

LA EPIQUEYA EN LA SOCIEDAD CAMBIANTE (TEORIA DE SUAREZ)

ANACRONISMO Y ACTUALIDAD DE LA EPIQUEYA

El concepto de epiqueya está ya anticuado. Los Códigos modernos—incluido el Código de Derecho Canónico—han suprimido toda mención de la epiqueya. La misma costumbre, institución afín a la epiqueya, está a punto de desaparecer del campo jurídico como una institución cada vez más anacrónica. Los juristas tratan de dar al Derecho una estructura inmutable, exenta de elementos indeterminados y variantes. Este es el criterio de nuestro Código Civil:

«Las leyes sólo se derogarán por otras posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario» (1).

La expresión *cualquier otra práctica* excluye la epiqueya. Pero ¿está también excluida del estado de Derecho?

«Se cita (Berdaut, *Cours*, Introd., pág. 105) una ordenanza de 1634 que prohíbe fumar tabaco a bordo de los barcos bajo pena de ser apaleado y metido en el fondo de la cala. Ninguna disposición legal ha retirado esta ordenanza, que, por otra parte, no es incompatible con ninguno de los numerosos reglamentos de policía referentes a marina que se han sucedido desde el siglo xvii. Por consiguiente, no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente. No obstante, ¿quién podría sostener que esta vieja ordenanza de 1634 es hoy obligatoria?» (2).

He aquí un caso patente de utilización de la epiqueya, que a pesar del anacronismo se impone para librar al hombre de obligaciones utópicas. La razón última está en que las leyes y los reglamentos tienen fuerza obligatoria lo mismo que los contratos con la condición implícita *rebus sic*

(1) Código Civil, artículo 5.º

(2) A. COLIN, H. CAPITANT, J. CASTÁN TOBEÑAS: *Curso elemental de Derecho Civil*, I (1941), pág. 137.

stantibus, entendiendo el vocablo *rebus stantibus* en su máxima propiedad y extensión. Pero la Humanidad no se resigna al estancamiento del *rebus sic stantibus*. El sujeto del Derecho es en parte necesario, y en parte es contingente: no es un terreno estático, divisible en parcelas de límites fijos como los inmuebles; es sujeto siempre idéntico, pero siempre en marcha y siempre en cambio, al que el legislador no puede detenerle en su camino ni marcarle el paso. La epiqueya es la figura jurídica de facetas innumerables, que con nombres viejos o nuevos o embozada en el anónimo, siempre ha cambiado, cambia y cambiará las leyes y las instituciones contingentes mal ajustadas a la realidad histórica. De ordinario se empleará con conocimiento del legislador, pero sin pedir su autorización. Los clásicos la llamaron unas veces *epiqueya* y otras veces *equidad*. Hoy sigue influyendo en forma más incontrolada precisamente por cubrirse en el anonimato, y desbordándose fuera de los cauces racionales, acaso como represalia porque se le han puesto por parte del legislador y del gobernante barreras injustificadas. Esta reacción del Derecho necesario se debe a que no se tiene en cuenta un principio jurídico básico y elemental, que es la limitación propia del Derecho de lo contingente.

El Vaticano II, muy especialmente en el Decreto sobre el ministerio pastoral de los obispos (28 octubre 1965) y en la Constitución *Gaudium et spes* (7 diciembre 1965) sobre la Iglesia en el mundo actual, es aun para legisladores y gobernantes civiles de cualquier mentalidad, un documento lleno de enseñanzas si se le estudia a la luz de la epiqueya clásica o del nombre que se le quiera dar en el tema del Derecho necesario y del Derecho contingente, categorías indispensables para la ciencia jurídica. En el Decreto sobre el ministerio pastoral de los Obispos (nn. 9, 10), los Padres conciliares (sin promulgar propiamente ninguna ley concreta) exponen el deseo de que los dicasterios pontificios, que han prestado al Sumo Pontífice y a la Iglesia servicios excelentes, sean reorganizados según las necesidades de los nuevos tiempos y con una mejor adaptación a las regiones. Este deseo conciliar, manifestación y efecto al mismo tiempo de ese elemento vital renovador y evolutivo de la Iglesia en su vida siempre ascendente, incluido por los clásicos en las virtudes de la epiqueya y la equidad, se está manifestando, como es sabido, en la reorganización del Santo Oficio y en leyes importantes como las que versan sobre los libros prohibidos. En el trasfondo histórico de ese Decreto se extiende un mundo vastísimo de hechos jurídicos tan instructivos por su profundidad y complejidad humana como inabarcable por sus enormes dimensiones. Baste aludir brevemente en un sector histórico menos desconocido para nosotros, e implicado con las instituciones políticas de España, a algunos sucesos ocu-

rridos a Suárez en la tensión continua entre el reglamento del Santo Oficio de la Inquisición española y los esfuerzos constantes de la epiqueya para suavizar el rigor de las ordenanzas inquisitoriales. Son episodios que no afectaban a la sustancia institucional de la Inquisición, cuyo papel en la Historia no se puede medir ni deslucir por algunas aplicaciones menos afortunadas e incluso nocivas. Estas eran precisamente las que Suárez trataba de evitar por la epiqueya. Las colisiones de Suárez con los inquisidores tienen especial importancia por ser un hombre siempre respetuoso con la ley y, al mismo tiempo, el tratadista más insigne de la epiqueya desde el Renacimiento hasta nuestros días.

El 28 de diciembre de 1576 comparecía como testigo Francisco Suárez, juntamente con varios condiscípulos antiguos, para deponer en el proceso instruido en la Inquisición contra su maestro de hebreo Martín Martínez de Cantalapiedra. Una de las preguntas fue si le había oído decir que Dios, al hacer a Orígenes, rompió el molde. ¿Se trataba de enjuiciarle como origenista? La respuesta de Suárez fue una auténtica evasiva. Contestó no recordar que lo dijera con tanta exageración. Así salvaba al denunciado mediante un encubrimiento hábil de esta y otras frases que se le atribuían. Suárez, en rigor, no podía proceder en aquella forma ante la Santa Inquisición, pero hoy nadie puede menos de alabarle por el uso epiquéyico de su declaración (3).

El 16 de octubre de 1594 comparecía de nuevo el mismo Suárez por infringir los reglamentos de la Inquisición. El delito de que se le acusaba era el haber accedido a la petición de don Juan de Zúñiga, del Consejo de la Inquisición, dictando un informe doctrinal sobre el tema controvertido y examinado por los inquisidores con ocasión de la Concordia de Molina. La exposición de Suárez, que por estar enfermo hubo de dictarla desde el lecho, corrió en Salamanca en ocho copias, que han llegado hasta nosotros, infringiendo las órdenes inquisitoriales sobre el secreto de los temas en que entendía el Santo Oficio. Naturalmente, Suárez no podía aceptar como obligatoria la imposición de un secreto tan exorbitante. En sus declaraciones ante el inquisidor Palacios de Terán, al enseñársele la copia de su informe «dijo que lo conocía y reconocía por suyo y confesava averle compuesto y dictado para dar al señor Don Juan Çúñiga, de la Santa General Inquisición, como lo tiene confesado y declarado en su deposición». Suárez sabía que sobre el rigor del reglamento inquisitorial tenía como teólogo otras obligaciones superiores. La epiqueya constituía para él

(3) Cf. MIGUEL DE LA PINTA LLORENTE, *Proceso criminal contra el hebraísta salmantino Martín Martínez de Cantalapiedra*, Madrid-Barcelona (1946), págs. 304 y siguientes.

no un fraude contra el texto de la ley positiva, sino una exigencia de la responsabilidad humana. Si la Inquisición española hubiera sido más abierta para la aceptación del uso de la epiqueya, hubiera evolucionado adaptándose a las necesidades de los tiempos con un balance general de merecimientos puramente positivos hasta adaptarse sin estridencias a las circunstancias actuales en el sentido formulado por el Vaticano II.

La actitud epiqueyica de Suárez anuncia un rasgo noble de esta figura jurídico-moral ensalzada por R. Egenter en el breve artículo dedicado a la epiqueya en la edición última del *Lexikon f. Theol. u. Kirche* al verla libre de la tendencia al subterfugio astuto contra la ley (4). El empleo de la epiqueya aparece en Suárez como un acto de fidelidad a ideales jurídicos superiores de lo que llamamos el Derecho necesario, en el servicio del destinatario del Derecho que es el pueblo. Así le vemos, de nuevo en una actitud de epiqueya, en la composición de la *Defensio fidei* recurrir a la ayuda personal de dos especialistas ingleses en el conocimiento de las vicisitudes históricas de la Iglesia de Inglaterra, los Padres Salquei y Sweetman (5), para compensar como escritor la autorización para leer libros heterodoxos, reservada por la Inquisición. Era la tensión creada por el rigorismo legalista contra el estado de Derecho necesario para la vida humana. Sirvan estas notas preliminares para excusar el anacronismo de un estudio histórico-jurídico sobre la epiqueya, que seguiremos comenzando desde sus orígenes griegos en Aristóteles.

LA EPIQUEYA YUSNATURALISTA.

En el estado de Derecho, propio del hombre, hay un elemento positivo, que modifica y mejora la legalidad sin destruirla. Es la epiqueya, distintivo del ciudadano ideal (ἐπιεικής). Aristóteles la presenta en dos especies diversas. La epiqueya estudiada en los tratados de la *Retórica* y de la *Magna Moralia* puede clasificarse como epiqueya yusnaturalista (6).

(4) R. EGENTER, v. Epikie, en *Lex. f. Theol. und Kirche*, vol. 3, col. 934-935 (1967). Cf. también R. EGENTER, *Über die Bedeutung der Epikie im sittlichen Leben*, *Phil. Jahrbücher*, 53 (1940), 115-127. No hemos podido ver el trabajo muy citado de A. CREVE, *De Epikeia volgens Thomas von Aquin en Suarez*, *Miscellanea moralia* in hon. A. Janssen, I, Lovaina (1948), 255-280. Otros trabajos se citarán más abajo.

(5) E. ELORDUY: *La soberanía popular*, intr. a la *Defensio fidei*, III, Madrid (1965), pág. LXII.

(6) La *Magna Moralia* es, a nuestro juicio, la ética auténtica de Aristóteles. De su autenticidad nos ocupamos en el artículo «Los *Magna Moralia* de Aristóte-

Por su brevedad y por ser menos conocido que el capítulo de la epiqueya en EN, comentado por los escolásticos, merece ser citada la siguiente descripción de la epiqueya de MM:

«La epiqueya o el *epieikés* es el menospreciador de lo justo legal, ya que el legislador es incapaz de definir exactamente lo concreto y dice generalidades. *Epieikés* es el que pasando por encima de ellas, se fija en las determinaciones concretas que el legislador quiso, pero no pudo recoger. El *epieikés* no es menospreciador de lo justo como tal, pues no menosprecia lo justo por naturaleza y verdadero, sino las decisiones legales, que el legislador dejó por su incapacidad» (7).

La *epiqueya natural* o yusnaturalista se ocupa, según Aristóteles, del Derecho verdadero impuesto por las exigencias de la realidad. Su misión es enderezar el Derecho positivo o la mera *legalidad*, encauzando las estructuras jurídicas conforme a la realidad, es decir, según la naturaleza político-social del hombre. Aristóteles supone que esa naturaleza constituye un *eidos* fijo e inalterable, con una evolución cíclica y cerrada, como las especies animales. Por eso no tiene en cuenta los cambios del Derecho exigidos por una sociedad cambiante. Su ética y su derecho se mueven dentro del fixismo helénico. La semblanza aristotélica del *epieikés* corresponde a la del gobernante o ciudadano ideal de Platón, ajeno a la ambición y al egoísmo, amante del bien común más que del propio interés:

«Si por disposición divina naciera algún hombre capaz por naturaleza de apropiarse estos principios, no le haría falta ley alguna para regirle» (8).

En la EN (= *Ética a Nicómaco*) el *epieikés* no respira el puro éter de las utopías de Platón y del joven Aristóteles, admiradores de un Sócrates cada vez más legendario, ciudadano modelo víctima de las leyes de Atenas, la ciudad que Sócrates adoraba, una patria propia de espíritus superiores. La EN desarrolla los principios aristotélicos acomodados o acomodándolos a la lucha de la vida en torno a la legalidad positiva. La epiqueya socrática yusnaturalista, pasó pronto a la Historia como una utopía, dando lugar a una epiqueya menos idealista.

les», *Emérita*, VII, 1.^o-2.^o (1939), págs. 6-70. De la epiqueya trata en B. 1, 1198 b, 26-33. La *Ética a Nicómaco* y la *Ética a Eudemo* son, a nuestro juicio, redacciones posteriores de los discípulos: Abreviaturas: MM = *Magna Moralia*; EN = *Ética a Nicómaco*; EE = *Ética a Eudemo*.

(7) ARISTÓTELES: *L. c.*

(8) PLATÓN: *Leges*, 875 c.

LA EPIQUEYA CLÁSICA

El *epieikés* de EN alardea también de corregir las leyes, pero como auxiliar del legislador (9). Es un profesional del Derecho dedicado al mejoramiento de las instituciones jurídicas. La epiqueya de EN es la variedad positiva de la ciencia clásica del Derecho, que adopta ante la naturaleza una actitud distinta que la MM. Lejos de acomodarse a la naturaleza como la epiqueya yusnaturalista de MM., y en vez de menospreciar como aquélla al legislador, el *epieikés* de la EN invierte la actitud, despreciando la naturaleza de las cosas ágiles y rodeando del máximo respeto al legislador. Otro rasgo impuesto por la cultura helénica hacia el 300 a. C. es el humanismo de la epiqueya.

«Con la ayuda de la ley no tiende a ser riguroso, sino condescendiente» (10).

El menosprecio de la naturaleza se manifiesta en la adopción de medidas arbitrarias, fenómeno sorprendente por el viraje que supone en un estadio tan corto de tiempo, respecto de los criterios yusnaturalistas de la MM. La norma suprema de la EN es el conocimiento científico, la γνώμη, «pues el conocimiento del *epieikés* es el criterio recto» (11).

LA EPIQUEYA MEDIEVAL

Los legistas y canonistas de la Edad Media trataron de combinar la epiqueya griega con la *aequitas* romana. Ambos conceptos tienen puntos importantes de contacto, como es la universalidad de la ley. Pero en la ley helénica prevalece el matiz de la universalidad doctrinal y especulativa, mientras que la *aequitas* del *ius gentium* romano atiende especialmente a la universalidad humana para la que se dan las leyes. Además, como efecto de una transformación de la cultura cristiana, la *intentio* es un elemento cada vez más importante en la interpretación de las leyes y en la epiqueya. El humanismo cristiano es otro elemento que influye en la orientación de los juristas y canonistas hacia una benignidad cada vez más ge-

(9) ARISTÓTELES: EN, E. 14, 1137 b 13.

(10) ARISTÓTELES: EN, E. 14, 1137 b 17-18.

(11) ARISTÓTELES: EN, Z. 11, 1143 a 20. Para los criterios de las épocas clásica y postclásica romana, véase el trabajo de F. PRINGHEIM *Römische aequitas der christlichen Kaiser*, en Acta Congressus iuridici internationalis VII saeculo a Decretalibus (=Gesammelte Abhandlungen), I, Heidelberg (1961), 229-233.

neralizada y profunda. Estas circunstancias deben tenerse en cuenta para no incurrir en el error de creer que la semejanza de las expresiones relativas a la epiqueya entre Aristóteles y Santo Tomás responde a una semejanza de contenido real. La epiqueya en Santo Tomás es como en la EN una corrección o enmienda de la ley, pero la *ratio legis* de Santo Tomás tiene un carácter más permanente, universal y necesario que el *nomos* de las democracias griegas. La epiqueya aristotélica de la MM y de la EN es supletiva y extensiva de la ley. La epiqueya medieval es más bien restrictiva, ya del objeto, ya de la imputabilidad de las infracciones de la ley. Combinando expresiones de la EN y de la *aequitas* y *benignitas* del Jurisperito (*Lib. 1, ff. tit. 3 de leg. et senatuscons.*), dice Santo Tomás:

«Nulla ratio iuris aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro salute hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum perducamus ad severitatem» (12).

El humanismo cristiano de este pasaje es característico de la epiqueya medieval y especialmente de la de Santo Tomás, que repite el mismo pasaje en 2-2, 60, 5 ad 2, para establecer el principio de que el juez no puede aplicar la letra de la ley contra las exigencias del Derecho natural. Entre los juristas y canonistas medievales estuvo en vigor este principio yusnaturalista de la administración de la justicia, como puede verse en Baldo. Santo Tomás exige, no obstante, que cuando sea posible el recurso al príncipe, la interpretación benigna de la ley no puede ser utilizada por los súbditos sin cumplir con ese prerequisite.

Las profundas diferencias introducidas por el Cristianismo en la esencia misma del mundo jurídico no fueron suficientes para que los juristas y canonistas medievales renunciaran a considerarse como herederos del mundo grecorromano. La fidelidad a los esquemas de la moral griega y del Derecho romano se manifiesta en Santo Tomás y más en general entre los escolásticos de su tiempo, en las tres direcciones en que se despliega el cultivo de la epiqueya: 1.º En el campo de la interpretación de la ley o de la mente del legislador, objeto de la jurisprudencia. 2.º En el campo de la aplicación benigna del Derecho, especialmente en el ejercicio del poder judicial, que sin suprimir directamente las leyes, las formula con más humanismo y benignidad, preparando así una nueva redacción de las mismas leyes. 3.º En la crítica directa de la ley y de sus partes, cuando éstas parecen incapaces para seguir vigentes.

(12) SANTO TOMÁS, 1-2, 96,6.

Un siglo más tarde aparece un rasgo de importancia en el uso de la epiqueya, empleada o intentada para resolver las grandes crisis de la sociedad. Canonistas y gobernantes proponen el derecho de epiqueya como virtud jurídico-moral arquitectónica para la construcción y conservación de la Iglesia y de la República. Es la solución única que se les ofrece para dirimir el gran cisma de Occidente; Konrad Gelnhausen escribió a Carlos V de Francia como carta privada su *Epistola Concordiae*, proponiéndole que, fundado en la epiqueya, convocara un Concilio para dar fin al cisma de los Papas rivales Urbano VI y Clemente VII. Ninguno de ellos podía convocarlo y, por otra parte, era necesario. Por lo tanto, se imponía el uso de la epiqueya (13).

Al año siguiente abogaba públicamente por las mismas ideas Henri de Langenstein o de Hesse en su *Epistola concilii pacis*.

En la exposición de Langenstein, el autor expone su doctrina apoyándola en varios casos de aplicación benigna de leyes diversas canónicas y civiles. Entre las canónicas le parece necesario dispensar de la ley del celibato a multitud de sacerdotes concubinarios, y aduce la doctrina de Aristóteles sobre la epiqueya con palabras semejantes a las que más tarde empleará Suárez:

«quae est directiva iustitiae legalis. Et ea melior quia per eam, modo excellentiori et perfectiori, obeditur menti et intentioni legislatoris. Cum tamen licitum sit Theologis, qui sunt ἐπιεικεις divinae legis, mentem Christi interpretari et declarare, ut patet in interpretatione magni Mandati in lege, quod ad litteram a viatoribus impleri non potest, sed ad sensum Doctoris» (14).

El año 1408 proponía Gerson la misma solución de la epiqueya ante el Concilio de Pisa, discurriendo del modo siguiente:

«La unidad de la Iglesia en un vicario de Cristo no es preciso procurar ahora *servando terminos litterales ac caeremoniales* de las leyes positivas (...) sino que *summario et de bona grossaque aequitate potest procedere Concilium istud generale, in quo residebit sufficiens auctoritas iudicialis utendi epikeia, id est interpretandi omnia iura positiva* (...). *Auctoritas vero utendi epikeia, residet principaliter apud peritos in Theologia, quae est architectoria respectu aliarum*» (15).

(13) Cf. V. MARTIN, «La doctrine de la superiorité du Concile sur le Pape», *Revue des Sciences Religieuses*, 17 (1937), págs. 409-418.

(14) H. DE LANGENSTEIN DE HASSIA: *Consilium pacis de unione ac reformatione Ecclesiae*, publicado en la edición de Gerson, Amberes (1706), II, col. 831.

(15) J. GERSON: *De unitate Ecclesiae, opera*, Amberes (1706), II, 115.

Gerson, lo mismo que Gelnhausen y Langenstein, no duda que el poder de convocar el Concilio es institución canónica, y le aplica la doctrina de la epiqueya aristotélica. En las consideraciones suplementarias del tratado refuerza su doctrina diciendo:

«Consideratio tertia.—Unitas Ecclesiae ad unum certum Christi Vicarium dum procuratur per epiqueyam seu bonam aequitatem, non exigit in sic epiqueyentibus seu legum positivarum interpretibus, quod habeant evidentiam mathematicam... evidentiam mathematicam seu demonstrativam; sed satis est si certitudinem moralem seu civilem et politicam attulerint (...). Exempli gratia: Tyrannus persequitur Rempublicam cautelis dolosis sicut lupus rapax: nihilominus ipse teget se vestimentis ovium quae sunt tam verba quam facta apparenter sanctissima, in quibus est frequenter equivocatio vel hypocrisis. Ago, inquit, ista pro Republica, ago pro salute populi, pro quibus paratus sum etiam mori (...). Ita mentietur tyrannus, et multos ex simplicibus seducet. Prudentes vero et iudices, quorum est epikeia uti, legent ex operibus suis oppositum, secundum artem Christi» (16).

La aplicación de la epiqueya al Derecho público de la Iglesia constituía un avance innegable (caso de ser posible) en la Ecclesiología. Pero ni en la antigüedad grecorromana ni en el Medievo aparece el influjo sistemático y reflejo que los cambios de la sociedad hayan producido en el Derecho y en la epiqueya. Este aspecto de la evolución jurídica, que hoy se presenta con proporciones estremecedoras en la crisis profunda y universal de la sociedad, pasó inadvertido para los canonistas y los juristas. La razón última de esta actitud conservadora está tal vez en el fixismo del Derecho positivo, que atribuye a la ley un valor puramente formal y estático, como si el mundo jurídico-moral nada tuviera de contingente y estuviera sometido a la inmutabilidad de las leyes cósmicas.

Hay un doble factor, no obstante, que nos obliga a salir de la inercia especulativa propia del fixismo. El primero es la evolución. El impacto revolucionario de Teilhard de Chardin en la concepción filosófica, religiosa y teológica del mundo no puede menos de propagarse, con todas sus incógnitas del mundo, al terreno jurídico. Otro factor más conforme al progreso de las ciencias jurídicas viene preparándose desde el Renacimiento mediante el estudio del hombre y de la sociedad en las transformaciones individuales y colectivas que afectan no sólo al Derecho positivo, sino a las mismas aplicaciones del Derecho natural. Basta tener en cuenta el desarrollo del Derecho Internacional originado por el conocimiento del hom-

(16) *L. c.*, col. 120.

bre en sus dimensiones social y moral. Precisamente el estudio del mundo jurídico-moral, por sus intrínsecas conexiones con los cambios sociales, impulsó a Suárez a plantear la doctrina sobre la epiqueya desde puntos de vista nuevos, que pueden tener una importancia arquitectónica en la solución de los problemas yusnaturalistas del mundo moderno, muy especialmente en la epiqueya como antídoto de las fantasías teilhardianas.

LA EPIQUEYA EN SUÁREZ

Suárez ha figurado siempre al lado de Aristóteles y de Santo Tomás en la doctrina de la epiqueya. Pero el hallazgo y publicación reciente de sus lecciones romanas sobre la justicia le da un relieve especial por la forma expresa con que abandona en puntos esenciales el sistema de sus predecesores. Aristóteles y Santo Tomás habían considerado a la epiqueya como parte de la virtud de la justicia. Suárez comienza por ponerlo en duda desde el encabezamiento mismo del capítulo o cuestión que le dedica con esta pregunta en la *Disputatio quarta*:

«Quaestio quinta.—An epieikeia sit virtus iustitiae a supra numeratis distincta» (17).

Aristóteles había clasificado a la epiqueya dentro de la justicia. Santo Tomás añadió que no es una parte potencial (es decir, como una cualidad propia) de la justicia, sino una parte subjetiva, o especie subalterna, aunque más excelente que la misma virtud de la justicia. Ninguna de las dos explicaciones le parece aceptable a Suárez, aunque reconociendo que la admiten todos: «hanc esse partem iustitiae omnes sentire videntur». Más bien sería la virtud que por antonomasia llaman *equidad*. Esta tiene un objeto peculiar, diverso de la justicia legal, que es lo justo *secundum verba legis*, mientras que la epiqueya es *contra verba legis*. Después de aducir a favor de su posición tres argumentos, que omitimos, prosigue diciendo:

1.º «El proceder contra las palabras de la ley cuando su cumplimiento es contra la rectitud y la prudencia, no puede pertenecer a ninguna virtud, y tampoco es una virtud de la justicia sola» (18).

2.º (Resumido de Suárez): El acto de la epiqueya tomado en general puede no pertenecer a la justicia, sino a varias virtudes. A la epiqueya concurre primeramente el entendimiento con

(17) SUÁREZ: *De iustitia*, ed. J. Giers, Freiburg i. B. (1958), págs. 109-114.

(18) *L. c.*, pág. 111.

este juicio: El cumplir *hic et nunc* las palabras de la ley sería inhonesto. Este juicio pertenece a la prudencia y se basa en la jurisprudencia o en la filosofía moral.

3.º La epiqueya nunca es una virtud de la justicia especial, distinta de las otras, ni puede pertenecer a una virtud singular:

«Por eso, el que en un caso sea permitido proceder contra las palabras de la ley no cambia la rectitud moral, sino que manifiesta que (la rectitud) es tan importante y necesaria, que hace que la ley aparentemente contraria a ella en un caso especial, no obligue en dicho caso. Esto se puede ver en un ejemplo. Si urgiendo una necesidad verdadera deja uno la misa que en otras ocasiones le sería obligatoria, hace un acto de misericordia y no cambia la rectitud moral por proceder contra las palabras materiales de otro precepto» (19).

Esta doctrina va contra la doctrina de Aristóteles y Santo Tomás. Suárez reconoce el hecho, pero añade: «Mas no veo en qué razón se fundan. Ahora bien, esta cuestión, que es completamente filosófica, se ha de resolver más por razón que por autoridad» (20). Aristóteles consideraba al hombre un «animal politicum» total y esencialmente ciudadano y perteneciente a la ciudad. Según eso, lo justo es lo que manda la ley y el que en todo obedece a la ley (21). Una vez admitido con Aristóteles y los griegos en general que el hombre nace para la *ciudad* concreta en que vive, por ejemplo, el ateniense para Atenas y nada más que para Atenas, la ciudad le dictará las leyes, y el ciudadano las cumplirá, pues lo que manda la ciudad lo manda la naturaleza (22). Suárez no podía admitir que el hombre nazca exclusivamente para ser ciudadano de su patria. Nadie nace para ser sólo español o sólo francés, y ni siquiera para ser ciudadano del mundo o de la sociedad universal. Como ciudadano está uno obligado a la justicia legal en su sentido más estricto. Como miembro de la sociedad humana y universal debe poseer una justicia legal de otro género superior. Pero esto no basta. Como criatura racional, debe regularse por las exigencias de una justicia de orden aún más elevado, siendo bueno y justo en toda la extensión de la palabra. Esto es ser *epieikés*. En esta última zona superior debe situarse para cumplir con los deberes que le impone la epiqueya. A veces, por encima de las palabras materiales de la ley positiva, tanto canónica como civil, deberá cumplir obligaciones supraleales y suprarreglamentarias.

(19) *L. c.*, pág. 112.

(20) *L. c.*, pág. 113.

(21) ARISTÓTELES: MM 1193 b 1.

(22) ARISTÓTELES: MM 1195 a 8.

Suárez declaró con diversos ejemplos esta posición mantenida a lo largo de sus escritos. El primer ejemplo, tomado de Santo Tomás, es el siguiente. Las ordenanzas militares de la Edad Media mandaban cerrar las puertas de la ciudad antes de la noche. Pero este precepto caducaba—por epiqueya—cuando las tropas cívicas regresaran a la ciudad para refugiarse en ella o para descansar. Otro ejemplo. Unos treinta años más tarde discutía Suárez la doctrina del gran moralista franciscano Antonio de Córdoba. El religioso de San Francisco, según Córdoba, no podía atender a sus padres en la indigencia si se lo prohibía el superior. Suárez no dudó en declarar que, dada la obligación natural de atender a los padres pobres, el religioso franciscano—por epiqueya—estaba obligado a socorrerlos como cualquier otro hombre, aun contra la voluntad expresa de sus superiores (23). Con esta ocasión explica Suárez los vínculos jurídicos que unen a padres e hijos y los cambios que se pueden introducir con la edad y otras circunstancias. Tercer ejemplo. El Derecho político ofrece a Suárez otro tema fecundo en el poder conservado *in habitu* por el pueblo para ciertos casos frente a la autoridad pública. El doctor Navarro había defendido esta doctrina en Salamanca el año 1528, diciendo en un acto académico solemne que el *Reino no es del Rey*. Belarmino y Suárez hicieron suya esta doctrina contra las pretensiones del rey Jacobo I de Inglaterra (24).

Por lo tanto, la persona individual y la persona colectiva (que es su prolongación) ejercen en la epiqueya una responsabilidad suprema, insomitable en ciertos casos emergentes a la letra material de la ley positiva, aunque ésta sea razonable y honesta. Esos casos pueden presentarse en las vicisitudes de la vida normal y de la evolución histórica, presentando colisiones de la ley humana con el Derecho divino y natural que tienen prelación sobre la letra de la ley positiva. Apoyado en estos criterios, desarrolla Suárez la doctrina de la epiqueya en un sentido estricto distinto de la *interpretatio legis*. Los antiguos consideraron la interpretación como epiqueya lo mismo que la cesación *total* de la ley, a la que prefieren llamar *cessatio legis* y no epiqueya propiamente dicha. Esta consiste para Suárez en la cesación parcial de la ley, aunque la doctrina responde a los mismos principios que la *cessatio* en su generalidad. Todo este conjunto de los tres temas lo desarrolla en nueve capítulos del libro VI *De Legibus*. Los cinco primeros están dedicados a la *interpretatio legis*, que Suárez considera objeto de la jurisprudencia. La *cessatio legis* ocupa

(23) SUÁREZ: *De relig.*, tr. VII, lib. VI, c. 9, nn. 13-31; ed. Vivès, 15, 433-439.

(24) SUÁREZ: *Defensio fidei*, III, 3, 3; cf. ed. C. S. I. C., Madrid (1965); página 25, n. 59.

los capítulos 6 al 9, en su doble aspecto de *parcial* (=epiqueya) y *total* (25). La jurisprudencia interpretativa medieval, que había dado un paso importante sobre los antiguos, muy especialmente en el estudio e importancia de la intención del legislador, añadió un avance más radical, creando una doctrina sistemática sobre la *cesación* misma de la ley, que puede extenderse a instituciones anticuadas.

LA «CESSATIO LEGIS» Y LA «RATIO LEGIS»

El concepto de *cessatio legis* ha adquirido carta de ciudadanía entre los moralistas (26). Los clásicos no conocieron la expresión *cessatio legis* ni su equivalencia griega. Es un concepto que surge en la Edad Media al considerar la desaparición de las leyes ceremoniales y judiciales del A. T. con la promulgación del Evangelio y de las leyes canónicas de la Iglesia. Santo Tomás formula la pregunta: «*Utrum caeremoniae Veteris Legis cessaverint in adventu Christi*» (27) y hace ver que la prohibición de ciertos manjares respondía al peligro de asemejarse a los gentiles al usar de sus mismas viandas, para deducir que «*procedente tempore, cessante causa, cessavit et effectus*» (28). Fue un caso de epiqueya.

Pero ¿qué relación existía entre la causa y el efecto? ¿Cesó la Ley Antigua y fue sustituida por la Nueva sólo por intervención positiva de Dios? ¿Respondió más bien ese cambio a un plan genético o evolutivo impuesto por Dios a la perfección histórica del Derecho?

El Derecho clásico no conoció esta segunda teoría. Santo Tomás supone que la Ley Antigua fue perfecta sólo «*secundum temporis constitutionem*» (1-2, 98, 2 ad 1), mas no planteó explícitamente el análisis de

(25) En el presente estudio no tratamos de la *interpretatio legis*, a pesar de su gran importancia en la sociedad cambiante de nuestro tiempo. En los cc. 1-2 (del libro VI) trata Suárez de la extensión deductiva, que amplía el campo de la obligatoriedad de la ley más allá del sentido material de las palabras. A la extensión análoga le dedica los cc. 3-4, y a la restricción el c. 5. Suárez los considera ajenos a la *epiqueya*, que no interpreta como la jurisprudencia leyes existentes, sino que declara su cesación. Con esto la metodología suareciana introduce un cambio importante en la ciencia del Derecho.

(26) Pueden verse entre los modernos M. ZALBA, *Teol. Mor.*, I, nn. 615-626; L. RODRIGO, *Tract. de legibus*, 538-563, 639-725; MICHELS, *Normae gen.*, I, c. 1^a, 642-676; II, 4-225, a quienes remitimos para una explicación más sistemática del problema. En este trabajo nos proponemos explicar más bien su aspecto genético y la importancia que tiene la crisis actual.

(27) SANTO TOMÁS, 1-2, 103, a. 3.

(28) *L. c.*, a. 4, ad 3.

las causas del cambio. Suárez, hablando en general de las leyes, y no precisamente del A. y del N. T., distingue las dos posibilidades:

«Hay un cambio que se verifica por sí e intrínsecamente, por defecto de poder de conservación. Otro se verifica por acción extrínseca de un agente superior... El primero puede llamarse en general *cesación*. El segundo, *ablación*» (29).

La *cessatio legis* o muerte de la ley es función evolutiva del Derecho. Las leyes positivas y contingentes nacen y se desarrollan por la acción del poder legislativo externo y de la jurisprudencia, o se degeneran y extinguen por la costumbre y por la epiqueya, las cuales, sin embargo, también ocasionan el nacimiento de otras formas jurídicas de mayor perfección. Más aún, la finalidad intrínseca del Derecho (aunque no siempre de la legalidad) tiende hacia la máxima perfección de la vida jurídico-social, mediante el influjo combinado e interdependiente de la letra de la ley, de la mente del legislador y de la razón intrínseca de la ley. La mutua trabazón de este triple elemento es fundamental para una auténtica interpretación de la ley (30). Por su valor inmediato, salvo en ocasiones como las de la epiqueya, en toda interpretación de la ley se impone ante todo el cumplimiento de su letra (31). Pero el sentido de las palabras depende en parte de la intención o voluntad del legislador manifestada en formas diversas «quia non debet intentio verbis servire, sed verba intentioni» (32). Por eso la mente del legislador recibe el nombre de *anima legis* (33) o de *vita legis* (34). Pero ni las palabras ni la mente del legislador, aunque sean los elementos más inmediatos de la interpretación, pueden prescindir del tercer elemento, que es la *ratio legis*, que también recibe la denominación de *anima legis* (35), pues en realidad es el elemento que preside la evolución del Derecho realizada desde dos frentes complementarios por la epiqueya y por la costumbre jurídica. Ambos elementos tienen a primera vista el aspecto negativo y destructor de anular la ley u oponerse a ella derogando a sus obligaciones. Pero en realidad el aspecto negativo es sólo aparente o provisional. No se puede modificar sin intro-

(29) SUÁREZ: *De legibus*, VI, 6, 1; 6, 27. A la *ablatio* la llama también *revocatio* en el c. 9, 1; 6, 39. De la *cessatio veteris legis* hablaremos después.

(30) SUÁREZ: *De legibus*, VI, 1, 7; 6, 3.

(31) *L. c.*, n. 8.

(32) *L. c.*, n. 12. «No debe servir la intención a las palabras, sino las palabras a la intención».

(33) *L. c.*, n. 12.

(34) *L. c.*, n. 15.

(35) *L. c.*, n. 20.

ducir cambios, y en todo cambio hay algo que desaparece. Pero el *epieikés*, por su formación humana superior, tiende hacia el mejoramiento de las instituciones jurídicas, haciéndolas más benignas y adaptables al pueblo. También éste, por su parte, tiende a imponer el cumplimiento del orden jurídico a la masa total de los ciudadanos con una eficacia superior a la mera acción del legislador humano. Este criterio de perfeccionamiento impulsó a Suárez a introducir profundas modificaciones, tanto en la epiqueya como en la *consuetudo*.

LA EPIQUEYA EN EL DERECHO NATURAL Y EN EL POSITIVO

La epiqueya es inaplicable al Derecho natural. Suárez excluye todas las consideraciones encaminadas a la introducción de esta novedad como impertinentes. Sólo admite la posibilidad de que en forma indirecta, por vía de epiqueya, se admitan cambios en la materia del Derecho natural y, por tanto, en su aplicación. Suárez formula ambos criterios (de exclusión de cambios en la ley natural y de aceptación de mudanzas en su materia) al tratar de obligaciones naturales, como son la devolución de un depósito y el cumplimiento de una promesa, que a veces pueden no obligar por epiqueya:

«La interpretación de la voluntad del legislador humano es epiqueya por ser como una corrección de la misma. Pero en sí y respecto de la ley natural es sólo la explicación de un cambio producido en la materia de la ley. Por razón de este cambio, el acto ya no tiene su malicia y no cae bajo la prohibición de ley natural» (36)

Lo mismo puede decirse de otros casos, como el respeto de la propiedad, que puede a veces estar superada por consideraciones de orden social, por mero cambio de la materia del Derecho sin conculcación del mismo Derecho natural. En este sentido, la epiqueya puede y debe influir en el mejoramiento del orden jurídico de la sociedad cambiante, infundiendo a las instituciones incluso naturales un dinamismo progresivo capaz de un progreso indefinido. Las exigencias del Derecho natural en la sociedad moderna, por ejemplo, en el orden educacional, son mucho más importantes y urgentes que en los pueblos primitivos. El dinamismo constructivo de la epiqueya impulsa al mejoramiento de la misma naturaleza social del hombre y el desarrollo del Derecho natural.

(36) *De Legibus*, II, 16, 16; 5, 159.

Con todo, la acción innovadora de la epiqueyá es mucho más intensa en el Derecho positivo. El medio ambiente cultural, social, político y religioso se transforma y complica de día en día, imponiendo al hombre moderno responsabilidades de mejoramiento progresivo incesante en las estructuras y en la conducta. La unificación progresiva de la Humanidad, atribuida por Teilhard de Chardin a la evolución de la noosfera en el orden biológico, se está imponiendo en el orden jurídico-moral y con una mentalidad tradicional al mismo tiempo que innovadora, cuya realidad y perfeccionamiento constituye una de las innovaciones o descubrimientos mejor logrados del suarismo. No podemos desarrollar aquí el desarrollo de esta doctrina ni de esta comparación de mundos tan diversos. Brevemente, en el sistema de Suárez se parte del dogma teológico de la Providencia moral de Dios. En el prólogo de su obra *De Legibus* se traduce la Providencia moral en la paternidad divina manifestada en las leyes (37). No es evolución del Caos al Punto Omega, sino del Alfa al Omega.

No nos detendremos aquí en la exposición general de esta doctrina. Lo que nos incumbe es ver cómo relativiza Suárez el valor jurídico de las palabras de la ley, cuando por los cambios sociales o históricos resultan perjudiciales al bien común y al orden, y el fixismo formal tiene que ceder ante la evolución del Derecho. Así, dice Suárez:

«Es un hecho cierto que a veces cesa la obligación de la ley en casos particulares, aunque los comprenden las palabras de la ley y no están exceptuados en ninguna otra ley ni dispensados por el legislador... porque la ley está redactada en general, y no es posible que una disposición universal de las leyes humanas sea tan recta que no falle en alguna ocasión, dado que las cosas humanas—objeto de las leyes humanas—están sometidas a innumerables cambios y vicisitudes contingentes, no siempre previsibles para el legislador humano. Y aunque fueran previsibles, no podría establecer las excepciones particulares oportunas, porque introduciría en las leyes una confusión y prolijidad infinita, creando un inconveniente mucho mayor. Así, pues, es necesario que la ley humana dada en general deje de obligar en algunos casos por los cambios reales que en ellos intervienen» (38).

Suárez trata de hacer ver que este aspecto histórico-contingente del carácter cambiante del Derecho es el motivo que indujo a Aristóteles y Santo Tomás a introducir la epiqueyá. Pero la apreciación de ese motivo

(37) La doctrina de Suárez ha sido expuesta recientemente en forma magistral y completa en la obra de E. GEMMEKE, *Die Metaphysik des sittlich Guten bei Franz Suarez*, Freiburg i. B., 1965.

(38) *De Legibus*, VI, 6, 4; 6, 28.

histórico evolutivo es del propio Suárez, que lo repite una y otra vez, y aprovecha las expresiones aristotélicas comentándolas por un *es decir*:

«Es decir, en materia mudable, pues el legislador y la ley, por la razón dada, no pueden explicar bien toda la mutabilidad contingente. Por lo tanto, en virtud de la justicia misma de la ley humana, considerando la natural condición de la materia en que versa, se sigue necesariamente su cesación particular en ciertas circunstancias, no por una supresión (*ablationem*) extrínseca, sino sólo por el cambio de materia» (39).

Los tratadistas medievales de la epiqueya veían en ella una interpretación, no de las palabras, pero sí de la intención del legislador. Suárez no excluye esa nota, pero avanza diciendo que el caso de la epiqueya no entraba dentro del poder del legislador: «cessat obligatio legis, quia pro tunc non potuit cadere sub potestatem, vel non cecidit sub voluntatem legislatoris, sed ab illa excipitur» (40). En la epiqueya el súbdito se halla fuera de la jurisdicción del legislador humano, pero no se trata de una exención, sino de una promoción a una responsabilidad superior. Esta exige en el súbdito «el juicio propio de la prudencia común. Ello presupone el conocimiento de los principios del Derecho natural y humano» (41) y, además, en la voluntad un acto que puede ser propio de la justicia o de otras virtudes distintas de ella, no precisamente de la justicia, como creyó Aristóteles (42).

El juridicismo cristiano de Suárez es una tendencia hacia el ennoblecimiento progresivo individual y colectivo. Los mismos principios que rigen la epiqueya o *cessatio legis* particular valen para la cesación total, aunque por razones sistemáticas no la llame epiqueya. La única diferencia está en que los cambios de materia o evolución de las instituciones tienen que ser más profundos y afectar a toda la comunidad o la mayor parte de ella, como en la *consuetudo*. En este caso, los inconvenientes de la legislación vigente tienen que ser más nocivos y extensos. Aun así hay objeciones graves que se oponen a la *cessatio legis* total:

«A pesar de todo, es sentencia común que al cesar en general o casi siempre la razón de la ley, cesa la ley» (43).

(39) *L. c.*

(40) *De Legibus*, VI, 6, 2; 6, 28.

(41) *L. c.*, n. 5.

(42) *L. c.*, n. 6.

(43) *De legibus*, VI, 9, 5; 6, 40.

Pero surge entre Suárez y Soto una cuestión que los demás autores no habían tratado. Suárez interpreta el sentir común, como si implícitamente supusieran los tratadistas que la *cessatio legis* se impone automáticamente *ipso facto* en cuanto aparecen los inconvenientes de la ley. Soto requiere que intervenga la decisión del príncipe o del legislador declarando anulada la ley de que se trata. Suárez piensa que en ese caso sería una *revocatio legis* y no una *cessatio*, pero antes de dar su opinión definitiva establece una distinción, que a algunos moralistas posteriores les parece superflua. Sea de ello lo que fuere, es interesante inculcar una vez más el carácter de promoción positiva que la *cessatio legis* tiene en el sistema suareciano. Para Suárez hay leyes de materia indiferente y leyes de materia honesta, encaminadas a la promoción de la virtud. Estas últimas cumplen una finalidad positiva, aun cuando desaparezca el fin extrínseco que el legislador perseguía en la promulgación de la ley. Por lo tanto, no pueden cesar *ipso facto* (44). La cesación *ipso facto* se da cuando cesa adecuadamente el fin intrínseco y el extrínseco, y esto con certeza (45).

NORMAS DE APLICACIÓN

Las normas de aplicación de la *cessatio legis* total o parcial descritas sumariamente, han de ser claras, sencillas y seguras en las vicisitudes de la sociedad cambiante, a cuyo favor se admite la cesación. La norma más fundamental es ésta. Siempre que la *cessatio legis* se funde sólo en motivos probables, se necesita el recurso al príncipe o al legislador. Se supone que no hay peligro en retrasar la *cessatio*. Sin el recurso, la epiqueya, cuya finalidad es el perfeccionamiento del estado jurídico, se convertiría en un movimiento subversivo. Suárez justifica esta norma diciendo:

«Es desordenado usar de conjeturas y por ellas solas dejar las palabras de la ley, cuando es posible el conocimiento de la mente y voluntad del legislador. Por eso, toda epiqueya sólo probable debe acomodarse a este orden. Y, si bien es más necesario el recurso en la epiqueya relacionada con la sola voluntad del legislador que en la relativa a su poder, con todo en ambos casos hay que guardarlo conforme a la necesidad de la materia y grado de probabilidad, pues, como he dicho, siempre asoma aquí una duda sobre la voluntad del legislador. No vale decir que un juicio no resulta más cierto por recurrir o no al superior. Esto es verdad en la certeza especulativa, pero no en la práctica. Porque pueden

(44) *De Legibus*, VI, 9, 9; 6, 42.

(45) *L. c.*, 11.

do consultar al superior, cesa la necesidad de apoyarse en un juicio probable» (46).

La epiqueya no es carta blanca para improvisaciones reformistas. Es siempre un procedimiento prudente, sensato y bien pensado para retirar de la vida pública leyes superfluas y nocivas e instituciones trasnochadas. Aun en el caso de la epiqueya relativa al poder político o legislativo, la prudencia aconseja el recurso al gobernante para no provocar revueltas y ruinas injustificadas. La epiqueya ha de combatir lo mismo la carcoma de las instituciones antisociales como la revolución demoledora. Para los autores conservadores que sólo admiten la epiqueya interpretativa de la intención del gobernante o del legislador, las normas de la epiqueya resultan más sencillas que eficaces, pues corren riesgo de no arreglar nunca nada. Si se admite con Suárez que los cambios históricos, políticos o sociales pueden poner en duda la competencia del legislador o la pueden desbordar, el problema resulta más complejo y difícil, pero puede ser también más fecundo para el bien común y particular de los ciudadanos, si la epiqueya se emplea con las cautelas debidas.

La primera cautela que hemos visto indicada en Suárez es ver si se trata de cambios que afectan a la ley natural o sólo a la ley positiva. En el primer caso, «extensible a la ley divina, tanto natural como positiva, sólo cabe la epiqueya indirecta de los cambios de la materia de la ley. Esta consideración es importante para no intentar epiqueyas utópicas o catastróficas. Un caso de epiqueya utópica había sido la solución propuesta en 1380-1381 por Gelnhausen y por Langenstein, y en 1408 por el canciller Juan Gerson. Era utópico reformar una institución de Derecho divino, como es el Concilio, por medio de una epiqueya humana. En un caso análogo sorprendió Suárez a Jacobo I de Inglaterra cuando alegaba la prescripción de la resistencia de los reyes, especialmente los ingleses, a la primacía de Pedro para justificar su primacía regia sobre la Iglesia de Inglaterra. La prescripción, como la epiqueya, es una institución jurídica humana inaplicable al Derecho divino eclesiástico. El argumento regio, dice Suárez, es *frívolo* (47). Por la misma razón sería frívolo el intento de usar la epiqueya para resolver las dificultades del ecumenismo actual y de siempre para unir a los hermanos separados. Esta actitud podrá ser mal entendida y tildada de extrinsecista, jurídicista y antihumana, por no comprender que las instituciones divinas son profundamente vitales mientras sean

(46) *De Legibus*, VI, 8, 9; 6, 37.

(47) Cf. E. ELORDUY, *El Papa Firmiano en la obra anglicana de Suárez*. Arc. Teól. Granadino, 28 (1965), 25-67.

divinas y el hombre no las modifica a su arbitrio. Es utópico tratar de alterar por la epiqueya humana los preceptos de la ley natural y divina, que caen fuera del alcance de la capacidad creadora u ordenadora del hombre.

La epiqueya sólo es aplicable en la zona de influencia humana al ritmo de la sociedad cambiante. Es el campo del dinamismo inmanente del Derecho humano. Aquí es donde puede y debe jugar un papel moderador indispensable, aunque arduo. En vez del uso prudente, difícil y complicado de la epiqueya, es frecuente incurrir en la tentación endémica de justificar revoluciones totales suponiendo que es vano todo intento de conservación de las leyes y de las instituciones, incluso las divinas. La petulancia humana llega hasta declarar la guerra a Dios (recuérdese el antiteísmo de Proudhon, que nunca dudó de la existencia de Dios) como fautor o cómplice de las desgracias políticas, jurídicas, sociales y religiosas que aquejan a la Humanidad por los abusos de los malos y la falta de sentido de responsabilidad de los buenos. Es decir, de los buenos no suficientemente responsables, que prefieren la comodidad al trabajo de la renovación incesante del orden social, en particular mediante la costumbre y la epiqueya. En el esquema suareciano esta vitalización continua se habría de realizar en tres sectores.

El campo clásico de la epiqueya—el más fecundo en aplicaciones—es el sector mixto de la jurisprudencia y del poder político y judicial. En la administración del poder judicial se ha discutido siempre en casos dudosos a favor y en contra de la epiqueya. La posición contraria a Suárez tiene como defensores al Panormitano y demás juristas tucioristas, según los cuales «el juez está obligado a juzgar según la ley y hacer justicia entre las partes y por eso ha de seguir las palabras de la ley, cuando son claras, a no ser que en el mismo juicio aparezca suficientemente que la mente del príncipe fue distinta. En este caso puede juzgar conforme a ella» (48). Suárez opta por la licitud de la epiqueya aun en los casos dudosos, caso de no ser posible el recurso al príncipe, sin que le parezcan demostrativos los argumentos de la sentencia tuciorista. «Ni se siguen de aquí inconvenientes si se sigue una sentencia probable y prudente. Nada tiene que ver el que pueden surgir abusos, pues mayores se seguirían de impedir que los hombres en casos parecidos nunca puedan seguir el juicio probable» (49).

(48) *De Legibus*, VI, 8, 7; 6, 37.

(49) *L. c.* El problema de la epiqueya en la administración del poder judicial, como es sabido, sigue siendo de actualidad en nuestro tiempo. Para fecha no lejana esperamos del profesor P. José Urrutia, S. J., de la Universidad de Deusto, un estudio monográfico relativo a este movimiento jurídico de autores que se fijan en con-

Tal vez las aplicaciones más saludables de la epiqueya se hallan en el terreno social personal y en el económico-social. Las preocupaciones más hondas del Vaticano II en la Constitución *Gaudium et spes* se centran en ese doble sector. Es la primera vez que se plantea sistemáticamente la promoción social del hombre en un plano mundial con principios orgánica-

ceptos que, como la interpretación evolutiva de la ley, Principios generales del Derecho, y la jurisprudencia como fuente del Derecho, tienen conexión con el tema que estamos desarrollando. Al P. Urrutia le agradecemos una nota bibliográfica fundamental para este tema. Hay autores, como G. Ripert, que niegan a los jueces el poder creador de normas jurídicas, pero reconocen que una interpretación sutil les permite modificar el «sentido», y que una interpretación valiente de los textos legales ha hecho que la jurisprudencia haya adaptado reglas antiguas a hechos nuevos. Ripert cita como dato curioso, que llegó a crear todo un ambiente, al presidente Magnaud, apellidado «le bon Juge». Al caso de Magnaud aluden asimismo otros autores, como lo indicaremos oportunamente en la nota bibliográfica siguiente:

ARIAS RAMOS: *Compendio de Derecho Público Romano*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, vol. I, págs. 30 y sigs.

G. BOEHMER: *Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung*, Tübingen, 1952, tr. española Ed. Bosch con el título *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959 (alusión a Magnaud).

BOULANGER: *La méthode de l'interprétation juridique*, pág. 63 (alusión Magnaud), París, 1952.

F. DE CASTRO: *Derecho civil de España* (passim).

R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho Administrativo*, cap. III, págs. 112 y siguientes, Ed. Tecnos, Madrid, 1966.

J. ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, traducción española: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.

E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, cap. II, § 9: *Principios de la aplicación del Derecho* (caso Magnaud).

E. GARCÍA DE ENTERRÍA: Véase el interesante Prólogo a Th. Viehweg.

— *Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. «Revista de Administración pública», núm. 40 (1963), págs. 189 y siguientes.

— *El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos*, «Rev. de Adm. Públ.», número 40 (1963), págs. 267 y sigs.

J. A. GARCÍA TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. XIII, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1964.

GENY: *Science et technique en Droit privée*, II, núm. 196 (1954), pág. 236. Véase especialmente: *Un passade de jurisprudence, le phénomène Magnaud*, n. 200, página 303.

E. KAUFMANN - OTTO MAYER: *Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrecht*, t. I de sus *Gesammelte Schriften. Autorität und Freiheit*, Göttingen (1960), págs. 338 y sigs.

mente estructurados en una Constitución destinada no sólo a la Iglesia, sino a todo el género humano. Las instituciones análogas del mundo antiguo habían sido sólo brotes insignificantes débilmente promovidos y siempre inspirados en criterios políticos faltos de universalismo. La Edad Media fundó numerosas instituciones en el seno de los pueblos cristianos con el signo predominante de la caridad, no de la justicia.

La Constitución *Gaudium et spes* da una base humana y cristiana al mismo tiempo a toda clase de instituciones capaces de promover al hombre individual y colectivamente mediante virtudes jurídico-morales, especialmente la justicia social, objeto particularmente cultivado por la epiqueya.

La promoción del hombre en sus relaciones interpersonales tiene su fundamento en la misma naturaleza social del individuo, que por su socialidad da necesariamente origen a las corporaciones o personas morales en la unidad místico-social del género humano, descrito en fórmulas clásicas de Derecho por el genio de Suárez. Su moral internacionalista y su teoría del Derecho natural prepolítico no son más que deducciones de estos principios, cuya realización sería imposible sin la virtud jurídico-moral de la epiqueya, destinada a promocionar al individuo y a las personas colectivas indefinidamente a zonas más elevadas de perfeccionamiento. La persona y la familia, y en su grado el municipio, el colegio y la universidad,

J. LEGUINA VILLA: *Legitimación, actos administrativos generales y Reglamentos*, «Revista de Administración Pública», núm. 49 (1966), págs. 193 y sigs.

LATOURNERIE: *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat. Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, París 1952), págs. 177 y sigs.

LEYRET: *Les jugements du président Magnaud, 1900-1904*.

L. y S. MARTÍN-RETORTILLO: Traducción y estudio preliminar de Santi Romano.

— *El genio expansivo del Estado de Derecho*, «Rev. de Administración Pública», número 47, págs. 191 y sigs.

A. M.-PANNETIER: *Eléments d'analyse. Lexicographie*, v. «Equity», pág. 342.

PASQUALI: *Summum ius, summa iniuria*, «Riv. di Filol. e di Ist. Class.», X, 1927.

P. PATRAS: *L'interprétation en Droit public interne*, «Theod. and Athand. N. Joannides», Atenas, págs. 380 y sigs.

P. DEL PRETE: Rev. «La scienza e la tecnica della Organizzazione nella Publica Amministrazione», ap.-giugno (1966), pág. 210.

PRINGSHEIM: *Ius, aequum und ius strictum*, Z. S. S., XLIII.

RIGUSA: *Diritto ed equità*, Arch. Giur. Civ., 1930.

SANTI ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, tr. Martín-Retortillo, Inst. Est. Políticos, Madrid.

— *Frammenti di un Dizionario Giuridico. Interpretazione evolutiva*, Ed. A. Giuffrè, Milano (1953), págs. 119 y sigs.

TH. VIEHWEG: *Topik und Iurisprudenz*, München, 1963; tr. Taurus, Madrid, 1964.

H. J. WOLFF: *Verwaltungsrecht*.

deben tener hoy ambiciones de mejoramiento que hace un siglo hubieran parecido utópicas. Las leyes que suponen un estancamiento en esta marcha ascendente tienen que ser cambiadas en una sociedad que evoluciona hacia su mayor perfección. Los políticos y los especialistas en ciencias sociales son los arquitectos llamados a dirigir esa evolución, cada vez más apremiante desde el Renacimiento. La revolución comunista no ha tenido en cuenta las exigencias humanas y sociales de esta promoción al diluir en funciones democráticas puramente políticas y partidistas esos ideales humanos, que al mismo tiempo tienen que ser funcionales e institucionales.

La promoción económico-social persigue finalidades más patentes y palpables. Por lo mismo, los poderes públicos que las descuiden son menos excusables. La promoción económica universal parte de la función social de los bienes temporales, claramente obligatoria en el mundo cristiano después de las solemnes y reiteradas enseñanzas pontificias, en especial de Juan XXIII y del Vaticano II, aunque la doctrina era ya antigua. Suárez describió ya en su tiempo las raíces doctrinales de esta función social, modificando la vieja teoría clásica imperialista del alto dominio que emperadores y reyes se arrogaban sobre todos los bienes de las tierras de su jurisdicción. Suárez expone de este modo su teoría tomando como base la distinción clásica de los juristas en dominio universal o alto (es decir, el de los emperadores y reyes antiguos) y el propio o especial. Pero este dominio se entendía entre los juristas como un derecho de propiedad clásico correspondiente a las personas particulares, el derecho privado y el alto o universal a las personas constituidas en dignidad o poder (como los reyes) y a las personas colectivas. Este es el derecho que en unos y otros tiene en cuenta la justicia conmutativa, que afecta lo mismo a las personas particulares que a las colectivas.

«Pero además la República (entiéndase el pueblo en su estado primitivo lo mismo que el pueblo organizado políticamente) o el Rey, en cuanto persona pública, a quien la República ha trasladado sus derechos, tiene un dominio alto, es decir de un orden superior sobre los bienes de todos los ciudadanos y todos los particulares. Este dominio no excluye el dominio privado de los particulares, pero no obstante se confiere para servirse de aquellos bienes (particulares) para utilidad común de la República, cuando lo reclama alguna vez la coyuntura de una necesidad. Y por razón de este derecho, un miembro cualquiera que sea de la República no puede sustraer sus bienes propios o negárselos a la República, cuando lo necesite para este uso. Más aún, no sólo tiene la República esta clase de dominio sobre los bienes, sino también sobre sus personas y su actividad, y aun sobre la vida, no para

quitársela arbitrariamente, sino para exponerla a cualquier peligro mortal, si es necesario» (50).

Las consideraciones de Suárez no se basan, como se ve, en el poder del gobernante para imponer incautaciones o expropiaciones cuando éstas fueren juzgadas por él de utilidad pública. Este es el criterio de las leyes de expropiación forzosa vigentes, con el inmenso margen de atropellos posibles, con quejas justificadas o no justificadas, de difícil apreciación moral. Véanse las leyes de la vivienda protegida de 19 de abril y 8 de septiembre de 1939. Los casos, como se sabe, se repiten. Suárez trata de expropiaciones de función social, no precisamente forzosas, aunque evidentemente suponiendo que la obligatoriedad bien justificada habría de ser realizable aun en forma coactiva. Para ello, lo que trata de inculcar es la existencia de una virtud especial de justicia legal no precisamente de obediencia a las leyes, que describe en forma aplicable a la epiqueya relativa a las prestaciones sociales:

«Así, pues, la virtud que inclina a cada miembro de la República a dar o conservar a la República su derecho, a su modo y en cuanto le atañe, es cierta justicia especial distinta de la conmutativa y de la distributiva... Y tiene en cuenta de un modo especial lo que es de otro, pues considera a la República como un todo que tiene un derecho peculiar a los bienes de los particulares, del que carecen otras clases de justicia... y para este fin del bien de la República puede mandar actos de otras virtudes... Se llama justicia legal, no porque le toque de suyo y propiamente obedecer a las leyes, lo cual es propio de la obediencia, sino porque así como la ley para ser justa tiene que mirar por el bien común, también esta justicia lo debe procurar lo más posible» (51).

Se trata, por lo tanto, de una virtud semejante a la del mismo legislador. Esto es lo propio de la epiqueya. Los sacrificios que exige de sí o de los otros no son forzados ni forzosos, sino efecto connatural de la solidaridad social. Es, pues, virtud social, y de efectos sociales, no estatales, como la expropiación forzosa.

Las aplicaciones de la epiqueya entendida en general como virtud jurídico-moral afin a la justicia legal, concuerdan con las del panorama descrito por la Constitución *Gaudium et spes* del Vaticano II. Es una virtud característica del humanismo cristiano indefinidamente progresivo, basado en el Derecho necesario de la justicia de Dios. La evolución humana espi-

(50) *De Iustitia Dei*, s. 4, n. 6; ed. Vivès, 11, 566.

(51) *De Iustitia Dei*, s. 4, n. 7; 11, 566.

ritual así entendida se desarrolla conforme a las leyes metafísicas e históricas del Derecho y de la moral con actos sociales compuestos, descritos en forma sistemática por Suárez (52). Estos actos constituyen «redes vinculativas», formadores de la sociedad que el *epieikés* debe fomentar con el mayor celo. Suárez se adelanta por este camino (metafísico al mismo tiempo que histórico y, por lo tanto, perfectamente determinable) a las ideas modernas sobre la evolución del hombre desde el *Caos al Omega* (=Dios), con las implicaciones de la evolución biológica de Teilhard de Chardin, cuya comparación con Suárez, a pesar de su gran diversidad, nos parece del mayor interés. La epiqueya así entendida puede y debe ser el faro jurídico de la sociedad cambiante. En esta teoría de la formación de la sociedad por actos compuestos o acciones de resultancia, le había precedido Séneca a Suárez (53), señalando a su modo un cauce perenne a la virtud arquitectónica de la epiqueya con criterios precristianos.

Pero la epiqueya más trascendental del Derecho fue la *cessatio veteris legis*, arriba aludida, y estudiada por Suárez en el lib. X *De legibus*. Fue San Pablo quien recurrió a ella contra la Sinagoga y los cristiano-judíos. Los *Hechos* son ante todo el expediente jurídico forense redactado por Lucas como testigo señalado por oficio en el tribunal de Festo y presentado ante Nerón (54). Suárez insiste en el carácter de *cessatio* provocada por la *rerum mutatio*:

«nec lex illa (vetus) cessatura erat, nisi per tantam rerum mutationem» (55); «mutata sunt sacerdotum sacrificia et alia caeremonialia... ergo consequenter etiam iudicialia cessarunt... quia leges iudiciales supponebant populum israeliticum ut separatum a gentilico, et congregatum et ordinatum peculiari modo ad spiritualia, et ideo ordinabant illum etiam in politicis, ideoque destructo priori fine et fundamento, leges etiam has cessare consequens fuit» (56).

Era una epiqueya impuesta por el nacimiento de la Ley evangélica constitutiva de la Iglesia de Cristo, medio necesario de redención y santificación. Los *Hechos* recogen la *mutatio rerum*, la *cessatio legis veteris* y el nacimiento del nuevo Derecho cristiano.

ELEUTERIO ELORDUY, S. I.

(52) Cf. la obra fundamental ya citada de E. GEMMEKE, *Die Metaphysik des sittlich Guten bei Franz Suarez*, pág. 44.

(53) Cf. E. ELORDUY, *Séneca, I. Vida, escritos*, Madrid (1966), págs. 256 y sigs.

(54) Cfr. nuestro artículo *San Pablo ante el tribunal romano*, en «Estudios de Deusto», vol. 15 (1967), 481-524.

(55) SUÁREZ: *De legibus*, IX, 10, 19; 6, 477.

(56) SUÁREZ: *L. c.*, IX, 11, 5; 6, 479.