿qué ocurre cuando una ley —justa—, en razón de su generalidad no alcanza a reflejar la naturaleza del caso que se le presenta? Ejemplo típico al que se acude es al depósito. Y aquí Tomás ha de ceder otra vez formulando una tercera respuesta: *Et ideo in talibus non est secundum litteram legis iudicandum*.⁸⁷ De lo expuesto, creemos que surge con claridad que el juez (o intérprete) "diseña" una respuesta en función del caso que tiene delante de sí, el cual, por lo demás, de alguna manera *determina* su modo de actuar. Por ello, la

⁸¹ M. VILLEY, *Précis*, II, p. 227.

⁸² ST, II-II, 60, 5.

⁸³ Sobre lo dicho, es interesante el pasaje de San Hilario, mencionado por el Aquinate en ST, I-II, 96, 6 c y cuya semejanza el *Digesto* (50, 17, 1) es notable: "Ha de alcanzarse el significado de las palabras considerando los motivos por que fueron pronunciadas; porque las cosas no están sujetas a las palabras, sino las palabras a las cosas". Ante lo que glosa inequívocamente el autor de la *Suma*, "Por consiguiente, mas que a las palabras de la ley se ha de atender a las razones que movieron al legislador".

⁸⁴ M. VILLEY, *Questions*, pp. 67-70.

⁸⁵ ST, II-II, 60, 5c.

⁸⁶ *Ibid.*, ad 1.

⁸⁷ *Ibid.*, ad 2.

sentencia que de forma estricta se alcanza, apenas alcanza al caso tenido en mira. Su valor para otros supuestos es relativo, es decir, valdrá *in plerisque*.⁸⁸

Se podrá inferir de esto, quizá, que la conclusión a la que se ha llegado es por demás modesta. Puede que en verdad lo sea. En definitiva, no se debe olvidar que "la prudencia trata de acciones contingentes. En éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria sino por lo que sucede comúnmente, puesto que los principios deben ser proporcionados a las conclusiones, que han de ser del mismo orden de aquéllos".⁸⁹ Esta es, en efecto, una de las características fundamentales del método dialéctico de la *quaestio sic et non*, porque así es la realidad humana que motiva los casos que, de ordinario, se presentan.⁹⁰ De allí la importancia que veíamos, asignaba Tomás a la razón en el ámbito de la prudencia. A la razón práctica, en efecto (y en concreto al acto de imperio que la hace realidad) le compete, hasta donde le sea posible, penetrar en la interioridad misma del problema y revelar la razón última de justicia o de injusticia que esconden los actos en cuestión. En este horizonte, la noción de prudencia supone una concepción mucho más amplia, tanto del concepto de razón como del de naturaleza, que la predominante desde el advenimiento del pensamiento moderno. Como explica el Aquinate respecto del primer aspecto, "aunque la razón sea en otras virtudes intelectuales más cierta que en la prudencia, sin embargo, ésta necesita más que ninguna del buen razonamiento del hombre para poder aplicar rectamente los principios universales a los casos particulares que son variados e inciertos".⁹¹ Y esto es así porque penetrar en la intimidad de un caso supone, en sentido estricto, penetrar en los últimos recodos de la naturaleza humana, que desencadena aquéllos. Mientras la razón del racionalismo es una razón exclusivamente teórica, que opera a partir de enunciados verdaderos o falsos; la razón de la tradición aristotélica-romana es, en cambio, práctica: actúa ante aspectos difíciles y emite sólo juicios probables. ¿Por qué? Porque una razón teórica que experimenta sobre una naturaleza física obtiene conclusiones no-problemáticas; obtiene constataciones objetivas. En cambio, la razón práctica tiene frente a sí al hombre y sus problemas. Eso quiere decir que el hombre no es pura materia, sino, además, "sentimiento" (Martínez Doral,⁹² "perjuicio" (Radbruch),⁹³ "corazón" (Pascal). A partir de una materia dada, el hombre en cierta medida "se hace" día a día hasta llegar a su plena naturaleza. El pensamiento clásico tuvo en cuenta la dificultad del obrar humano y de la percepción de éste y por eso puso tanto empeño en la decisión. De ahí que la afirmación tomista en el sentido de que "la prudencia es sabiduría de las cosas humanas pero no la sabiduría en absoluto",⁹⁴ si bien puede a primera vista tener una connotación negativa, denota

⁸⁸ Cfr. M. VILLEY, *Précis*, II, pp. 216, 222; *Questions*, pp. 44, 152, 166. Recuérdese al respecto: *D*, 50, 17, 202 citado en nota 76.

⁸⁹ *ST*, II-II, 49, 1. Cfr. también: *ST*, II-II, 47, 3c; ad 2 y 47, 15c.

⁹⁰ Cfr. al respecto *ST*, I-II, 97, 1c, citado más extensamente en nota 66.

⁹¹ *ST*, II-II, 49, 5, ad 2.

⁹² Sobre este punto cfr. más ampliamente del mismo autor, *Sociólogos, Juristas, Filósofos. Una metodología de la ciencia del derecho* (compilación y notas por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Alejandro Vergara Blanco) en prensa en "Persona y Derecho", Pamplona.

⁹³ Sobre esto, cfr. W. HASSEMER, *op. cit.*, pp. 82-3. Otras referencias sobre este punto: RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990, nota 1218.

⁹⁴ *ST*, II-II, 47, 2 ad 1.

una enorme confianza en las fuerzas de la razón (teórica y práctica) para poder plantear y responder —en un grado no despreciable— la “justicia del caso concreto”.⁹⁵ La metodología dialéctica se alza, pues, a pesar de sus prevenciones —o mejor, *gracias* a tales prevenciones— como un procedimiento “finalista”, que cree posible alcanzar un concepto concreto de derecho. Desde otras raíces, esta consideración ha sido reconocida, en la actualidad, por Ronald Dworkin, para quien, precisamente en el seno de las dificultades que todo problema entraña, está implícito un *sentido* que se puede detectar y según el cual es posible trazar un límite más o menos seguro entre lo justo y lo injusto.⁹⁶ Que tal objetivo pueda concretarse siempre y en todos los casos es, ciertamente, otra cuestión. El camino no se encuentra exento de dificultades. La máxima de Terencio⁹⁷ es particularmente aplicable en este ámbito en el que todo es decisión y, en muchas oportunidades —cuando se llega, por ejemplo, a la máxima instancia— *decisión sin retorno*. El realismo del Aquinate es en este sentido, también aleccionador.⁹⁸ Por ello, la búsqueda por él emprendida, como bien lo han resaltado Villey y Viehweg, parte de un “mínimo” relativamente aceptable: reúne a personas altamente cualificadas de suerte que tenemos la tranquilidad de que la decisión ha recorrido diversas opiniones —al menos las más relevantes respecto de un tema determinado, lo cual habla de una cierta honestidad y rigor científicos— y los diversos aspectos de la cosa disputada, “suministrando así la perspectiva más alta y completa (el justo medio) que quepa obtener de ella provisionalmente en un grupo”.⁹⁹

Por el contrario, “las doctrinas inventadas después, continúa Villey, y que enseñan nuestras teorías generales del derecho son más cómodas. El positivismo dicta a los jueces la estricta observación de la ley. Los realistas americanos, una absoluta libertad en relación a los textos. ¡Soluciones netas!”¹⁰⁰

Pero, desgraciadamente (o quizá, ¿afortunadamente?), si hay algo que se rebela ante este tipo de soluciones radicales es la realidad misma, en la que se sitúan los problemas y donde los matices son inevitables.¹⁰¹ De ahí que este *sobre*

⁹⁵ En este sentido, L. LARENZ, *op. cit.*, nota 29.

⁹⁶ En las obras de retórica de la antigüedad griega el sentido último de todas las cosas fue el derecho natural. Al respecto, la referencia de Antígona, recogida en la *Retórica* aristotélica (1373, b 7-10) parece sintomática: “Llamo ley común, dice el Estagirita, a la conforme a la naturaleza. *Pues existe algo que todos en cierto modo adivinamos, lo cual por naturaleza es justo e injusto en común, aunque no haya ninguna mutua comunidad ni acuerdo*, tal como aparece diciendo la Antígona de Sófocles, que es justo, aunque esté prohibido, enterrar a Polinices por ello justo por naturaleza” (según la trad. de Antonio Tovar).

⁹⁷ “Soy humano, nada de lo humano me es ajeno”.

⁹⁸ Citando a Aristóteles, *ST*, II-II, 47, 16c, expresa “lo que produce deleite y lo que produce tristeza pervierten el juicio de la prudencia”. Y agrega: “Leemos también en Daniel, la belleza te sedujo y la pasión pervirtió su corazón” y en el Exodo “no recibas regalos, que ciegan a los prudentes”.

⁹⁹ M. VILLEY, *Précis*, II, p. 59. Y en esa línea, agrega dicho autor, *ibidem*, pp. 64-5 que “aunque los fines prácticos nos separan, la búsqueda de la verdad es un fin común, un campo de encuentro entre partícipes, que inicialmente poseen opiniones diversas, pero que converdrán en ponerse de acuerdo, una vez que hayan obtenido sobre la cosa una visión más amplia y reconciliadora. Para superar el conflicto, para resolverlo, el jurista ha de transportarse (provisionalmente) al plano de la investigación desinteresada”.

¹⁰⁰ M. VILLEY, *Questions*, p. 71.

¹⁰¹ Cfr. *ST*, II-II, 49, 1c; 49, 5 ad 2 y 49, 7 c ya citados en nota 72.

elevarse a los distintos elementos creadores de la ciencia jurídica, *desde el seno del problema mismo* creemos que sigue siendo, al paso de los siglos, la metodología más adecuada para encontrar lo justo del caso concreto.

Así, pues, la enseñanza aquinatense, aquí resumida, puede considerarse reveladora, tanto por el camino que abriera en su día en el pensamiento medieval; como por el reconocimiento del que ese camino goza hoy, en un horizonte que ya ha iniciado la cuenta atrás de los otrora dominantes monismos ("legalismos", "decisionismos", etc.) como vía de acceso a los procesos de obtención del derecho.

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS