

LO VERDADERO EN EL REALISMO JURÍDICO

CARLOS ISLER SOTO*

I. "Derecho es lo que aprueban los jueces" parece una aserción propia del realismo jurídico escandinavo o estadounidense. Sin embargo, esta frase que se asemeja a la definición de derecho de Wendell Holmes es el título de un escrito de Álvaro D'Ors¹, quien pareciera tener poco en común con los sociólogos del derecho contemporáneo.

Y tal aserción, aunque incompleta, es correcta. No es más que una aplicación de la antigua definición tomista de derecho, que se remonta al Isidoro de las Etimologías, y que expresa el sentir de la jurisprudencia clásica romana. Lejos de ser el gran descubrimiento de sociólogos del siglo XX, es una verdad que, hechas ciertas precisiones, se había olvidado más por la aparición de nuevos paradigmas jurídicos que por lo antigua. Vamos a exponer aquí la concepción clásica del derecho como "lo justo" (que aprueban los jueces).

Tratando sobre la virtud de la justicia, en la II-II, define Santo Tomás al derecho como *objectum iustitiae*, el objeto de la justicia (q.57 a.1, "sed contra"). Más adelante lo define como lo justo (*iustum*), la misma cosa justa (*ipsa res iusta*). Con la expresión *iustum*, Santo Tomás traduce el *tò dikaiòn* griego, que expresa la misma idea y que Aristóteles utilizara también para designar al objeto de la justicia.

* Abogado, magíster en Filosofía con mención en Metafísica por la Universidad de Chile. Profesor de las Universidades Bernardo O'Higgins y Andrés Bello.

¹ *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en "Atlántida", N° 45 (1970), pp. 233-245, ensayo en el que se pueden leer afirmaciones que parecieran pertenecer a representantes del llamado realismo jurídico estadounidense y que, no obstante, proceden de alguien mucho más cercano a posiciones clásicas: "Entonces, si no hay más derecho que el que los jueces aprueban (o pueden aprobar), ¿qué sentido tiene que uno que no es juez diga 'esto es justo o injusto', 'tienes derecho o no tienes derecho'? Tales declaraciones, que son muy frecuentes, tanto en boca de consejeros, abogados o no, como de profesores, como, en general, de todo el que habla de derecho, son pronósticos de la probable decisión judicial, es decir, *pronósticos de derecho*. Es más, todo el derecho es antes que nada pronóstico, un pronóstico de la conducta judicial previsible": p. 236.

Si el derecho es el objeto de la justicia, lo primero será determinar qué es esta. La justicia, contra las teorías de ciertos iusnaturalistas contemporáneos, no es el fin del derecho, ni un valor. Es una virtud, y “ya que toda virtud es hábito principio del acto bueno, es necesario que la virtud sea definida por el acto bueno relativo a la materia propia de la virtud. Es el caso que la justicia trata, como su materia propia, de aquellas cosas que son relativas a otro, como más abajo se verá. Y por ello se trata sobre el acto de la justicia por relación a su propia materia y objeto, cuando se dice que da a cada uno su derecho, porque, como dice San Isidoro en el libro de las Etimologías, justo se dice porque custodia el derecho”².

Una virtud, desde Aristóteles, es un hábito operativo bueno, un principio de acciones buenas, y, en este caso, la acción buena es el derecho. Una virtud lleva al agente a actuar de manera constante en una determinada forma (buena), de ahí que los griegos la denominasen también “segunda naturaleza”, porque así como la naturaleza es principio del obrar, la virtud como hábito “se añade” a la naturaleza humana y es principio del obrar actos buenos. Como segunda naturaleza, la virtud perfecciona al agente, y lo particular de la justicia es que perfecciona a la persona en su relación con los demás. Mientras las demás virtudes tienen relación solo con el agente, la justicia es aquella que rige nuestras relaciones con otros.

Justicia es, así, “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”³.

Como expresa Teófilo Urdanoz, “su derecho” o “lo suyo” deben entenderse “no solo en el sentido material de las cosas poseídas o referido al simple dominio de propiedad, sino en toda la amplitud en que lo interpreta Santo Tomás, como equivalente a *todo lo ordenado a otro, lo que es debido a otro*. Y esto según todas las formas de justicia: el derecho de la justicia conmutativa –lo suyo individual– y el de la distributiva y de la legal: lo suyo de la misma sociedad o de los individuos como miembros del

² Summa Theologiae, II-II, q. 58, a. 1: “Cum enim omnis virtus sit habitus qui est principium boni actus, necesse est quod virtus definiatur per actum bonum circa propriam materiam virtutis. Est autem iustitia circa ea quae ad alterum sunt sicut circa propriam materiam, ut infra patebit. Et ideo actus iustitiae per comparisonem ad propriam materiam et obiectum tangitur cum dicitur, ius suum unicuique tribuens, quia, ut Isidorus dicit, in libro Etymol., iustus dicitur quia ius custodit”. Ocupamos la edición crítica on-line en <http://www.corpusthomicum.org>

³ II-II, q. 58, a.1 “iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit”.

cuerpo social"⁴. Para el delincuente, la pena es lo suyo, su *ius*; las cargas y tributos sociales constituyen *iura* a repartir entre los ciudadanos.

En fin: el acto por el cual una persona justa determina lo justo concreto es el juicio, el que significa "propiamente el acto del juez en cuanto juez. Pues se lo llama 'juez' como 'quien dice el derecho'. Pero el derecho es el objeto de la justicia, como se vio anteriormente. Y por ello el juicio implica, según su acepción original, la definición o determinación de lo justo o del derecho. Pero que alguien defina rectamente algo en las obras virtuosas procede propiamente del hábito de la virtud, tal como el casto determina rectamente aquellas cosas que pertenecen a la virtud de la castidad. Y por ello el juicio, que implica recta determinación de aquello que es justo, propiamente pertenece a la justicia. Por lo cual dice el Filósofo en el libro V de la 'Ética' que 'los hombres acuden al juez como ante la justicia animada'⁵.

La justicia como virtud, entonces, no es propia solo de los jueces, aunque toda sociedad haya considerado siempre que es particularmente importante que los jueces sean justos. Pero, en realidad, toda persona debe ser justa, así como toda persona debe ser valiente, y no solo el soldado. Y si la justicia debe ser ejercida por todos, lo justo no emanará solo de sentencias judiciales, sino también de toda vía por la cual una persona se relaciona con otra. Decir el derecho, el *ius*, lo justo, el *iustum*, no es propio solo del Estado o alguno de sus órganos. Cada acción justa produce derecho. Por ello la expresión "derecho es lo que aprueban los jueces", es correcta en cuanto un juez justo determinará siempre lo justo concreto, y ello es el derecho. Pero es incompleta, en tanto también es lo justo y derecho aquello que toda persona justa, no solo los jueces, decreta en un juicio referido a relaciones entre dos o más personas. En lo que sigue, nos preocuparemos solo de lo justo, del derecho, como lo que (en tanto justo) decretan los jueces.

⁴ Urdanoz, Teófilo, "Introducción a la cuestión 58", en Tomás de Aquino, Suma Teológica, BAC, Madrid, 1956, vol. VIII, p. 247.

⁵ II-II, q.60, a.1: "iudicium proprie nominat actum iudicis in quantum est iudex. Iudex autem dicitur quasi ius dicens. Ius autem est obiectum iustitiae, ut supra habitum est. Et ideo iudicium importat, secundum primam nominis impositionem, definitionem vel determinationem iusti sive iuris. Quod autem aliquis bene definiat aliquid in operibus virtuosis proprie procedit ex habitu virtutis, sicut castus recte determinat ea quae pertinent ad castitatem. Et ideo iudicium, quod importat rectam determinationem eius quod est iustum, proprie pertinet ad iustitiam. Propter quod philosophus dicit, in V Ethic., quod *homines ad iudicem confugiunt sicut ad quandam iustitiam animatam*".

Por último, que el derecho sea lo que en tanto justo aprueban los jueces, implica que éste emanará más en la forma de sentencias que de leyes y normas generales. El derecho, lo justo, como un juicio, es siempre concreto. Ello, como veremos, no significa despreciar la ley.

II. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO. ¿CÓMO DETERMINA UN JUEZ LO JUSTO, LA RELACIÓN JUSTA ENTRE DOS O MÁS PERSONAS?

En el libro V de la *Ética a Nicómaco*, expresa Aristóteles que en lo justo puede distinguirse lo que es natural y lo que es puramente legal: es "natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza, independientemente de lo que parezca o no, y legal aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo, por ejemplo, que el rescate cueste una mina, o que se deba sacrificar una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes establecidas para casos concretos"⁶. Ley y naturaleza determinan lo justo concreto.

Primero, la naturaleza. Aristóteles tiene más que claro que hay quienes sostienen que no existe lo justo por naturaleza, ya que, según ellos, "lo que es por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes la misma fuerza, lo mismo que el fuego quema tanto aquí como en Persia, y constatan que las cosas justas varían"⁷. Sin embargo, para Aristóteles ello está lejos de ser un obstáculo insalvable: lo que sucede es que "hay algo justo natural y, sin embargo, todo lo justo es variable; con todo, hay algo justo natural y otro no natural. Pero es claro que las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cuál no es natural sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables".

Hay partes del texto transcrito que parecen claras: así cuando dice que aquello que pertenece a lo justo convencional es completamente mutable. Es indiferente a la naturaleza humana, por ejemplo, que se establezca que el IVA será un 17 o un 18%, pero una vez establecido en 18%, lo justo es pagar tal porcentaje y no menos. Pero ello no impide que el día de mañana decida el legislador cambiar tal norma, y con ello no viola exigencia alguna de la naturaleza humana. Buena parte de la mutabilidad de lo justo queda así explicado.

⁶ *Ética a Nicómaco* (en adelante, *EN*), V, c. VII, 1134b20-23. Ocupamos la traducción de María Araujo y Julián Marías en su edición bilingüe del texto, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959. En este y el siguiente pasaje citado, hemos variado ligeramente la traducción.

⁷ *EN*, V, VII, 1134b30-34.

Pero existe aquello que, aun teniendo su base en lo justo natural, es mutable.

A primera vista, parece haber aquí una contradicción: ¿cómo puede aquello que es de suyo inmutable, volverse mutable, y seguir siendo justo?

Tal como está expresado en la *Ética a Nicómaco*, el punto parece oscuro. Santo Tomás, en su *Comentario* a la obra aristotélica, intenta resolver el problema. En primer lugar, hay que reconocer que no todo lo natural es inmutable: así existe lo que, según su naturaleza, está sujeto al cambio, algo que el mismo Aristóteles había expresado. Pero resta explicar cómo aquello que naturalmente es inmutable puede devenir mutable.

El Aquinate hace aquí una distinción: aquellas cosas que, siendo justas, pertenecen a la razón misma de justicia, son inmutables, y tales son los primeros principios del saber práctico y las prohibiciones morales negativas absolutas, como "no robar". Aquello que es esencialmente *injusto* es inmutable. Sin embargo, las normas referidas a deberes positivos pueden estar sujetas a excepción: así es un deber de justicia devolver siempre lo que se le ha prestado, pero este deber queda sin efecto cuando la cosa prestada es un arma y el prestamista se ha vuelto loco. Así "ha de observarse que, dado que las razones de las cosas mutables son inmutables, si algo es natural para nosotros como perteneciente a la misma razón de hombre, no puede cambiar en modo alguno, por ejemplo, que el hombre es animal. Sin embargo, aquellas cosas que siguen a la naturaleza, por ejemplo, las disposiciones, acciones y movimientos varían, como en la minoría de los casos. Y de modo similar, aquellas cosas que pertenecen a la misma razón de justicia no pueden variar en modo alguno, por ejemplo, que no se debe robar, porque es hacer algo injusto. Aquellas cosas que siguen a la razón de justicia, varían en la minoría de los casos"⁸. Puede hablarse así de principios de justicia sujetos a excepción⁹.

Por último, podemos agregar, siempre existen culturas que, lisa y llanamente, desconocen, con o sin culpa de su parte, principios de derecho

⁸ *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum Expositio*, V, lectio XII: "Est tamen attendendum quod quia rationes etiam mutabilium sunt immutabiles, si quid est nobis naturale quasi pertinens ad ipsam hominis rationem, nullo modo mutatur, puta hominem esse animal. Quae autem consequuntur naturam, puta dispositiones, actiones et motus mutantur ut in paucioribus. Et similiter etiam illa quae pertinent ad ipsam iustitiae rationem nullo modo possunt mutari, puta non esse furandum, quod est iniustum facere. Illa vero quae consequuntur, mutantur ut in minori parte".

⁹ Es naturalmente inmutable el precepto negativo que prohíbe matar, porque el matar es esencialmente injusto. Pero el deber positivo de salvar la vida de quien se encuentra en peligro puede estar sujeto a excepciones.

natural, lo que no dice nada contra su validez –la validez de nuestro Código Civil no depende del conocimiento que pueda tener el pueblo de él–¹⁰.

Poco más adelante, tras reiterar que existen prescripciones sobre lo justo basadas únicamente en haber sido establecidas positivamente, expresa Aristóteles que “cada una de las cosas justas y legales es como lo universal respecto de lo particular: en efecto, los actos son muchos, pero cada una de aquéllas es una, porque es universal”¹¹, a lo que Santo Tomás comenta que el Filósofo “dice que todas aquellas cosas de lo justo natural y legal se relacionan con las cosas humanas como lo universal respecto de lo singular”¹². Con ello quiere decir que incluso las determinaciones más concretas de lo justo constituyen una aplicación de principios generales, los denominados principios del saber práctico, y también las leyes. El derecho –lo justo– no se determina arbitrariamente, sino que existe al efecto toda una serie de principios aplicables. Los positivistas actuales consideran entre tales principios solo a las leyes positivas. Aristóteles y Santo Tomás agregan, como fundamento de las mismas leyes positivas, los principios constitutivos de la ley natural.

III. LA LEY POSITIVA

Resta ver qué papel tiene la ley positiva en esta determinación de lo justo.

Queda claro que, para Santo Tomás, el significado primario de derecho, su *focal meaning*, es *lo justo, la misma cosa justa*, el objeto de la virtud de la justicia. Pero el Aquinate acepta que bajo el término “derecho” puedan significarse realidades distintas, pero siempre en relación al

¹⁰ En realidad, como ha sostenido Spaemann, toda la teoría del derecho natural no ignora ni concede poca importancia al hecho evidente de nuestras diferencias a la hora de establecer que es justo, sino que, más bien, *tiene su origen en tal disenso*: “Es ist gegen den Gedanken eines von Natur Gerechten eingewandt worden, er beruhe auf einer Inkenntnis der Relativität menschlicher Ertengen, auf einer Unkenntnis der Tatsache, dass über Recht und Unrecht der Breitegrad entscheidet, wie Pascal schrieb. Das Gegenteil ist richtig. Die These, es gäbe ein von Natur Gerechtes, ist die Antwort der Griechen des 5. Jahrhunderts vor Christus auf die Entdeckung dieser Tatsache. Reiseerfahrungen und ihre Begegnung mit anderen Kulturen hatten sie situg gemacht. Die Naivität, kurzerhand die eigenen Sitten für besser als die der anderen zu halten, war ihnen abhanden gekommen... In dieser Situation entsteht die Frage, ob es nicht einen kulturübergreifenden Masstab gäbe, der es erlauben würde, kulturelle Wandel zu beurteilen, Verbesserungen von Verschlechterungen, bessere Sitten von schlechteren zu unterscheiden”: Spaemann, Robert, *Die Bedeutung des Natürlichen im Recht*, en “Persona y Derecho”, 29 (1993), p. 33

¹¹ EN, V, c. VII, 1135a7-9.

¹² *In Decem*, V, lectio XII: “Et dicit quod unumquodque iustorum naturalium et etiam legalium se habet ad res humanas ut universale ad singularia”.

concepto de lo justo: “es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primera imposición a significar otras cosas, tal como el nombre de ‘medicina’ fue impuesto primero para significar el remedio que se aplica al enfermo para sanarlo, y posteriormente fue llevado a significar el arte por el cual se hace tal. Del mismo modo, este nombre, ‘derecho’, fue impuesto para significar la misma cosa justa; sin embargo, luego fue derivado al arte por el cual se conoce qué sea lo justo; y más tarde fue derivado para significar el lugar en el cual el derecho se determina, tal como se dice que alguien comparece en derecho; y posteriormente se llama ‘derecho’ lo que es determinado por aquel a cuyo oficio corresponde hacer justicia, aun cuando lo que decida sea inicuo”¹³. Dentro de las distintas realidades que se pueden denominar “derecho” –siempre en relación con el *focal meaning* de lo justo–, Santo Tomás no incluye la ley. Y es que para él la ley no es “el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho”¹⁴: “así como de aquellas cosas externas que son hechas por arte preexiste cierta razón en la mente del artifice, la cual es llamada ‘regla del arte’, así preexiste en la mente cierta razón de aquella obra justa que determina la razón, la cual es como una regla de la prudencia. Y esta regla, si se reduce por escrito, es llamada ley, pues la ley, según Isidoro, es una constitución escrita”¹⁵.

La ley, y lo mismo podemos decir de cualquier norma más o menos general, no es el derecho, ni lo son todas ellas juntas en un ordenamiento, sino son reglas que sirven para que el “artista” del derecho descubra lo que es justo.

El Estagirita había expresado que existe lo justo por naturaleza, determinado por lo que en Santo Tomás se denominan principios del saber práctico o de la ley natural, y lo justo legal, que resulta de lo establecido por la ley humana positiva. Pareciera que el papel de esta última se refiere a decir qué es derecho solo en el segundo caso, en el de lo justo legal –aquello de suyo indiferente–, y no en el primero, el de lo justo positivo.

¹³ II-II, q. 57, a. 1, ad 1: “quod consuetum est quod nomina a sui prima impositione detorqueantur ad alia significanda, sicut nomen medicinae impositum est primo ad significandum remedium quod praestatur infirmo ad sanandum, deinde tractum est ad significandum artem qua hoc fit. Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam; postmodum autem derivatum est ad artem qua cognoscitur quid sit iustum; et ulterius ad significandum locum in quo ius redditur, sicut dicitur aliquis comparere in iure; et ulterius dicitur etiam ius quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit sit iniquum”.

¹⁴ II-II, q. 57, a. 1, ad 2: “lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris”.

¹⁵ Íd.: “sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praeexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti quod ratio determinat quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc si in scriptum redigatur, vocatur lex, est enim lex, secundum Isidorum, constitutio scripta”.

Aquí introduce el Aquinate una importante modificación a la teoría jurídica de Aristóteles, y expresa que, en último término, toda ley positiva se fundamenta y constituye aplicación de la ley natural, incluso aquellas normas reguladoras de lo que es de suyo indiferente. Conviene dejar hablar al propio dominico: "Ha de considerarse que lo justo legal o positivo se origina siempre en lo justo natural, como dice Cicerón en su Retórica. Pero puede originarse de dos modos de partir del derecho natural. De un modo, como la conclusión a partir de los principios; y así el derecho positivo o legal no puede originarse a partir del derecho natural; pues dándose las premisas, la conclusión es necesaria; pero como lo justo natural es siempre y en todo lugar, como se ha dicho, esto no compete a lo justo legal o positivo. Y por ello es necesario que cualquier cosa que se siga de lo justo natural como conclusión, sea justo natural, como que del hecho de que no se ha de dañar a nadie injustamente, se sigue que no se ha de robar, lo que pertenece al derecho natural. De otro modo se origina algo a partir de lo justo natural por vía de determinación; y de este modo todas las cosas justas positivas o legales se originan de lo justo natural. Como que pertenece a lo justo natural que se ha de castigar el robo, pero que se haya de castigar con tal o cual pena, esto es puesto por la ley"¹⁶.

Nunca se destacará lo suficiente la importancia que tiene para el iusnaturalismo tomista la noción de *determinatio*. Es la concesión a la historia de lo que le pertenece: la aplicación concreta y mutable de principios inmutables y eternos¹⁷. Pertenece a la naturaleza del hombre, y por ende, al derecho natural, la obligación de contribuir a la sociedad. Esta obligación es eterna, pero su aplicación es variable: puede tomar forma de impuestos, servicios sociales, servicio militar, etc. Es la ley positiva la que *determina* históricamente principios suprahistóricos. Aristóteles tenía razón cuando decía que había materias de lo justo que eran de suyo indiferentes, en el sentido de que aquello que es justo es determinado en tales casos por la ley humana y no por la naturaleza. Pero Santo Tomás ve en esa

¹⁶ *In Decem*, V, lectio XII: "Est autem hic considerandum, quod iustum legale sive positivum oritur semper a naturali, ut Tullius dicit in sua rhetorica. Dupliciter tamen aliquid potest oriri a iure naturali. Uno modo sicut conclusio ex principiis; et sic ius positivum vel legale non potest oriri a iure naturali; praemissis enim existentibus, necesse est conclusionem esse; sed cum iustum naturale sit semper et ubique, ut dictum est, hoc non competit iusto legali vel positivo. Et ideo necesse est quod quicquid ex iusto naturali sequitur, quasi conclusio, sit iustum naturale; sicut ex hoc quod est nulli esse iniuste nocendum, sequitur non esse furandum, quod item ad ius naturale pertinet. Alio modo oritur aliquid ex iusto naturali per modum determinationis; et sic omnia iusta positiva vel legalia ex iusto naturali oriuntur. Sicut furem esse puniendum est iustum naturale, sed quod sit etiam puniendum tali vel tali poena, hoc est lege positum".

¹⁷ La *determinatio* permite al iusnaturalismo realista evitar todos los problemas de inmovilidad del derecho que traería consigo el iusnaturalismo racionalista, empezando por el fijismo dogmático de su hija legítima, la Escuela de la Exégesis.

misma ley humana una aplicación de la ley natural: la ley que establece el IVA en 18% es *determinación* del principio del saber práctico referido a nuestro deber de contribuir a la sociedad, y una vez establecido el IVA en 18%, pagar menos de tal porcentaje pasa a ser una contravención de la misma ley natural y no solo de la ley positiva¹⁸.

Pues bien: dentro de la labor del juez de encontrar lo justo concreto, las leyes –si justas– constituyen principios que determinan tal justo concreto. En las materias que Aristóteles denominaba indiferentes de suyo, lo justo constituye lo que establecen las leyes. ¿Es esto normativismo? No.

La mayoría de las leyes constituyen principios generales y no universales¹⁹. Ya Aristóteles había enseñado en la *Ética a Nicómaco* que la equidad debe corregir a la justicia meramente legal: “lo equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo como si se tratara de otro género. Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de lo justo legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente

¹⁸ Esto no significa en caso alguno obviar la positividad de las leyes humanas, que no son meras leyes morales. Como afirma Finnis, refiriéndose a la original doctrina del Aquinate sobre la doble vía de derivación de la ley humana de la ley natural, “the novelty, to repeat, consists in taking as the relevant subject-matter the whole of positive law –that is (in this context), the *whole* of human law –and showing by philosophical analysis of practical reasoning and decision how the affirmation of the positivity of all human laws is consistent with acknowledging the (various) ways in which each such law is morally justifiable (if it is!). Some positive laws are also norms of the natural moral law –that is, are requirements of practical reasonableness. But to say this is not to detract in the least from the positivity of those laws –that is, from the fact (where it is the fact) that they have been posited humanly, by human will, and can be studied *as positive*”: Finnis, John, *The Truth in Legal Positivism*, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, New York, pp. 202-203.

Por lo demás, esta doctrina tomista justifica la necesidad de las leyes positivas, y permite refutar la ridícula crítica de Kelsen, según la cual un iusnaturalista tendría que sostener que las leyes positivas son superfluas, dado que bastaría descubrir y aplicar los supuestos principios de la ley natural. La respuesta de Santo Tomás es clara: la ley misma natural exige que haya ley positiva, por cuanto ella exige ser determinada.

¹⁹ Solo son principios universales, no sujetos a excepción alguna, aquellos que se derivan de la ley natural por vía de conclusión, que se limitan a reproducir los preceptos universales negativos de la ley natural, los absolutos morales: no matar, no mentir. Una transgresión a tales principios es *siempre* injusta, esté penada o no. Es evidente que la ley positiva no puede penalizar todas las transgresiones a todo absoluto moral: no siempre se puede castigar una simple mentira, sino que la ley solo pena aquellas especialmente graves (como el perjurio). Pero toda mentira es *siempre* injusta o antijurídica, independientemente de que se la pueda penalizar o no.

Respecto a la *tolerancia* de las transgresiones menores a los absolutos morales, Santo Tomás expresaba que era propio del sabio legislador *tolerar* las faltas menores para castigar las mayores.

de modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la naturaleza de las cosas prácticas²⁰. El Estagirita es aquí notablemente claro: no obstante la formulación universal de la ley, ésta no se aplica siempre, es decir, es en realidad meramente general, y ello no por defecto de la ley, sino por la imposibilidad de que el legislador –aun el más sabio y prudente– prevea toda las situaciones que puedan producirse. Es lo que Santo Tomás en su *Comentario* explica de manera tan diáfana: “dado que las cosas particulares son infinitas, no pueden ser abarcadas por el intelecto humano, de modo que la ley se refiriese a los casos particulares, y por ello conviene que la ley hable en universal²¹”.

Parece difícil no reconocer la validez de las consideraciones precedentes. Es poco probable que alguien vaya a sostener hoy día, como en su momento lo hizo la Escuela de la Exégesis, que no existen casos en los que la ley se muestra insuficiente. Sin embargo, los problemas se generan al afirmar que, siendo en determinados casos insuficiente la ley, el juez debe corregirla mediante la equidad. Ello, se nos dice, iría directamente contra el principio de la soberanía popular: solo el legislador, representante del pueblo, decide qué es derecho, y el juez no puede contravenir lo dispuesto por la voluntad popular democráticamente expresada.

Dentro de aquellas situaciones que pueden tolerarse, nombraba la prostitución. Pero, entiéndase bien: se *tolera*, no se legaliza ni menos se promueve. Aquello que se tolera es siempre un mal, en este caso un injusto, no es una materia moralmente neutra.

Como conclusión: el legislador humano debe penalizar por exigencia de la ley natural las transgresiones mayores a los absolutos morales, y la consagración positiva de tales transgresiones –v.gr., la prohibición de matar–, al igual que los preceptos morales negativos que recogen, no están sujetos a excepción alguna. El ordenamiento jurídico debe considerar todo tipo de asesinato como antijurídico, so pena de tornarse ilegítimo. Ello no obsta a que en casos determinados no se castigue un homicidio, pero no por haber dejado de ser antijurídico, sino por exclusión de la culpabilidad del agente. Al respecto, Aristóteles desarrolla una doctrina sobre los presupuestos del acto voluntario que debiera ser lectura obligatoria de todo penalista. Por último, respecto a situaciones como la legítima defensa, es incorrecto tratarlas como “causal de justificación”, porque un homicidio *nunca* se justifica. Sucede que el objeto moral de tal acto *no es* un homicidio, sino que se inscribe dentro del voluntario indirecto: aquellas acciones con un determinado objeto moral, y de las que se puede seguir probable o necesariamente una consecuencia indeseada que la voluntad *tolera* pero no acepta. En la misma situación cae, v.gr, el “suicidio” indirecto –un kamikaze–, acción que no es moralmente –y, por lo tanto, tampoco jurídicamente– un suicidio.

²⁰ EN, V, X, 1137b10-20.

²¹ *In Decem*, V, lectio XVI: “Quia enim particularia sunt infinita, non possunt comprehendi ab intellectu humano, ut de singulis particularibus lex feratur; et ideo oportet quod lex in universali feratur”.

Sin embargo, para los clásicos, decir que el juez podía dejar de aplicar una ley por ser claramente poco equitativa su aplicación en el caso concreto o, incluso, por ser la misma ley injusta, no era motivo de escándalo. Se comprendía simplemente lo obvio: que la ley no podía abarcar todos los casos posibles y que el juez debía remediarlo.

Ha sido Vallet de Goytisolo quien ha expresado hoy día de manera más clara la posición clásica respecto al derecho y la ley: "la justicia es un *problema* que se plantea bajo términos nuevos con ocasión de cada acto humano, y que debe recibir en cada caso una respuesta un poco diferente puesto que los términos cambian; que ser justo no es sujetarse a las máximas, como ser poeta no es seguir las leyes del arte poético, ni compositor obedecer los tratados de armonía y contrapunto; que las leyes no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que, por esencia, es inexpressable en su plenitud. Algo semejante había dicho Pío XII en su última audiencia papal: 'ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de un problema determinado'; 'las leyes mismas no son un absoluto; ceden el paso a la conciencia recta y bien formada, que precisamente se reconoce en el verdadero hombre de leyes, sea juez, abogado o notario, en la competencia aportada a la interpretación de los textos en relación con el bien superior de los individuos y de la colectividad'²².

Derecho es lo justo, y corresponde a los jueces determinar tal justo. Para ello cuentan con las leyes, decretos y las normas en general, pero no solo con ellas, sino también con los principios de la ley natural, la equidad, su justicia y su prudencia. Una teoría realista del derecho debe desviar el foco de atención desde el legislador o la potestad que dicta las normas hacia el juez que las concretiza. En realidad, hasta la Revolución Francesa se consideraba que el derecho era más cosa de jueces y juristas que de representantes del pueblo. Es hora de volver a poner al juez en el lugar que le corresponde, pero para ello es necesario adornarlo con todas las virtudes que los antiguos les adscribían. Hemos visto concisamente cómo se determina lo justo, pero no debemos olvidar que tanto o más importante que el método para determinarlo es quién lo determina.

IV. EL JUEZ

Podría decirse que para nuestros contemporáneos son dos las notas esenciales que debe reunir un juez: imparcialidad y ciencia.

²² Vallet de Goytisolo, Juan, *Los juristas antes las fuentes y los fines del derecho*, en, íd. "Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico", Montecorvo, Madrid, 1982, p. 601.

Respecto a la primera, parece evidente su exigencia. Lo que llamamos ciencia parece entenderse hoy día como el conocimiento de la materia de la que se hace profesión. Para el normativismo imperante, se reduciría en el caso del juez al conocimiento de normas, reglas y principios que constituyen el ordenamiento jurídico.

Ambas cualidades son exigidas por los clásicos, pero podemos agregar dos que hoy no se valoran lo suficiente: la justicia y la prudencia.

Ambas son virtudes. La justicia, como se vio, la define Santo Tomás como "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho". Expliquemos más latamente tal definición.

En primer lugar, la justicia es hábito bueno: expone el Aquinate que "virtud humana es aquella que vuelve bueno al acto humano, y hace al hombre mismo bueno. Lo cual conviene a la justicia. Pues el acto del hombre se vuelve bueno a partir de aquello que compete a la regla de la razón, según la cual el acto humano es rectificado. Luego, como la justicia rectifica las operaciones humanas, es manifiesto que vuelve buena la obra del hombre. Y, como dice Cicerón en el I libro del *De Officiis*, 'por la justicia principalmente son llamados los hombres buenos'²³. La justicia *perfecciona* a su agente, en el caso que estudiamos, al juez —ya se dijo que no es virtud privativa de jueces— y, dentro de la concepción aristotélica, lo acerca más a la felicidad que consiste en el ejercicio de la virtud.

Siendo hábito, "principio del acto bueno", es necesario que sea realizado con voluntad "constante y perpetua". Como dice Aristóteles, "las acciones de acuerdo con las virtudes no están hechas justa o morigeradamente si ellas mismas son de determinada manera, sino si también el que las hace reúne ciertas condiciones al hacerlas: en primer lugar, si las hace con conocimiento; después, eligiéndolas, y eligiéndolas por ellas mismas; y en tercer lugar, si las hace en una actitud firme e inmovible"²⁴. "Elijiéndolas", "firmemente" o "inmoviblemente" debe entenderse como que "no basta para la razón de justicia que alguien quiera en algún momento en algún negocio guardar la justicia, porque apenas se encuentra

²³ II-II, q. 58, a.3: "quod virtus humana est quae bonum reddit actum humanum, et ipsum hominem bonum facit. Quod quidem convenit iustitiae. Actus enim hominis bonus redditur ex hoc quod attingit regulam rationis, secundum quam humani actus rectificantur. Unde cum iustitia operationes humanas rectificet, manifestum est quod opus hominis bonum reddit. Et ut Tullius dicit, in I de Offic., ex iustitia praecipue viri boni nominantur".

²⁴ EN, II, c. 4, 1105a29-35.

alguien que desee obrar injustamente en todo, sino que se requiere que el hombre tenga voluntad de conservar la justicia perpetuamente y en todo"²⁵.

Hasta ahí las características que la justicia tiene en común con las otras virtudes. Agreguemos como nota común a las virtudes el referirse siempre a un justo medio, a una igualdad. Qué sea ésta, se dirá más adelante.

Lo que especifica a la justicia es, como toda virtud, su objeto propio: dar a cada uno su derecho, de lo que se sigue una nota esencial de la que carecen las otras virtudes: la alteridad, porque "dado que el nombre de 'justicia' implica igualdad, pertenece a la razón de la justicia el referirse a otro, pues nada es igual a sí mismo, sino a otro... Luego, la justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos"²⁶.

Resta ver en qué consiste la igualdad o el justo medio propio de la justicia. Toda virtud tiene como objeto un acto que media entre dos extremos. Así es propio del valiente actuar ni cobarde ni temerariamente, propio del generoso actuar ni avara ni pródigamente. Ahora bien: todas las virtudes morales "se refieren principalmente a las pasiones, cuya rectificación no se considera sino según comparación al hombre mismo cuyas son las pasiones, en cuanto se encoleriza o desea como debe según las circunstancias. Y por ello el medio de tales virtudes no se toma según la proporción de una cosa a otra, sino solo por comparación al virtuoso mismo. Y por ello el medio en estas virtudes es solamente según la razón relativo a nosotros. Pero la materia de la justicia es la operación exterior en tanto que ésta, o la cosa que se usa, tiene la debida proporción a la otra persona. Y por ello el medio de la justicia consiste en cierta proporción por igualdad de la cosa exterior a la persona exterior"²⁷.

²⁵ II-II, q. 58, a. 1 ad 3: "Non enim sufficit ad rationem iustitiae quod aliquis velit ad horam in aliquo negotio servare iustitiam, quia vix invenitur aliquis qui velit in omnibus iniuste agere, sed requiritur quod homo habeat voluntatem perpetuo et in omnibus iustitiam conservandi".

²⁶ II-II, q. 58, a. 2: "cum nomen iustitiae aequalitatem importet, ex sua ratione iustitia habet quod sit ad alterum, nihil enim est sibi aequale, sed alteri... Iustitia ergo proprie dicta requirit diversitatem suppositorum".

²⁷ II-II, q. 58, a. 10: "aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparisonem ad ipsum hominem cuius sunt passiones, secundum scilicet quod irascitur et concupiscit prout debet secundum diversas circumstantias. Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparisonem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem".

Por lo tanto, el acto propio de la virtud de la justicia es dar –con voluntad inquebrantable– a cada uno lo suyo, y este “suyo” de una persona es lo debido según igualdad de proporción, es discernir y otorgar a cada persona aquella proporción media justa en la operación exterior o la cosa sobre la que cae la operación, y los dos extremos entre los que se encuentra tal justo son el “lucro” y el “daño”. En síntesis: un sujeto justo discierne y otorga habitualmente lo estrictamente suyo de otra persona, sin provocarle lucro ni daño. Y tal debe hacer el juez.

Respecto a cómo discierne este justo medio entre el lucro y el daño, hay poco que agregar a lo expresado sobre la determinación de lo justo natural y lo justo legal: cuenta al respecto con los principios de la ley natural, las leyes, decretos y otras normas positivas y la equidad. Y aquí es donde cobra importancia la justicia como virtud: la sola ciencia del juez, el conocimiento de normas, principios y reglas, no bastan para discernir siempre qué es lo justo concreto, el derecho, la misma cosa justa, lo suyo de alguien. Y la razón es que tales normas deben ponderarse entre sí, para lo cual podría bastar todavía la pura ciencia, y con los principios de la ley natural y la equidad, para lo cual la ciencia sola ya no basta, porque el conocimiento reflexivo de la ley natural supone la posesión de las virtudes morales. El vicioso no puede tomar conciencia de los principios de la ley natural, por mucha ciencia de lo jurídico-positivo que tenga.

Así, es la virtud la que permite a los clásicos decir que existe siempre lo justo, lo que hoy llamaríamos “respuesta correcta”, y que el juez –o quien sea– puede encontrarla. La virtud es principio de conocimiento en materias morales, y por eso la ética aristotélica se funda en el paradigma del hombre virtuoso: Aristóteles tiene muy claro que pueden existir muchas opiniones distintas en el ámbito de la praxis, pero tiene claro también que la única que tiene validez es la de quien ejercita la virtud: el templado juzga bien sobre la templanza, el prudente sobre la prudencia, el justo sobre la justicia.

La exclusión de la justicia como principio de los actos justos lleva a problemas insolubles a quienes pretenden que existe lo que llamamos “respuesta correcta”, como Dworkin²⁸. El caso del estadounidense es paradigmático: frente a la diversidad de opiniones que existen sobre cuáles son “los derechos” de las partes, también él establece un paradigma que sirve de modelo en la búsqueda de la solución correcta, pero no halla nada

²⁸ Nada de lo que sigue debe entenderse como una crítica a la acertada teoría dworkiniana respecto de la necesidad de contar entre los estándares jurídicos a los principios, y no solo a las reglas.

mejor, al establecer su super juez Hércules, que hacerlo extendiendo desmesuradamente la exigencia de la *ciencia* del juez. Su juez extraordinario no es un hombre virtuoso, sino quien conoce el ordenamiento de manera perfecta, provisto de una teoría política que le permite interpretar de manera adecuada cada precepto difícil.

Ni Aristóteles ni Santo Tomás habrían ido tan lejos. Tienen muy clara la importancia de la *ciencia* del juez, pero no caen en el despropósito de asignarle a ésta un carácter infalible, aun si conocida integralmente. La ciencia del juez es un instrumento, necesario, para llegar a lo justo concreto, pero hay algo que la ciencia por sí sola no puede determinar, y es el cómo, cuándo y hasta qué punto utilizarla. El virtuoso, como modelo de la acción correcta, utiliza la ciencia de manera correcta. La ética aristotélica es un estudio del hombre virtuoso más que de normas, y una correcta teoría del derecho debiera ser un estudio del hombre justo, de cómo ésta actúa y utiliza las normas, principios y reglas del ordenamiento, más que del ordenamiento mismo.

Si no se entiende el valor que en la teoría aristotélica tiene la virtud, es imposible comprender su cognitivismo ético. En el plano de la ética, es la prudencia, virtud intelectual, la que permite discernir cuándo un caso particular cae bajo una ley universal. Fácil es de ver cuán importante es que el juez sea prudente, así como justo²⁹.

Y esto permite hacer más aterrizada la tesis de la "respuesta correcta": no conocemos, y probablemente nunca conoceremos, un juez Hércules, pero sí conocemos, por muy pocos que sean, hombres justos.

A estas alturas podrían presentarse varias objeciones. La primera podría provenir de quienes, como Villey, siguen a Aristóteles y Santo Tomás en su teoría jurídica, pero pretenden que se puede establecer lo justo al margen de lo moral. Tal vez pocos han insistido tanto como el profesor francés en la naturaleza del derecho como lo justo concreto, en oposición a los sistemas normativistas y subjetivistas, que encuentran el significado principal de derecho en las normas o en el derecho subjetivo. Sin embargo, para el francés tal justo, el *ius*, lo deben buscar los juristas mediante un sistema propio distinto de los de la ética: es sabido que para él, el derecho—como ciencia que busca lo justo— es ciencia teórica³⁰.

²⁹ Si no es prudente, no puede ser justo, porque la prudencia es la virtud que permite discernir el justo medio propio de las virtudes morales.

³⁰ De ahí que Villey excluya del ámbito de la ciencia jurídica la justicia general o legal, de naturaleza moral, para incluir solo la particular.

Efectivamente, se puede sostener que el derecho o lo justo, como relación justa de acciones exteriores o cosas exteriores es independiente de la justicia del agente que discierne tal justo, y es una situación exterior objetiva independiente de la naturaleza virtuosa o viciosa de quien se encuentra obligado por tal justo. Si lo justo es que se pague un 18% de IVA, lo que interesa jurídicamente es que tal porcentaje se pague efectivamente, y parece irrelevante que se haga con "perpetua y constante voluntad". De la misma manera, a las partes en un juicio les importa que el juez les asigne lo suyo, lo justo, "su derecho", y les es irrelevante el ánimo con que lo haga.

Todo ello es correcto. Como reconoce Finnis, Santo Tomás, en su *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, ha afirmado "una doctrina que muchos han supuesto distintivamente kantiana, liberal, positivista: 'una disposición de la ley positiva no se refiere a las intenciones de quienes las cumplen, sino solo a sus acciones mismas; así la ley no prescribe motivos virtuosos...' Es, en realidad, un tópico constante, aunque actualmente poco reconocido, de la teoría política clásica el que los requerimientos de la ley se extienden solo a la conducta estipulada (acción o abstención), y no a los motivos por los cuales los sujetos a la ley actúan conforme a ella (aunque los buenos legisladores desean que la buena conducta inculcará un buen carácter)"³¹. El mismo Santo Tomás expresa que "se llama justo a aquello en lo que termina el acto de la justicia, teniendo la rectitud propia de esta virtud, *aun sin considerar de qué modo sea hecho por el agente*. Y por esto especialmente el objeto de la justicia, a diferencia de las otras virtudes, se determina por sí mismo, y a esto se llama 'justo'. Y esto es el derecho"³².

Hay que aceptar, con Villey, que el derecho, lo justo, puede descubrirse dejando de lado la moralidad del agente que lo descubre. Un hombre no justo puede también descubrir el derecho.

Sin embargo, si lo hace, lo hará *per accidens*. Cuando expresamos las cualidades que debe tener el juez, y decimos que debe ser justo, se debe

³¹ Finnis, ob. cit., p. 198.

³² II-II, q. 57, a. 1 (énfasis agregado): "Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Sed in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliquo modo fit ab agente. Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quod ius est obiectum iustitiae". En el mismo sentido, q. 58, a. 8: "Et ideo, cum iustitia ordinetur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quandam rationem obiecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur". Cfr. también q. 58 a. 11.

reconocer que también el derecho puede determinarlo quien no es justo. Pero solo una persona justa lo hará habitualmente. Por eso Aristóteles dice que las partes concurren donde el juez como ante una justicia animada³³, y por eso Santo Tomás afirma que la justicia no es "esencialmente rectitud, sino solo de modo causal, pues es el hábito por el cual alguien opera y quiere rectamente"³⁴. La justicia es causa de lo justo o, como dice el Estagirita, la "virtud por la cual se dice del justo que practica deliberadamente lo justo"³⁵. Nos interesa que los jueces disciplinen y declaren habitualmente lo justo, no solo *per accidens*, o simplemente basándose en leyes que se presumen justas –puede que no lo sean–, o dejando de lado la equidad.

Podría oponerse que no existe manera de medir la justicia de las personas, dado que, como se ha expuesto, es una virtud y, por ende, interna al agente. No se puede hacer test de justicia a los candidatos a ingresar al Poder Judicial, como sí se les puede hacer test de conocimientos de materias jurídicas.

Lo anterior es cierto, pero no invalida lo que aquí se ha dicho: que el juez debe ser justo. Los militares tampoco tienen un test de valentía para asignar sus cargos o decidir los ascensos, pero nunca han dejado de repetirse incansablemente que deben ser valientes, porque la valentía es la virtud principal del soldado –en tanto soldado–.

La analogía anterior nos puede servir para explicar aún mejor la forma que debe revestir la exigencia de justicia a los jueces. Se trata, aunque parezca simple –y, a algunos, ridículo–, de repetir incansablemente tal exigencia, poniendo ejemplos concretos de cómo se cumple, y esta repetición –educación lo expresa mejor– no es tarea única de quienes integran tal poder del Estado, sino de toda la sociedad. Todo el conjunto social debe considerar, y así debe hacérselo sentir a jueces y funcionarios del poder judicial, que deben ser justos, que no basta con el atenerse a la simple letra de la ley, que debe contrastarse ésta con criterios de lo justo suprapositivos, que se debe aplicar la equidad.

Volviendo a la analogía hecha con los militares: es de la manera descrita anteriormente como éstos llegan a ser, efectivamente, valientes cuando deben serlo: se les repite desde los inicios de su formación la importancia de la valentía, se les pone héroes concretos –Prat, Carrera Pinto– y, sobre todo, la sociedad entera les exige el ejercicio de tal virtud.

³³ Cfr., *EN*, V, c. 4, 1132a21.

³⁴ II-II, q.58, a.1 ad 2: "neque etiam iustitia est essentialiter rectitudo, sed causaliter tantum, est enim habitus secundum quem aliquis recte operatur et vult."

³⁵ *EN*, V, c.5, 1134a1.

Un nuevo ejemplo: los carabineros chilenos gozan de merecida fama de incorruptibles. Sabemos que la honestidad no es una característica demasiado extendida en la sociedad chilena y, sin embargo, sí lo es en una institución particular, como Carabineros. Es poco probable que ello se deba a que justo, por extraña coincidencia, toda la población incorruptible chilena ingrese a las filas de esa institución, y quienes quedan fuera sean las personas normales, y así venga sucediendo desde hace décadas. Más bien parece que la misma persona que ingresa a Carabineros, de encontrarse en otra institución, podría perfectamente no ser tan honesto. Y es que "el uniforme pesa", y ese pesar es el saber de qué institución se representa, conocer su extensa tradición de honestidad, saber qué es lo que los demás esperan de ellos, sentir un legítimo orgullo cuando se los compara con policías de otros países. En ese ambiente, las enseñanzas continuas en orden a ser honrado se asimilan fácilmente, y los contados casos de corrupción que existen, se reprimen también con facilidad.

Asimismo debe ser con los jueces. El método expresado no es tan complejo, pero no deja de ser exigente, porque implica un esfuerzo de toda la comunidad y, particularmente, una especial intensidad en tal esfuerzo por parte de quienes integran el Poder Judicial. Exige reprimir también las faltas a la justicia, como se reprimen las faltas a la ley. La exigencia de justicia a los jueces es tal vez menos compleja que la de conocimientos perfectos de normas jurídicas, aunque eso no significa que sea fácil. Aristóteles tiene claro cuán difícil puede ser el ejercicio de la virtud, y no tiene problema en decir que el juez es "la justicia animada". Lo mismo Santo Tomás, quien dedica todo el artículo 67 de la II-II únicamente a analizar la justicia en el juez.

Otra objeción puede decir que un modelo como el que se ha descrito, con jueces obligados a comparar la ley positiva con criterios de justicia suprapositivos, y a corregir la aplicación irrestricta de la ley mediante la equidad, puede ser demasiado riesgoso, ya que requiere que los jueces sean siempre justos, lo que en muchos casos puede no ser así, es decir, implica una dosis muy alta de confianza en el juez.

A tal objeción se le responde sencillamente que tan riesgoso como confiar en la justicia del juez es confiar en la del legislador. Si no existen garantías de que el juez siempre sea el paradigma de justicia que se espera, tampoco las hay de que quien crea leyes, decretos y otras normas positivas sean modelos de virtud y prudencia, y la injusticia o falta de prudencia de estos se vería agravada de aplicar tales normas los magistrados acriticamente.

Una típica objeción contemporánea que se podría añadir a las ya tratadas, tiene que ver con la falsa contradicción que se ha pretendido establecer recientemente entre justicia –entendida ahora como valor o fin del derecho– y seguridad jurídica u otros valores o fines del sistema jurídico. Según se ha expresado, si el juez encarna la virtud de la justicia, debe siempre buscar lo justo concreto, lo que, a juicio de algunos, podría atentar contra la mencionada seguridad jurídica o incluso comprometer el bien de toda la sociedad.

Tal objeción, como se esbozaba, se fundamenta en la pretendida contraposición existente entre justicia, seguridad jurídica, o justicia individual y bien de la sociedad. En la teoría clásica, la seguridad jurídica es requisito de la justicia, esta vez, de la justicia legal. Hay que recordar que, para Aristóteles, la justicia como virtud se divide en justicia general o legal y justicia particular. Siendo ambas la virtud que rige nuestras relaciones con otros, se distinguen por su materia: “la injusticia particular es unívoca, esto es, conviene en el nombre con la injusticia legal, y ello porque convienen en la definición en cuanto pertenecen al mismo género, en cuanto a ambas corresponde el ser relativas a otro: aunque la justicia legal se alcanza en orden a algo que es un bien común, en cambio, la justicia particular se ordena a lo otro que pertenece a alguna persona privada”³⁶. El juez –y toda persona justa– debe ejercitar no solo la justicia particular, sino también la general, una de cuyas exigencias es la seguridad jurídica y el bien común. Nunca una sentencia particular puede contravenir la justicia particular, pero tampoco la general.

Pongamos un caso concreto: hace algunos años en Argentina se decretó el llamado “corralito”, por el que quienes tenían depósitos en bancos solo podían retirar cierta cantidad al mes. La razón es de todos conocida: de poder retirar todo lo que poseen en depósito, solo quienes hubieran girado primero habrían obtenido todo lo que tenían ahorrado en sus cuentas bancarias, mientras que, tras la inevitable quiebra del banco, quienes no estuviesen dentro de los primeros en girar no habrían obtenido nada de lo que habían ahorrado.

En tal situación, si un dueño de cuenta bancaria se presenta a un tribunal y le pide que obligue al banco a pagarle todo lo que le debe, si

³⁶ *In Decem, V, lectio III: “iniustitia particularis est univoca, id est conveniens in nomine cum iniustitia legali, et hoc ideo quia conveniunt in diffinitione secundum idem genus, in quantum scilicet utraque est in eo quod est ad alterum: licet iustitia legalis attendatur in ordine ad aliud quod est bonum commune, iustitia autem particularis ordinatur ad alterum quod pertinet ad aliquam personam privatam”.*

se analiza la relación individualmente, pareciera que el particular tiene derecho a retirar todo lo que ha depositado. Después de todo, firmó un contrato con el banco, por el cual éste se obligaba a devolver todo o parte de los fondos entregados al solo requerimiento del dueño. Y, sin embargo, el tribunal debe negar tal petición.

La razón estriba, nuevamente, en la justicia general, cuyo fin es el bien común. No es que el tribunal no haga lugar a una petición justa solo por fines políticos o económicos –que no quiebre el banco o el país–, sino que, sencillamente, en ese caso *no es justo* que el dueño de la cuenta bancaria retire todo lo que tiene depositado, porque con ello perjudica a muchos otros que no van a lograr retirar parte alguna de lo que el banco les debe.

El ejemplo es paradigmático: muchos jueces, puestos ante situaciones como la descrita, se preguntan interiormente si deben acceder a una petición que les parece justa y dañar a toda la sociedad con ello, o no preservar el bien común y dejar de hacer justicia. Tal “dilema” solo pudo tener lugar cuando la noción de justicia perdió toda la riqueza que tenía entre los antiguos, como una virtud que ordenaba no solo a un individuo respecto de otro individuo, sino también al individuo respecto de la sociedad, y a ésta respecto del individuo. Tal “dilema” refleja el triunfo de la concepción individualista de justicia, que reina entre los iusnaturalismos racionalistas.

La solución justa al problema del corralito, y tantos otros similares, la escribía Santo Tomás en el siglo XIII: “la justicia, según se dijo, ordena al hombre en relación a otro. Lo cual puede acontecer de dos modos: de un modo, al otro singularmente considerado. De otro modo, al otro en común, según que aquél que sirve a una comunidad sirve a todos los hombres que se contienen en tal comunidad. La justicia, según su propia razón, puede referirse a ambos. Pues es manifiesto que todos quienes se contienen en una comunidad se comparan a la comunidad como las partes al todo. Pero la parte es del todo, por lo que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo. Según esto, el bien de cada virtud, sea que ordene a un hombre a sí mismo o lo ordene a otras personas singulares, es referible al bien común, al cual ordena la justicia”³⁷.

³⁷ II-II, q. 58, a. 5: “iustitia, sicut dictum est, ordinat hominem in comparatione ad alium. Quod quidem potest esse dupliciter. Uno modo, ad alium singulariter consideratum. Alio modo, ad alium in communi, secundum scilicet quod ille qui servit alicui communitati servit omnibus hominibus qui sub communitate illa continentur. Ad utrumque igitur se potest habere iustitia secundum propriam rationem. Manifestum est autem quod omnes qui sub communitate aliqua continentur

En la gran mayoría de los casos, el juez tendrá que ver solo directamente con asuntos materia de la justicia particular, y muy pocas veces se encontrará frente a materias que incidan directamente en la justicia general. Ésta es, más bien, asunto generalmente de políticos³⁸, pero ello no implica que el juez no pueda conocer un asunto materia de ella. En un caso de resolución de un contrato de compraventa, o de ejecución de una obligación, el bien del particular es ordenable al bien común, y por eso el juez debe darle la razón. Sin embargo, existen casos excepcionales —el del corralito— en que el bien del individuo ya no es ordenable al bien común, y, por lo tanto, su petición *no es justa*³⁹.

Respecto del tema de la seguridad jurídica, sucede otro tanto: la exigencia de ésta es parte de la justicia general, en tanto integra el bien común. No es justa una petición que pide se devuelva una propiedad que hace 100 años pertenecía a un antepasado, y que su actual dueño la adquirió desde hace mucho tiempo por prescripción. Tratando sobre la antinomia justicia-seguridad en los kantianos alemanes, señala Vallet de Goytisolo que “la objeción que el profesor Antonio de Luna opuso a Radbruch puede extenderse también a Coing. Si bien es cierto —escribió Luna— que el derecho ‘tiene también como finalidad la seguridad jurídica y su técnica exige a veces que la justicia particular sucumba en aras de la seguridad jurídica—, piénsese en muchas normas procesales, en la prescripción y en el instituto posesorio, por ejemplo—, pero nótese bien que sucumbe ante el *bien común* que es quien postula esta seguridad, y, por tanto, en último respecto vence en esta colisión la justicia más alta y nada más que la justicia’.

comparantur ad communitatem sicut partes ad totum. Pars autem id quod est totius est, unde et quodlibet bonum partis est ordinabile in bonum totius. Secundum hoc igitur bonum cuiuslibet virtutis, sive ordinantis aliquem hominem ad seipsum sive ordinantis ipsum ad aliquas alias personas singulares, est referibile ad bonum commune, ad quod ordinat iustitia”.

³⁸ Como el mismo Doctor Común reconoce en la q. 58, a.6: “Et sic est (la justicia legal) in principio principaliter, et quasi architectonice”.

³⁹ En el mismo sentido, Rodolfo Vigo expresa, respecto del paradigma jurídico aristotélico: “Hemos establecido que el objeto de la interpretación jurídica consiste en decir y prescribir lo justo circunstanciado, pues nos interesa precisar ahora que en ese justo aludimos tanto a lo justo conmutativo, como a lo distributivo y a lo general. Consecuentemente, puede darse que en la determinación de la solución se contemple de manera directa el interés general o interés particular, aunque en esta hipótesis estará presente indirectamente el interés de toda la comunidad. Así terminamos reconociendo lo que se ha llamado la ‘politicidad del derecho’, en tanto la mirada del juez, de manera mediata o inmediata, debe comprender no solo la justicia para las partes del caso, sino también la justicia que procura el bien de toda la sociedad política”: *Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial*, en AAVV, “Interpretación, integración y razonamiento jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 136. Para nuestros contemporáneos, si se habla de que en lo justo concreto debe estar presente de manera mediata o inmediata el bien común, se está “politizando el derecho”.

Lo que sucede es que tanto Radbruch como Coing prescinden de la *justicia general* de Aristóteles y Santo Tomás, y, además, Coing identifica *justicia social* con *justicia distributiva*, en lugar de centrar aquélla en la *justicia general*, o sea, en el *bien común*⁴⁰.

V. CONCLUSIÓN

Este trabajo se iniciaba con la frase "derecho es lo que aprueban los jueces". En pocas páginas hemos visto que, si se comprende bien, como "derecho es lo que (en tanto justo) aprueban los jueces"⁴¹ no es descubrimiento del realismo jurídico contemporáneo, sino una verdad sostenida durante siglos, hasta que irrumpieron los paradigmas jurídicos normativistas y subjetivistas. Hasta tal punto llegaron a campear triunfantes tales paradigmas en la mente de los juristas, que la misma doctrina antigua, de Aristóteles y Santo Tomás, se enseñó muchas veces como una variante iusnaturalista del normativismo. Solo recientemente han recordado algunos autores, como Villey, que la teoría del derecho de Santo Tomás se encuentra tratada en la II-II de la *Summa Theologiae*, como el objeto de la justicia, y no en la I-II, en el tratado de la ley, en el que se trata también de la ley natural. La ley es para el dominico una cierta "razón del derecho", y no el derecho mismo, por muy importante que sea para determinarlo.

Releer las obras de los clásicos griegos y medievales puede ser, entonces, una manera de recuperar verdades que muchas veces son rescatadas solo parcialmente por las nuevas teorías contemporáneas. No es necesario expresar las distancias que separan al Estagirita, a Santo Tomás y a los juristas romanos de los realistas estadounidenses o escandinavos. Santo Tomás tendría muy claro que mucho de lo que enseñan éstos no se compatibiliza con su teoría del derecho pero, al mismo tiempo, él era un maestro para rescatar hasta de los autores más equivocados y las doctrinas más desviadas algún grano de verdad, porque sabía que era imposible que

⁴⁰ Vallet de Goytisolo, Juan, "Metodología de las leyes", Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 399. Añade inmediatamente: "El *quid* de ese relativismo (el de Coing) dimana del escepticismo acerca de la posibilidad de conocer el orden natural en su totalidad": aquí Vallet de Goytisolo acierta completamente al describir la base del rechazo moderno de la noción de justicia general: los clásicos concebían la sociedad como un "orden natural que se puede conocer en su totalidad", mientras que para los modernos, hijos del nominalismo, solo existen los individuos aislados. Cuando Aristóteles y Santo Tomás hablan de justicia general, y dicen que ésta se ocupa de las relaciones de la parte con el todo, y que tiene por fin el bien común, no están "politizando" el derecho, sino que están reconociendo el hecho evidente de que, así como existen relaciones de justicia entre parte del todo con otra parte del todo, así existen también relaciones de justicia entre la parte y el todo y viceversa.

⁴¹ El propio D'Ors modificó su definición inicial de derecho posteriormente, agregándole el "en tanto justo".

existiese doctrina alguna que fuese completamente falsa⁴². Ese espíritu abierto, capaz de extraer verdades hasta de quienes se encontraban en otras materias en las antípodas suyas –pensemos en Averroes– se fundaba, precisamente, en “esta presencia de verdad (que), aunque sea parcial e imperfecta y a veces torcida, es un puente que une a cada uno de los hombres a los otros hombres y hace posible el entendimiento cuando hay buena voluntad”⁴³.

Si imitando el espíritu de Santo Tomás queremos encontrar la verdad presente en el realismo contemporáneo, ésta es el que el derecho es lo que (en tanto justo) declaran los jueces. Que no hayan sido capaces sus teóricos de llegar más allá y agregar a tal definición lo que nosotros añadíamos entre paréntesis –“(en tanto justo)”–, aunque grave, no les quita el mérito de haber vuelto a poner a la luz una verdad que un par de siglos de normativismo y subjetivismo actuando unidos –y causándose recíprocamente– habían logrado oscurecer.

⁴² “Nulla est falsa doctrina quae vera falsis intermisceat”: I-II, q 102 a.5 ad 4.

⁴³ Juan Pablo II, Discurso al VIII Congreso Tomista Internacional con ocasión del centenario de la *Aeterni Patris*, Roma, 1979. A continuación describe el Pontífice la actitud del santo ante sus precursores: “En esta visual, Santo Tomás ha prestado siempre respetuosa escucha a todos los autores, aun cuando no podía compartir del todo sus opiniones; aun cuando se trataba de autores precristianos o no cristianos, como, por ejemplo, los árabes comentadores de los filósofos griegos. De aquí su invitación a acercarse con optimismo humano incluso a los primeros filósofos griegos, cuyo lenguaje no resulta siempre claro ni preciso, tratando de llegar más allá de la expresión lingüística, todavía rudimentaria, para escrutar sus intenciones profundas y su espíritu, no cuidando de *ad ea quae exterius ex eorum verbis apparet*, sino de la «*intentio*» (*De Coelo et mundo* III lect.2 n.552), que los guía y anima”. Disponible en <http://multimedios.org/docs/d000459/>

