

## LA CUESTIÓN DE LA LEY INJUSTA, DE TOMÁS DE AQUINO A ALGUNOS IUSFILÓSOFOS CONTEMPORÁNEOS

### *1. Una imputación al iusnaturalismo tomista*

Una de las imputaciones más difundidas dirigidas contra las versiones clásicas del iusnaturalismo, es la que consiste en sostener que la que sería una de sus tesis centrales, la que se expresa paradigmáticamente en la fórmula *lex injusta non est lex*, encierra una contradicción insalvable, que la priva de todo contenido significativo. De este modo, al suponer que esa tesis resulta central en la sistemática del iusnaturalismo clásico, una argumentación acerca de su sinsentido la privaría definitivamente de consistencia epistémica<sup>1</sup>.

Esta argumentación ha sido desarrollada explícitamente por varios notorios representantes del iuspositivismo contemporáneo, entre ellos, Hans Kelsen, Herbert Hart, Norbert Hoerster y el argentino Carlos Nino. Limitándonos solamente a H. L. A. Hart y Norbert Hoerster, corresponde recordar que el primero explicita esta doctrina en un conocido acápite (“Legal validity and resistance to law”) del más difundido de sus libros, *The Concept of Law*, donde sostiene que, frente a la tesis positivista según la cual todo lo puesto positivamente debe identificarse como derecho, por más que se reconozca claramente su injusticia, “es posible que aparezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas”<sup>2</sup>; y más adelante afirma que “de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no sea una regla válida de derecho”<sup>3</sup>. Y puesto a valorar ambas posiciones, el antiguo profesor de Oxford expresa que la posición iusnaturalista, que negaría carácter de derecho a todo sistema normativo que resulte claramente inicuo, es menos práctica a los fines de la valoración moral de las conductas, toda vez que no sólo esconde el peligro de una anarquía social, sino que puede conducir a simplificaciones toscas, que confunden los términos de la problemática – en especial el ético y el semántico - y no arrojan ningún resultado positivo.

Y en lo referente a la impugnación de Hoerster, es conveniente partir de su afirmación tajante de que la tesis central del positivismo jurídico es la “*tesis de la neutralidad*: el

<sup>1</sup> Sobre la noción de “consistencia”, vide: Blanché, R., *La axiomática*, trad. A. Pulido, México, FCE, 2002, pp. 47-51.

<sup>2</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford U.P., 1994, p. 208 (para la versión castellana se emplea la traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963).

<sup>3</sup> Hart, H. L. A., *CL*, p. 209. Unas páginas antes, Hart ha atribuido la expresión textual *lex injusta non est lex*, a la “tradicción tomista de la ley natural” (p. 156).

concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido”<sup>4</sup>. Y unas páginas más adelante impugna la afirmación de que la ley injusta no es ley, señalando que ella es tan poco funcional como lo sería utilizar el concepto de “clima” no en un sentido valorativamente neutro sino en uno valorativo, con la significación de “buen clima”, con lo cual sólo podría hablarse de “clima”, por ejemplo, cuando brillase el sol y no cuando lloviera, lo que resulta claramente un sinsentido<sup>5</sup>. En un sentido similar, reservar la calificación de “derecho” solamente para el que resulta justo en los hechos, significaría la absurdidad de que no podría estudiarse por la ciencia jurídica aquel orden normativo que, como el de la Alemania nazi o la Rusia comunista, resultaran radicalmente inmorales. Se estaría entonces en estos casos frente a una realidad distinta del derecho, que debería designarse con un nombre diferente para evitar confusiones, lo que resultaría palmariamente erróneo.

En definitiva, según estos autores, la afirmación lisa y llana de que una ley injusta no es —en cualquier sentido relevante— ley, no sólo es falsa en sus términos, sino que resulta inútil, simplista y confusa. Estaría claro, entonces, que todo iusnaturalismo que sostuviera esa tesis como central en su sistemática no sólo se vería decisivamente debilitado como doctrina, sino que resultaría claramente refutado o invalidado como teoría explicativa y normativa del derecho.

## 2. ¿Tiene fundamento esta impugnación?

Frente a esta impugnación, que se presenta como contundente y definitiva, corresponde analizar con cierto detalle su valor argumentativo y su fuerza racional, a los efectos de establecer adecuadamente si, luego de este cuestionamiento, es posible seguir manteniendo razonablemente la doctrina — al menos en la versión de Tomás de Aquino — de la ley natural. A esos efectos, resulta conveniente estudiar, en primer término, la textualidad de la afirmación tomista, para pasar luego a un análisis conceptual de sus contenidos y establecer finalmente su vulnerabilidad —o invulnerabilidad— al mencionado argumento refutatorio.

Para comenzar con la primera de las cuestiones, corresponde destacar que la expresión cuestionada, *lex iniusta non est lex*, no se encuentra literalmente en los textos de Tomás de Aquino<sup>6/7</sup>. Sí es posible hallar en el Aquinate una cita —textualmente incompleta— del *De*

<sup>4</sup> Hoester, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 11.

<sup>5</sup> Hoester, N., o.c., p. 21.

<sup>6</sup> Vide: Murphy, M.C., *Philosophy of Law. The fundamentals*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, p. 38.

<sup>7</sup> Para verificarlo, basta con indagar en el *Index Thomisticus* de Robertus Busa, donde no se registra esa frase en toda la obra del Aquinate (la respuesta a la búsqueda por internet es “no cases found”); vide: <http://www.corpusthomicum.org/it/index.age>

*libero arbitrio* de San Agustín, según la cual “no parecería que fuera ley, la que no sea justa”<sup>8</sup> y algunas otras afirmaciones similares del Aquinate, como las siguientes: “si verdaderamente en algún punto [la ley positiva] resulta discordante con la ley natural, ya no será ley sino una corrupción (*corruptio*) de la ley”<sup>9</sup>; o bien: “toda ley se ordena al bien común de los hombres y en esa medida tiene fuerza y carácter de ley, y en la medida en que se aparta (*deficit*) de ese fin, carece de fuerza obligatoria”<sup>10</sup>; o bien, que las leyes injustas “son más violencia (*violentiae*) que leyes [...] y por eso no obligan en el foro de la conciencia”<sup>11</sup>; o bien, finalmente, que “la ley tiránica, que no es conforme a la razón, no es ley pura y simplemente (*simpliciter*), sino más bien una cierta perversión (*perversitas*) de la ley”<sup>12</sup>.

Además, en un texto de la segunda sección de la segunda parte de la *Summa Theologiae*, y al tratar concretamente de la definición del derecho, el Aquinate se refiere al uso analógico del término “derecho” y entre estos usos analógicos —y por lo tanto legítimos— de ese término, incluye el siguiente: “finalmente, es llamado también derecho lo establecido u otorgado (*redditur*) por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo (*iniquum*)”<sup>13</sup>. Este texto reviste particular importancia, toda vez que en él Tomás de Aquino defiende expresa e inequívocamente la legitimidad de denominar con el nombre “derecho” a las sentencias u otras resoluciones, aunque sean claramente injustas.

Como es posible ver con bastante claridad en lo afirmado precedentemente, los propios textos de Tomás de Aquino no sólo no reproducen literalmente la fórmula cuestionada, sino que proponen formulaciones bastante más complejas y matizadas, en las cuales se precisa que la ley claramente injusta “no [me] parece” que sea ley, o bien, no es ley “en sentido propio”, o “pura y simplemente”, o bien “son más violencia que leyes”, o “cierta perversión de la ley”, o bien, finalmente, que “no obligan en conciencia”. De esta *discordantia sententiarum* es posible inferir que la mayoría de los que impugnan la fórmula

---

<sup>8</sup> San Agustín, *De libero arbitrio*, I, 1, 11. Allí Agustín escribe que “...a mí me parece que no es ley la que no es justa” (“Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit”); es evidente que el “mihi”, que el Aquinate omite al citarla, le otorga a la frase un claro sentido opinativo y subjetivo que no tiene en la versión tomista. Esta inexactitud en la cita es reiterada por otros autores contemporáneos, como v.gr. Ernesto Garzón Valdés, quien en su trabajo “Derecho y moral”, atribuye al de Hipona la frase “no es ley la que no es justa”, omitiendo la primera parte del texto, que es el que relativiza la afirmación posterior; vide: Garzón Valdés, E., “Derecho y moral”, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 20.

<sup>9</sup> Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* (en adelante *STh*), I-II, q. 95, a. 2 c.

<sup>10</sup> *STh*, I-II, q. 96, a. 6 c.

<sup>11</sup> *STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

<sup>12</sup> *STh*, I-II, q. 92, a1, ad 4.

<sup>13</sup> *STh*, II-II, q. 57, a.1, ad. 1.

habitual, especialmente si la atribuyen a Tomás de Aquino, no han realizado una lectura atenta y que haga justicia a la letra y espíritu de los textos del Aquinate.

Por otra parte, si, más allá de la literalidad de esos textos, se intenta indagar el sentido preciso que ellos tienen en la obra de Aquinate, es conveniente hacer algunas aclaraciones complementarias. La primera y principal es que Tomás de Aquino hablaba generalmente de modo *analógico*, es decir, utilizando ciertos términos para designar realidades distintas con una significación similar<sup>14</sup>. De este modo, el Aquinate usa la palabra “justo” para designar varias entidades: el objeto de la virtud de justicia<sup>15</sup>, cualquier cualidad positiva de las realidades jurídicas<sup>16</sup>, al que cumple la voluntad de Dios<sup>17</sup> y a varias realidades más. Otro tanto ocurre con la expresión “ley” del pasaje debatido: en él la palabra se utiliza en dos sentidos analógicos, es decir, semejantes pero no idénticos<sup>18</sup>, lo que evita la contradicción y el sinsentido que se le atribuye. Volveremos de inmediato sobre este punto.

La segunda de las aclaraciones es que, contrariamente a lo sostenido por numerosos positivistas, la tesis de la defectibilidad de la ley injusta no es un tema central del iusnaturalismo clásico sino sólo una tesis subordinada. Escribe en este sentido John Finnis, que “una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que “las leyes injustas no son leyes”. En realidad, no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado”<sup>19</sup>. Por lo tanto, cualquiera que sea el resultado del debate acerca de la significación y corrección de la frase, en ningún caso podría sostenerse que el iusnaturalismo en cuanto teoría general haya sido refutado o desmontado en alguna de sus afirmaciones centrales en virtud de la falsedad que se atribuye a la afirmación *lex iniusta non est lex*.

### 3. Respuestas a las impugnaciones: la cuestión semántica

Una vez aclarado someramente el planteamiento de la cuestión, corresponde entrar en el análisis semántico de la expresión cuestionada, recordando siempre que no se trata en ningún caso de la formulación elaborada por sus impugnadores, sino sólo de algunas

<sup>14</sup> Sobre la noción de analogía en Tomás de Aquino existe una muy amplia bibliografía; de ella, puede citarse: Montagnes, B., *La doctrine de l'analogie de l'être d'après saint Thomas d'Aquin*, Louvain-Paris, PUL-Béatrice-Nauwelaerts, 1963 y McNerny, R., *Studies in Analogy*, The Hague, Martinus Nijoff, 1968.

<sup>15</sup> *STh* II-II, 57, 1.

<sup>16</sup> *STh* I-II, 95, 2; II-II, 57, 1 *ad* 1; II-II, 69, 3c.

<sup>17</sup> *STh* II-II, 58, 2 *ad* 1; *De Veritate*, q. 27, a. 3 *ad* 25; a. 5 *ad* 17, , etc.

<sup>18</sup> En rigor, en el caso de la analogía se está en presencia de una significación semejante, aunque no idéntica, y de una designación única; en otras palabras, se designa la misma realidad con una significación parcialmente diversa; *vide*: Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso D'Aquino*, Milano, Massimo, 1985, pp. 126-141.

<sup>19</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 351. Hay una excelente traducción castellana: *Ley natural y derechos naturales* [trad. C. Orrego], Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

expresiones semejantes<sup>20</sup>. En este sentido, la aclaración central que corresponde hacer, a los efectos de evitar cualquier ambigüedad en los términos y la subsiguiente confusión en los significados, es que la expresión “ley” de las formulaciones tomistas —v. gr., la que afirma que “la ley tiránica, que no es conforme a la razón, no es ley pura y simplemente (*simpliciter*), sino más bien una cierta perversión de la ley”— es asumida claramente en dos sentidos diferentes: (i) en la primera parte de la expresión, (*lex tyrannica*) “ley” es tomada en el sentido de “norma jurídica sancionada positivamente y que pertenece al derecho positivo” (“ley humana”, en la terminología aquiniana); y (ii) en la segunda parte de la frase (*non est simpliciter lex*), “ley” es tomada en el sentido de “norma que obliga en conciencia a su obediencia”.

Por lo tanto, es posible inferir fácilmente que, luego de esta aclaración semántica, no se descubre ninguna contradicción en la frase, la que podría reformularse —evitando la ambigüedad del uso analógico de “ley”— del siguiente modo: “una norma positiva clara y gravemente injusta (*tyrannica*) no merece ser obedecida en conciencia”, o bien, “las normas que claramente se desvían de su ordenación al bien común, no generan una obligación moral directa de obedecerlas”. Ahora bien, el término “directa” de la frase anterior resulta especialmente pertinente toda vez que, en el caso de la ley tiránica, es decir, radicalmente desviada de su orientación constitutiva al bien común, puede existir una obligación —que Finnis denomina “obligación colateral”— de obedecerla en los hechos, cuando la desobediencia traiga como consecuencia un grave desorden público o algún otro efecto seriamente negativo para el bien común. En este sentido, Tomás de Aquino escribe que “las leyes injustas [...] no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden, por cuya causa el hombre debe ceder (*cedere*) su propio derecho (*iuri suo*)”<sup>21</sup>. Estos daños no tienen que ver necesariamente con el individuo que padece la injusticia, sino con el perjuicio que se produce al bien común cuando las leyes no son obedecidas, por causa del mal ejemplo o del desorden que se podría producir. Hay que tener en cuenta que para muchos hombres —en rigor, para la mayoría— no hay una clara distinción entre legalidad y moralidad, de modo que el incumplimiento de la ley por parte de ciudadanos notoriamente honestos puede ser motivo para que se generalice el desprecio por la legalidad ética y jurídica<sup>22/23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vide: San Agustín *De libero arbitrio*, libro I, c. 5, Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-II, q. 96, art. 4, y sus antecedentes, como Platón, *Leyes*, 715b y Cicerón *Leyes*, libro II, c. 5.

<sup>21</sup> *STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

<sup>22</sup> Vide: Trigg, R., *Morality Matters*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2005, pp. 58 ss.

Visto lo anterior, es preciso distinguir en el caso de una ley injusta y de la obligación moral de obedecer la ley, dos situaciones principales: (i) la de las leyes que se desvían del bien común en cuanto imponen la necesidad de *sufrir* un mal o *verse privado* de un bien, en cuyo caso es razonable que, dadas ciertas circunstancias y para evitar un mal común más grave, exista una obligación “colateral” de cumplir con la norma. Como ya se ha visto, estos daños no tienen que ver necesariamente con el individuo que padece la injusticia, sino con el perjuicio que se produce al bien común cuando las leyes no son obedecidas, por causa del mal ejemplo o del desorden que podría producir; (ii) la de las leyes que mandan positivamente *realizar* un mal grave, o dicho en otras palabras, infringir un “absoluto moral”, en cuyo caso Tomás de Aquino afirma claramente que “nunca es lícito observar estas leyes”<sup>24</sup>. En este último caso, cuando se trata de hacer positivamente un mal, resulta obligatorio no cumplirla.

Por otra parte, si la ley que es en algún sentido injusta también puede ser llamada “ley”, es evidente que deberá ser tenida en cuenta cuando se trata de estudiar el sistema jurídico de un determinado país, aunque en muchos aspectos pueda ser inícuo. De ahí que ningún iusnaturalista relevante piense que a la hora de describir las instituciones jurídicas y normas vigentes en una sociedad debe dejar fuera aquellas que no cumplen con las exigencias de la justicia por el hecho de que entonces no serían ley, tal como lo haría suponer la argumentación desarrollada en este punto por Hoerster y resumida más arriba. En rigor, la dificultad de algunos autores, como Hart y Hoerster, para entender la fórmula clásica se debe a que ella se da en un esquema de pensamiento donde la analogía juega un papel fundamental. Si, como dice Aristóteles, “el ser [y “lo justo”<sup>25</sup>] se dice de muchas maneras”<sup>26</sup>, entonces es posible predicar un mismo término con sentidos parcialmente diferentes. Esto sucede de continuo en el lenguaje ordinario, pero gran parte de la filosofía de los últimos siglos ha buscado utilizar un lenguaje meramente unívoco<sup>27</sup>, como un intento – condenado radicalmente al fracaso - de adquirir para el pensamiento ético-jurídico la precisión que es propia de las ciencias empíricas o exactas<sup>28</sup>. Esta tendencia también ha repercutido en el

---

<sup>23</sup> George, R.P., “Ley natural”, en id., *Moral Pública. Debates actuales*, trad. M. Rabinovich, Santiago de Chile, IES, 2009, pp. 34-35.

<sup>24</sup> *STh*, I-II, q. 96, a. 4 c.

<sup>25</sup> *Vide*: *EN V* 1, 1129a25-27.

<sup>26</sup> *Met.* 4, 2 1003a34.

<sup>27</sup> *Vide*: Ghiretti, H., *La metáfora en el pensamiento político. Una exploración*, Mendoza-Argentina, CEFIC, 2009, pp. 15-19

<sup>28</sup> *Vide*: Albert, H., *Razón crítica y práctica social*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 116 ss. *Vide*, también: Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho – III – El Conocimiento y la Interpretación Jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 47-82.

campo de la teoría jurídica y explica por qué Hart y varios otros autores leen las afirmaciones tomistas de manera deficiente y sesgada.

#### 4. Conclusiones

Una vez realizadas las precisiones expuestas más arriba estamos en condiciones de sacar algunas conclusiones acerca del alcance y sentido de la máxima *lex iniusta non est lex* en Tomás de Aquino:

a) La expresión *lex iniusta non est lex* ni se encuentra de modo textual en las obras del Aquinate, ni constituye el núcleo de las doctrinas iusnaturalistas más significativas. Sí se hallan algunas expresiones semejantes, aunque mucho más matizadas, que apuntan a mostrar que la ley injusta no es ley en sentido pleno y por esta razón, no engendra por sí misma la obligación moral de seguirla. En algunos casos existe una obligación colateral de prestarle obediencia, siempre que al seguirla no se esté realizando positiva e intencionalmente algo malo, sino solo sufriendolo, como puede ser el caso del pago de un impuesto excesivo o discriminatorio.

b) Desde el punto de visto lógico, las objeciones planteadas a la máxima en cuestión desatienden un tema de fundamental importancia, a saber, que el término “ley” puede tomarse, en la expresión cuestionada, al menos en dos sentidos, según se atiende (i) al contenido y finalidad de la norma, o bien (ii) según esa norma tenga una forma legal y se encuentre contenida dentro del conjunto del orden jurídico. Es perfectamente posible, entonces, que una norma sea ley en sentido formal pero tenga serias deficiencias de contenido, que lleven a afirmar que no cumple la función propia de las leyes y, en ese sentido, no puede llamarse ley (derecho) de manera integral.

c) En lo referente a la impugnación desarrollada al comienzo, ha quedado en claro que ella resulta radicalmente insuficiente, ya que se basa en una comprensión anacrónica y descontextualizada de un texto clásico; en efecto, al interpretar una afirmación analógica y práctica en un sentido unívoco y descriptivo-sistemático, los impugnadores yerran el blanco; si por el contrario, se interpreta el texto en un sentido analógico y práctico-moral, se observa que no existen inconsistencias en la máxima estudiada, la cual, por otra parte, no reviste el carácter de tesis central del iusnaturalismo tomista, sino solamente el de una mera afirmación colateral y subordinada.

d) Ahora bien, más allá de la impugnación de algunos autores iuspositivistas, vale la pena poner de relieve que el punto de vista propio y privilegiado del iusnaturalismo del Aquinate es principalmente el práctico-moral, por lo cual la cuestión central en la temática desarrollada no es la de la inclusión o no de una determinada norma injusta en la clase de las

normas jurídicas o derecho normativo, menos aún en un sistema normativo producto de fuentes sociales, sino más bien la de la existencia o no de un deber moral de obedecer al derecho; y la respuesta clásica, en este punto, es compleja y matizada, arribándose en definitiva a la conclusión de que, al menos en ciertos casos, *lex injusta est lex*, por supuesto que en sentido analógico y no univocista.

e) Pero además, existen ciertos casos donde el carácter jurídico-moral de algunas normas injustas resultaría diluido hasta un límite tal que, prácticamente, las excluiría de la categoría de lo jurídico, al privarlas completamente de la posibilidad de generar cualquier deber de obediencia: es el caso de las normas que Tomás de Aquino afirma que se oponen al bien divino (*bonum divinum*)<sup>29</sup>, y que pueden traducirse, en términos de los autores iusnaturalistas contemporáneos, como aquellas que se oponen a los *absolutos morales*, i.e., a aquellos principios que prohíben sin excepción atentar directa e intencionadamente en contra de un bien humano básico<sup>30</sup>; en estos casos, resulta evidente que el carácter jurídico de las normas mencionadas se ha reducido a un mínimo casi absoluto, no obstante lo cual, en un sentido meramente formal (*secundum quid*) aún pueden ser denominadas “derecho”.

i) Finalmente, cabe señalar que desde el punto de vista metodológico la aproximación a las cuestiones jurídicas desde la perspectiva práctica y analógica ofrece algunas posibilidades que no se dan cuando se pretende vanamente alcanzar una precisión y certeza similares a las desarrolladas en las ciencias empíricas o exactas; esta opción por el punto de vista práctico y analógico ha sido también una de las características de Tomás de Aquino y de todos los representantes consecuentes de la Tradición de la Filosofía Práctica<sup>31</sup>, y ofrece la posibilidad de una perspectiva no-reductiva y de una enorme riqueza conceptual, que debe ser asumida al abordar en nuestros días el estudio de las realidades éticas y jurídicas.

Carlos I. Massini Correas  
(Universidad de Mendoza)

---

<sup>29</sup> *STh*, I-II, q. 96, a. 4.

<sup>30</sup> *Vide*: Finnis, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1991.

<sup>31</sup> *Vide*: Massini-Correas, C.I., “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, en *Persona & Derecho*, N° 56, Pamplona, 2007, pp. 205-243.