

# LA OBLIGATORIEDAD DE LA LEY PENAL EN ALFONSO DE CASTRO

“La *theorie des leges mere poenales*—ha escrito RENARD (1)—a suscité une littérature passionée. C'est que, de tout temps, elle a servi de rempart à la resistance aux lois, d'asile à l'évasion devant le devoir civique, de refuge au fraude, et surtout d'excuse aux dissimulations fiscales; de nos jours, en particulier, elle est apparue comme un précieux moyen de défense contre ce qu'on a appelé pompeusement “la Revolution social par la fiscalité...”

Estas palabras del ilustre profesor de Nancy, leídas en los tiempos actuales de indisciplina ciudadana y de abierta rebelión a cuantas normas no tienen por aliado el egoísmo monstruoso de individuos y naciones, invitan a reflexionar.

Problema es de capital importancia el de la obligatoriedad *en conciencia* de las leyes civiles. De la eficacia de éstas depende el bienestar y el orden social. Pensar que la coerción externa se bastará para garantizar el bien común, lo desmiente la triste y brutal realidad actual. Si la ley no encuentra eco en la conciencia de los ciudadanos, la fuerza termina por relajarse y ceder. “El mayor mal que puede desolar una nación—escribía hace veinticinco años MONS. JULIEN—procede de que la nación se acostumbre a considerar el derecho como ajeno a la moral y sometido a la voluntad del legislador. En consecuencia, la obediencia se regulará por la letra de la ley y se esforzará por adaptarla a los caprichos del interés. Por de fuera puede reinar el orden impuesto por el rigor, pero dentro late el desorden, que solamente espera la ocasión para trastornarlo todo” (2).

Problema clásico que los teólogos y moralistas, siglo tras siglo, vienen estudiando en sus términos generales y en la aplicación a tipos de leyes concretas (fiscales, tasas, etc.), se nos plantea hoy con la exigencia de un problema nuevo y urgente. Se le plantea a todo jurista y moralista cristiano; se le debiera plantear a toda conciencia cristiana.

En una sociedad que se cuarteada por falta de savia espiritual, en que —para utilizar la frase de MONS. JULIEN (3)—la soberanía de los intereses

(1) GEORGES RENARD, *La théorie des leges mere poenales* (Paris, 1929), p. 7.

(2) MONS. JULIEN, *Le conflit des intérêts et du droit*, en “*Semaines Sociales de France*” (Strasbourg, 1922). *Le rôle économique de l'Etat*, p. 443.

(3) *Ibid.*, p. 433.

está sustituyendo a la soberanía del derecho, los cristianos—testigos y propugnadores del bien, de la justicia y del orden—damos con frecuencia el espectáculo de nuestra indisciplina social, de nuestro desprecio de la ley. Es triste constatar que para una gran parte del pueblo “cristiano” son raras las leyes civiles que merecen una atención moral. “No obliga en conciencia”, se dice, y quienes debieran ser los primeros edificadores del cuerpo social contribuyen a su demolición.

Es claro que las causas de esta crisis de autoridad, de esta desvinculación práctica del orden jurídico y del orden moral, son múltiples y han actuado a lo largo de los siglos. Parte no pequeña en la deletérea labor ha correspondido al mismo Estado. Un diluvio de leyes, muchas de ellas inútiles, perjudiciales, injustas y aun imposibles de cumplir, ha anegado a la sociedad. Leyes de vida efímera, precaria, que no habían nacido de un afán por el bien común; leyes que a menudo nadie se preocupaba de hacerlas observar y al amparo de las cuales, o burlándose de ellas, se despleaban actitudes inconfesables que era inútil pretender quedasen ocultas entre las paredes de un despacho oficial.

¿Es de extrañar que todo ello, unido a la crisis de conciencia de gobernantes y gobernados, haya desprestigiado a leyes y legisladores y los haya incapacitado para despertar en las conciencias el eco necesario para que sus medidas tengan plena eficiencia? (4).

Siempre se ha inmolado a la ley en el altar del egoísmo. En tiempos de inestabilidad social y política, de desequilibrio económico, es fatal que la indisciplina cunda. Pero lo grave, lo extremadamente grave de nuestros tiempos es que se han borrado en muchas conciencias los criterios del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto.

Se nos plantea no sólo un problema de indisciplina, de rebelión ciudadana, sino también de desviación de los criterios prácticos, de insensibilidad moral. Se impone un examen concienzudo, una revisión sincera de las causas ideológicas de ella.

¿Tiene razón RENARD al reprocharnos a los cristianos el no haber actuado con el debido empeño para evitar el divorcio entre el orden jurídico y el orden ético? ¿Sus recriminaciones contra la teoría de la ley meramente penal son justas?

En torno a ella está abierta hoy amplia discusión. Prueba de la inquietud que el problema suscita entre los escritores católicos es el cre-

(4) “El Gobierno tiene el derecho de ser obedecido y la obligación de hacer buenas leyes. *Vicéversa*: los ciudadanos tienen la obligación de obedecer y el derecho de ser bien gobernados.” LUIGI STURZO, *Leyes internas de la sociedad* (Buenos Aires, 1946), p. 214.

ciente número de estudios a él dedicado. Solamente en España y en los diez últimos años podemos citar los de ARROYO (5), AZPIAZU (6), CASTILLO (7), GARCÍA BAYÓN (8), GONZÁLEZ MORAL (9), GÜENECHEA (10), LÓPEZ (11), MAZÓN (12), PEINADOR (13), RODRIGO (14), SOTILLO (15), ZALBA (16), etc., sin contar la multitud de artículos que al correr de los días y al dictado de la vida han rozado el tema en periódicos y revistas (17).

Al abordarlo en este trabajo no pretendemos plantear en toda su amplitud y resolver el debatido problema. Nuestra finalidad es examinar cómo lo planteó y pretendió resolver un teólogo ilustre del siglo XVI, que ha pasado a la Historia como uno de los principales defensores de la teoría de la ley meramente penal: Alfonso de Castro.

A la exposición de sus ideas hacemos preceder unos prenotandos necesarios para situar la cuestión y le acompañará una breve crítica.

### P R E N O T A N D O S

I. *Efecto primario y necesario de toda ley es alguna obligación.*— Decimos alguna para no prejuzgar la naturaleza y alcance de la misma. Ley sin obligación no se puede concebir (18). Es claro que el legislador

(5) B. ARROYO, *Obligación de las leyes civiles*, en "Ilustración del Clero", 35 (1942), 8-19. *Obligación en conciencia de las leyes de tasas*, *ibid.*, 35 (1942), 96-101, 171-80, 352-6; 36 (1943), 95-100, 165-71, 250-4.

(6) J. AZPIAZU, *Moral profesional económica* (Madrid, 1941), pp. 29-33. *Los precios abusivos ante la moral* (Madrid, 1941), pp. 115-31. *La moral del hombre de negocios* (Madrid, 1944), pp. 539-650.

(7) S. CASTILLO, *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales* (Salamanca, 1941). *La ley meramente penal y la legislación eclesiástica*, en "Ciencia Tomista", 64 (1943), 26-45.

(8) J. GARCÍA BAYÓN, *La ley de tasa*, en "Ilustración del Clero", 34 (1941), 445-52.

(9) I. GONZÁLEZ MORAL, *Philosophía Moralis* (Santander, 1945), n. 396.

(10) J. N. GÜENECHEA, *Principia Iuris Politici*, II (Roma, 1939), n. 238-50.

(11) U. LÓPEZ, *Theoria legis mere poenalis et hodiernae leges civiles*, en "Periódica de re morali canonica litúrgica", 27 (1938), 203-16; 29 (1940), 23-33.

(12) C. MAZÓN, *Las reglas de los religiosos* (Roma, 1940), pp. 237-320.

(13) A. PEINADOR, *Cursus brevior Theologiae Moralis. Pars prior speculativa*, I, (Madrid, 1946), nn. 353-77.

(14) L. RODRIGO, *Praelectiones theologico-morales*, II (Santander, 1944), nn. 229-50, 338-58.

(15) L. R. SOTILLO, *La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia*, en REVISTA DE DERECHO CANÓNICO, 1 (1946), 135-71, 669-96; 2 (1947), 767-802.

(16) M. ZALBA, *El precio legal* (Madrid, 1943), pp. 38-48. (Cfr. también ARREGUI-ZALBA, *Compendio de teología moral*, (Bilbao, 1945), nn. 81-2, 275, 355-6; SALMANS-ZALBA, *Deontología jurídica* (Bilbao, 1947), nn. 58-60.)

(17) V. gr., *Saboteadores de la moral*, en "Ecclesia", 1946, II, p. 255.

(18) "Addendum vero est intentionem ferendi legem et obligandi per illam esse unam et eandem, vel unam includere altam, saltem implicite, ideoque quamlibet sufficere ad constituendam legem." SUÁREZ, *De legibus*, 3, 20, 5 (ed. Vives, V, p. 254).

"Es bien cierto que toda regla jurídica tiene su carácter imperativo, aun cuando dicho carácter no aparezca de su forma gramatical, ni tampoco del significativo superficial de la propia regla... Es también sabido que el imperativo jurídico tiene esto de peculiar respecto al imperativo moral, que impone una obligación a un sujeto respecto de otro y atribuye a éste, en el acto mismo, la facultad de exigir el cumplimiento de la expresada obligación." G. DEL VECCHIO, *El "homo iuridicus" y la insuficiencia del derecho como regla de vida*, en "Derecho y Vida" (Barcelona, 1942), pp. 71-2.

pretende un efecto, efecto que ciertamente no es una necesidad física, ni una mera inclinación moral (insuficiente para su finalidad y que confundiría la ley con el consejo), y que, por lo tanto, ha de ser una obligación moral, es decir, una vinculación de la voluntad, externa y compatible con su libertad física (19).

2. Esta obligación se diversifica según la ley sea preceptiva, prohibitiva o permisiva, siendo su objeto una acción, una abstención o el respeto a una posibilidad jurídica concreta del prójimo. Y si la ley es punitiva hallaremos también la obligación de aceptar la pena en caso de incumplimiento.

3. El legislador pretende con la ley ordenar la libre actividad de sus súbditos en orden al bien común (20). Su finalidad se dirige únicamente en segundo término a la imposición de la pena o anulación del acto, ya que estas consecuencias tan sólo le interesan si procede rectamente—y en caso contrario nos hallaríamos en la hipótesis de la ley injusta (21)—como medio para conseguir el ajuste entre su determinación y la libre voluntad del súbdito (22).

4. Esta obligación la podemos llamar moral en un segundo sentido: en cuanto afecta a la conciencia moral individual del hombre. Su no cumplimiento implica, además de una oposición mayor o menor a las exigencias o conveniencias del bien común, un desorden moral que al hombre afecta en orden a la consecución de su fin último individual. Es decir, además de la violación jurídica, tendremos un pecado.

Que la violación de la ley constituya pecado o, lo que es lo mismo, que la obligación que de ella se deriva sea una obligación de conciencia, aparece evidente cuando se trata de la *ley divina*—natural o positiva—, ya que el pecado es por definición el apartamiento más o menos radical de la voluntad humana de la norma divina (23).

Pero no es menos cierto cuando se trata de la *ley humana*—eclesiástica o civil—. Por derecho natural existe la autoridad en la sociedad, y la ley natural exige a los súbditos que la obedezcan. Y aun cuando el objeto

(19) Cfr. GÜENECHEA, II, nn. 238-40.

(20) "Ordnatio rationis ad bonum commune." S. TOMÁS, I-II, 90, 4 (cfr. *ibid.*, art. 2). SUÁREZ, *De legibus*, I, 7 (ed. Vives, V, pp. 29-34). Sobre derecho y bien común: J. RUIZ JIMÉNEZ, *La concepción institucional del derecho* (Madrid, 1944), pp. 460-74.

(21) Incurriría en un abuso de poder el legislador que dictase una ley no con la finalidad de que se cumpliera, sino buscando precisamente la inobservancia que le diese pie para imponer, v. gr., sanciones pecuniarias.

(22) Cfr. RODRIGO, II, n. 232.

(23) "Quandocumque ergo actus hominis procedit in finem secundum ordinem rationis et legis aeternae, tunc actus est rectus; quando autem ab hac rectitudine obliquatur, tunc dicitur peccatum." S. TOMÁS, I-II, 21, 1.

concreto de un mandato puede no ser exigencia de la ley natural, sí lo es que siempre que la autoridad manda *debidamente* el súbdito obedezca (24). Por lo tanto, obediencia y desobediencia serían en último término a la ley natural y a su autor: Dios. Doctrina es ésta claramente enseñada por San Pablo: "Toda alma se someta a las autoridades superiores. Porque no hay autoridad que no sea instituída por Dios; y las que existen, por Dios han sido ordenadas. Así, el que se insubordina contra la autoridad resiste a la ordenación de Dios, y los que resisten, ellos recibirán su condenación... (el magistrado) ministro es de Dios, vengador para castigo del que obra el mal. Por lo cual fuerza es someterse, no ya sólo por el castigo, sino también por la conciencia. Que por eso también pagáis tributos; ya que funcionarios son de Dios, asiduamente aplicados a eso mismo" (25).

Y en tiempos modernos lo ha recordado expresamente el Papa León XIII: "Voluit igitur Deus ut in civili societate essent, qui multitudini imperarent. Atque illud etiam magnopere valet, quod ii, quorum auctoritate respublica administratur, debent cives ita cogere ad parendum, ut his plane peccatum sit non parere" (26).

5. Consecuentemente, es doctrina admitida por todos los autores católicos que la autoridad civil puede obligar en conciencia (27). Y si esta eficacia de la ley depende de la justicia de la misma ley, no depende de la re-

(24) Cfr. S. TOMÁS, I-II, 96, 4: "Utrum lex humana imponat homini necessitatem in foro conscientiae." Responde afirmativamente si son justas: "Si quidem iustae sint, habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna a qua derivantur... Dicuntur autem leges iustae, et *ex fine* quando scilicet ordinantur ad bonum commune; et *ex auctore*, quando scilicet lex lata non excedit potestatem ferentis; et *ex forma*, quando scilicet secundum aequalitatem proportionis imponuntur subditis onera in ordine ad bonum commune." Cfr. SUÁREZ, *De legibus*, 3, 21 (ed. Vives, V, pp 256-61).

(25) *Rom.*, 13, 1-6. Véanse también *Pv.* 8, 15-6; *Tit.*, 3, 1; *I Pt.*, 2, 13-14. Textos de los SS. Padres en SOTILLO, art. cit. en REV. ESP. DE DER. CANÓNICO, 1 (1946), 165-8.

(26) Enc. *Diuturnum*, LEÓN XIII. *Colección completa de las Encíclicas*, por M. de CASTRO, I (Valladolid, s. a), p. 153. Léase toda la encíclica. Otros textos en SOTILLO, l. c. 470-1. Cfr. J. ARANGO URIBE, *De catholicorum civium officiis secundum doctrinam Leonis Pp. XIII*, en "Periodica", 26 (1937), 138-44.

(27) Decimos que la autoridad civil puede obligar en conciencia, es decir, que la ley humana es causa próxima de la obligación; la causa última es la ley natural. A propósito de ello dice SUÁREZ: "Effectus qui proxime est a causa secunda, ita ut a prima non fieret nisi per illam, secundae simpliciter tribuitur; et ideo obligatio haec, etiamsi sit in conscientia, simpliciter est a lege humana." *De legibus*, 3, 21, 7 (ed. Vives, V, p. 259).

Algunos antiguos (VÁZQUEZ DE MENCHACA, ALMAIN) y otros modernos (KOCK, RENARD) lo han negado. Según ellos, la obligación deriva directamente de Dios y la ley humana es sólo una condición previa, no obligando sino en cuanto contiene o aplica la ley divina. Todo derecho en esta teoría es divino absoluta y condicionalmente. Sentencia que no puede admitirse, entre otras razones, porque no tendrían fuerza de obligar las leyes no estrictamente necesarias para el bien común, aunque fueran útiles, y las que determinan derechos naturales dudosos.

VERMEERSCH, *Theologiae Moralis*, I (Romae, 1933), n. 161; GUENECHEA, nn. 248-9; RODRIGO, nn. 241-2.

ligión o justicia del legislador (28), ni de que tenga exacto concepto del alcance obligatorio de la ley (29).

6. Para que una ley obligue en conciencia no es necesario que el legislador civil expresamente pretenda obligar en conciencia. Basta que actúe como legítimo legislador, sin limitar positivamente los efectos de la ley (30). Por lo tanto, toda ley justa obliga en conciencia mientras no conste que fué otra la voluntad del legislador, ya que el obligar en conciencia es efecto natural de la ley misma (31).

7. La gravedad de la obligación depende del objeto de la misma y de su trascendencia al bien común (32). En cuanto al influjo de la voluntad del legislador, discrepan los autores. Todos coinciden en negar que pueda urgir como grave una obligación que de sí sea leve; la hipótesis contraria, unos la admitan y otros no. La opinión más frecuente—aunque, quizás, no la más lógica—es la afirmativa; pero tratándose de leyes civiles—como lo reconoce AZPIAZU (33)—hemos de atender especialísimamente al bien común.

6. ¿Puede el legislador, porque no lo juzga necesario, dictar una ley que no obligue de ninguna manera en conciencia?

¿Puede darse una ley en que la obligación en conciencia no recaiga en el objeto primario de la ley, sino en la sanción penal, de manera que no peque quien, violando la ley, esté dispuesto a someterse a la pena?

(28) El concilio de Constanza condenó contra Wicleff y Huss la siguiente proposición: "Nullus est dominus civilis, nullus est praelatus, nullus est episcopus dum est in peccato mortali" (DENZINGER, *Enchiridium*, nn. 595, 656).

La Instrucción de la Sagrada Congregación de Propaganda Fide, de 26-2-1830, dice: "Christianos teneri ad oboedientiam civilium legum, etiamsi istae latae fuerint a principibus infidelibus, dummodo istae christianae religioni et morali evangelicae non opponantur, nullus est dubitandi locus, nullumque dubitandi locum relinquit Apostolus qui, nulla facta inter sublimiores potestates distinctione, inquit: "Omnis anima..." Ex hoc apertissimo testimonio manifestum est summos in civili gubernio imperantes suis subditis leges ferre posse, quae eos etiam in conscientia obligent" (*Collectanea S. Congr. de Prop. Fide* (Roma, 1907), n. 815).

Cfr. F. DE VITORIA, *De potestate civili*, 9 (ed. Getino, II, pp. 188-9); *De indis prior*, I, 5-9 (ibid. pp. 293-304); SUÁREZ, *De legibus*, 3, 10 (ed. Vives, V, pp. 208-11).

(29) "Quod vero legislator nullam vel falsam ideam habeat circa obligationem ad culpam moralem, parum interest, ut supra innuebamus; sicuti interest parum infidelem ministrum ignorare vel etiam negare valorem baptismi quem administrat: tandem quod vult, quando vult efficaciter imponere ordinationem aliquam, ut a subditis servetur est obligare in conscientia" (PEINADOR, I, n. 359). Cfr. cánones 1084-5 sobre el matrimonio

(30) BELLARMINO, *De membris Ecclesiae*, 3, 9 y 11 (ed. Vives, III, pp. 16 y 20); REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum* (Antuerpiae, 1743), I, 2, 7, 155-6; JANSSEN, *Les lois pénales*, en "Nouvelle Revue Théologique", 50 (1925), 296-7.

(31) "Dicendum est ergo legem, quae in verbis suis et modo quo fertur, praeceptum continet, etiamsi poenam adiciat, obligare in conscientia, vel sub mortali vel sub veniali culpa, iuxta qualitatem materiae... nisi aliunde constet de expressa mente legislatoris." SUÁREZ, *De legibus*, 5, 3, 6 (ed. Vives, V, p. 421). Cfr. MERKELBACH, *Summa Theologiae Moralit* (Parisiis, 1943), n. 284. LÓPEZ, art. cit., en "Periodica", 27 (1938), 207-9.

(32) Cfr. AZPIAZU, *Los precios*, pp. 122-3.

(33) Ibid., p. 125. Cfr. RODRIGO, II, nn. 261-9.

¿Qué pensar, según ello, de la obligatoriedad en conciencia de las modernas leyes civiles? ¿Puede decirse, dado el indiferentismo actual, que el legislador no intenta obligar en conciencia?

\* \* \*

Después de haber expuesto los principios y conclusiones por todos admitidos, nos hallamos en plena cuestión controvertida.

Por razón de su obligatoriedad en conciencia es ordinario hallar en las obras de los teólogos la siguiente clasificación de la ley:

*Ley moral*: es la que obliga en conciencia a lo preceptuado sin que se conmine pena alguna.

*Ley meramente penal*: ley que acompaña al precepto con la conminación de la pena, alcanzando a ésta y no a aquél la obligatoriedad.

*Ley penal mixta*: la que obliga en conciencia a cumplir lo preceptuado y, en su caso, a sufrir la pena.

La posibilidad y existencia de leyes morales y leyes penales mixtas no es discutible.

La cuestión versa sobre la ley meramente penal, y la podemos resumir en tres preguntas:

- a) Cuestión de *posibilidad*. ¿Es posible la ley meramente penal o, por el contrario, su noción implica contradicción?
- b) Cuestión de *realidad*. ¿Se dan en la realidad leyes meramente penales?
- c) Cuestión de *determinación*. ¿Cuáles son las leyes meramente penales?

## ALFONSO DE CASTRO Y SUS IDEAS

### I. *La persona*

ALFONSO DE CASTRO (34) nació en Zamora en 1495. Ingresó en la Orden de San Francisco, en la que había de desempeñar diversos cargos de gobierno. Cursó sus estudios en Alcalá, donde fué condiscípulo del celeberrimo Doctor Navarro. En Salamanca aparece a los treinta y tres años. Fué discípulo del Maestro Vitoria, bajo cuya dirección se bachilleró

(34) Cfr. S. CASTILLO, *Alfonso de Castro y el problema de las Leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas* (Salamanca, 1940), en que se encontrará la bibliografía anterior.

Posteriormente: J. DEL ROSAL, *Acerca del pensamiento penal español* (Madrid, 1942), pp. 17-32, y *Alfonso de Castro. Antología (Breviarios del pensamiento español)* (Madrid, 1942); T. OLARTE, *Alfonso de Castro (1495-1558): su vida, su tiempo y sus ideas filosófico-jurídicas* (San José [Costa Rica], 1946); J. CORTS GRAU, *Los juristas clásicos españoles* (Madrid, 1948), pp. 101-6.

en 1535 (35). Por largos años explicó Teología en la misma Salamanca, aun cuando no formó parte del claustro de la Universidad.

Se distinguió por su elocuencia. En 1545-6 lo encontramos actuando brillantemente (36) en el Concilio de Trento; en él reaparece en 1551, re- puesto de la enfermedad que de él le alejó.

En 1554, Felipe II, que el año anterior le había nombrado predicador real, le lleva consigo a Inglaterra con ocasión de su matrimonio con María Tudor. Trabajó por el retorno de Inglaterra a la unidad de la Iglesia y condenó la represión del protestantismo por la fuerza.

Preconizado arzobispo de Santiago de Compostela, murió el 3 de febrero de 1558, antes de ser consagrado.

Fué hombre de gran independencia de criterio, a quien no podemos encasillar en ninguna de las grandes escuelas que se repartían el dominio universitario de su tiempo. "Yo no he jurado en palabras de hombre, sino en la de Dios. Estimo una misérrima esclavitud adherirse de tal suerte a una sentencia humana que no sea lícito rechazarla; de esta servidumbre participan los que se someten solamente al bienaventurado Tomás, Escoto u Ockam" (37).

Sus principales obras fueron:

*Adversus omnes haereses*. París, 1534. Logró gran aceptación, siendo reeditada al menos 24 veces en los cincuenta años que siguieron a su publicación.

*De iusta haereticorum punitione*. Salamanca, 1547.

*De potestate legis poenalis*. Salamanca, 1550 (38).

Es en esta última obra — que le ha merecido el título de padre y fundador del Derecho penal — en la que CASTRO trata de propósito de la obligatoriedad de la ley.

Pudiera creerse — al recordar su teoría de la ley meramente penal — que a CASTRO movió a escribir su obra el deseo de aligerar el peso de la ley contra tendencias rígidas. No. CASTRO no es un laxista. Si hemos de

(35) V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Francisco de Vitoria* (Barcelona, 1939), p. 181.

(36) El historiador del conchilio SFORZA PALLAVICINI lo enumera entre los más ilustres teólogos que acudieron. *Vera Oecumenici Conc. Trid. Historia*, I, 6, 5, 5 (Augustae Vindelicorum, 1769), I, p. 222.

(37) Cit. por CASTILLO, *Alfonso de Castro*, pp. 26-7.

(38) En la relación de ediciones que CASTRO (p. 33) da como completa han de añadirse por lo menos las siguientes: Lyon, 1553; Lovaina, 1557, y Murcia, 1931-3. Hemos utilizado para este trabajo las dos últimas. La edición murciana es bilingüe y en 3 vols. La traducción de L. SÁNCHEZ GALLEGO es fluida y en general exacta. En esta edición son de lamentar algunas erratas y la puntuación del texto latino — que no facilita la comprensión — y la ausencia total de índices. En ello es inferior a las ediciones antiguas, que llevan un índice alfabético. Por ser la edición cuyas páginas tienen menor contenido y ser más fácil la localización de las citas, a ella nos referimos en la citación de páginas.

creerle en los sendos prólogos que inician ambas partes de su obra, él — convencido de que todo ciudadano debe luchar por la fuerza y vigor de sus leyes patrias con el mismo esfuerzo que por su patria empeñaría — desciende a la arena para defender a la ley penal de cuantas injurias le infieren sus enemigos. Enemigos que son dos: los que afirman que ninguna pena obliga en conciencia si no es previa sentencia judicial, y los que, avanzando más, niegan toda obligatoriedad a la ley penal (39).

Tampoco él está conforme con tanta ley penal, que solamente sirve para enredar las conciencias, y desearía que en ellas se suprimiese por el legislador la obligación a culpa, “sed quum iam illae latae sunt, ego aliud de illis sentire non possum, nisi quod illae verbis suis praedicant et ostentant” (40).

Y con estos propósitos CASTRO comienza por el análisis de los conceptos fundamentales: ley, pena, ley penal.

## II. *Concepto de ley*

Ley — dice — “*est recta voluntas eius, qui vicem populi gerit voce aut scripto promulgata, cum intentione obligandi subditos ad parendum illi*” (41).

“*Voluntas*”: no la misma potencia libre espiritual, sino acto de ella. Para CASTRO — que sigue la tendencia escotista (42) — la ley es previa: es la voluntad la que manda o prohíbe lo conocido por el entendimiento. “*Non est enim lex opus solius (43) intellectus, sed necessarium est ut ipsi intellectui accedat voluntas, iubendo aut prohibendo id quod ab intellectu praecognitum est*” (44).

Pero CASTRO, que insiste en que la ley no puede ser obra del entendimiento, ya que el legislador “elige” y la elección — por lo mismo que implica libertad — es acto de la voluntad, no admite una voluntad que actúe sin trabas ni control, no es una voluntad omnímoda y arbitraria que

(39) Prólogo a la primera parte (I, pp. 3-5).

(40) Id. a la segunda parte (II-1, p. 6).

(41) I, cap. 1 (I, p. 12).

(42) Apartándose de S. Tomás, para quien la ley es fundamentalmente “*ordinatio rationis*” (cfr. I-II, 90, 1 y 4), sin que por ello excluya totalmente en los orígenes de la ley a una voluntad “*ratione regulata*” (ibid., art. 1, ad 5). Cfr. sobre Escoto, J. CARRERAS ARTAU, *Ensayo sobre el voluntarismo de J. Duns Scot* (Gerona, 1923).

Sin nombrarle personalmente (“*auctoritas quorundam recentium auctorum non infimae notae*”), alude a la definición de Castro para combatirla DOMINGO DE SOTO (*De Iustitia et Iure*, I 1, 1 [Venetis, 1568], f. 1). La nota de CARRO en su discurso *El concepto de la ley según Santo Tomás en Domingo de Soto y el Derecho de Gentes* [Madrid, 1930], p. 183, nota 10, la juzgamos científica y socialmente incorrecta.

(43) SÁNCHEZ GALLEGU, en su traducción, omite este *solius*. El pensamiento de CASTRO pierde fuerza, aunque quede suficientemente explicado por el contexto.

(44) I, cap. 1 (I, p. 13).

se traduzca en despotismo, sino una voluntad *recta*, es decir, conforme a la recta razón y a la prudencia (45).

“*Qui vicem populi gerit*”: con este inciso de su definición de la ley, CASTRO se nos presenta seguidor decidido de la opinión clásica (46) de que la soberanía, que siempre en último término procede de Dios, el gobernante la recibe inmediatamente del pueblo que puede transmitírsela más o menos ampliamente. “*Haec potestas, licet sit semper a Deo, non tamen immediate, sed saepe per populi consensum a quo primum, Deo annuente aut permittente, illam accepit nec maiorem quam illi populus ab initio concessit*” (47).

De ello se desprende una conclusión que CASTRO no duda en deducirla abiertamente. Las leyes solamente tienen valor en cuanto se conciben como expresión de la voluntad del pueblo. Una ley dictada contra la voluntad general, en materia no declarada como necesaria por el derecho divino, no tiene fuerza de obligar (“*nullius in altius sua lege*”), a no ser que el pueblo hubiese transmitido *todo* su poder al príncipe, lo cual no es creíble se haya dado en ningún pueblo (48).

Dos requisitos más exige a la ley: la *promulgación*, para que llegue a conocimiento de los súbditos (49), y la *intención de obligar*. “*Non enim quaelibet legislatoris voluntas, etiam si voce aut scripto fuerit promulgata, est pro lege tenenda: nisi talis sit quae subditos constringat ad id quod lege decretum est*” (50).

(45) *Ibid.* (I, p. 16). Entendido así el origen de la ley, tiene muchísima razón FERNÁNDEZ-ALVAR cuando, comentando a S. Tomás, recalca que no pueden deducirse de la opinión de los escolásticos no tomistas—y uno es CASTRO en esta materia—las consecuencias que algunos pretenden. “La anarquía, la arbitrariedad, el despotismo, etc., son consecuencias al margen del problema genésico que aquí formula el Aquinatense y con él la mayoría de los escritores que le han seguido. Con todo, no dejaremos de consignar que la solución intelectualista dada por S. Tomás se halla más distanciada de la tiranía y del desorden que no las soluciones voluntaristas de Escoto y Suárez.” Notas explicativas a S. TOMÁS DE AQUINO, *La ley*, col. Labor (Barcelona, 1936), p. 135; cfr. pp. 139-40.

Sobre el discutido voluntarismo de Suárez, cfr. A. ESTEBAN ROMERO, *La concepción suareciana de la ley* (Sevilla, 1944).

(46) Cfr. GÜENECHER, I (Roma, 1938), n. 108; J. BALMES, *El Protestantismo comparado con el Catolicismo*, III, cap. 49 (ed. Casanova, VII, pp. 211-48); S. LISSARRAGUE, *La teoría del poder en Francisco de Vitoria* (Madrid, 1947).

(47) *Ibid.*, cap. 1 (I, p. 30).

(48) *Ibid.* (I, p. 35).

(49) *Ibid.* (I, p. 39).

(50) *Ibid.* (I, p. 43).

III. *Pena y ley penal*

“*Poenae est passio inferens nocumentum illam sustinenti, aut saltem apta ad inferendum nisi aliunde impediatur, inflictiva aut contracta propter peccatum praeteritum*” (51).

Toda pena implica un daño que ha de soportar el penado, y en este sentido puede decirse que toda pena es “passio”, aun cuando inmediatamente consista en acciones que ha de realizar el reo (52).

“*Inflictiva aut contracta*”: la pena *infligida* supone un acto de infligirla posterior al delito; la pena *contraída* surge inmediatamente del delito (53).

“*Propter proprium peccatum praeteritum*”: es propio de la pena restablecer el orden violado por la culpa. “*Poenae enim proprie convenit ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perverterat culpam*” (54).

La pena supone siempre el pecado propio (55) y pasado (56). Aun cuando vulgarmente se les llame así, no son penas determinados daños que por disposición del derecho resultan de actos no culpables. CASTRO cita como ejemplos las irregularidades en que incurren el juez que dicta sentencia capital justa y quien contrae segundas nupcias. Cuando se incurre en irregularidad por acto culpable, la irregularidad sumará a su carácter de tal el de verdadera pena (57). De lo contrario, no. A no ser que queramos llamar pena a toda inhabilitación para aceptar o administrar un oficio, incluyendo la derivada de la niñez, ignorancia, ceguera, etc. (58).

De cuanto precede se deduce fácilmente la definición de *ley penal*: “*lex statuit poenam alicui infligi propter culpam commissam*” (59).

Sin embargo de las consideraciones acerca de la pena en sentido propio, CASTRO no exige, para que una ley pueda calificarse de penal, que la pena que impone sea una pena estricta. Le basta que haya sido impuesta por una culpa, aunque ésta haya sido ajena, y considera penal la ley que declara infames a los hijos de los herejes. Para él, esta cuestión carece de

(51) I, cap. 3 (I, p. 68).

(52) Ibid. (I, pp. 68-9).

(53) Ibid. (I, pp. 81-2).

(54) Ibid. (I, p. 82).

(55) Ibid. (I, pp. 86-8).

(56) Ibid. (I, p. 88).

(57) Ello en el derecho antiguo: cfr. SUÁREZ, *De censuris*, 40, 3, 1-2 (ed. Vives, XXIII bis, pp. 331-2). En el actual, ni tan siquiera las irregularidades ex delicto pueden estimarse pena en sentido estricto: WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, IV-1 (Roma, 1934), n. 247; REGATILLO, *Ius Sacramentarium*, II (Santander, 1946), n. 101.

(58) Ibid. (I, pp. 83-4).

(59) Ibid. (I, p. 88).

importancia: "Si cui vero haec sententia non placet, nolo adversus illum pro re tam modica, quae nullius prorsus est momenti, contendere" (60).

Las *clases* de ley penal son cuatro:

a) La que establece pena, pero no la especifica, dejando al arbitrio judicial el determinarla en el caso concreto.

b) La que determina la pena concreta y deja al juez el cuidado de aplicarla ("poena ferendae sententiae").

c) La que determina la pena concreta y obliga al reo a cumplirla sin previa actuación judicial.

d) La que determina la pena concreta y ella misma la inflige, sin encargar su cumplimiento al juez, ni al reo ("poena latae sententiae") (61).

Es bueno y justo establecer penas contra los violadores de las leyes. El legislador debe atender a la mayoría de los ciudadanos en orden a asegurar la eficacia de la ley. Por ello, y porque muchos no se preocupan de la culpa y las penas eternas no les conducen a bien obrar, para que la sociedad no se perturbe, peligre o malee, es conveniente que a las leyes acompañen castigos temporales, aunque para algunos no sean necesarios (62).

Buscando esta misma efectividad, la pena debe ser determinada por la ley y no dejada al arbitrio del juez "quia quae sic particulariter concipiuntur magis movent et terrent improborum hominum mentes, quam si universali conceptu percipiuntur" (63).

El legislador ha de poner sumo cuidado en que la pena no sea excesiva. No corra tras la fama de benévolo, ni de severo y en cosas de menor importancia propenda a la suavidad. La pena de muerte sólo ha de imponerse por delito muy grave, "quod vehementer reipublicae nocere possit" (64).

Para apreciar la gravedad del delito no basta atenderse a la materialidad del mismo. Es preciso considerar otras circunstancias de la culpa y el culpable, que pueden agravar, atenuar y aun suprimir la culpa (65).

Si alguna vez se impone pena más grave que la que parece pedir el delito es por razón de medicina para el delincuente o ejemplaridad para los demás (66).

(60) *Ibid.* (I, pp. 88-9).

(61) *Ibid.* (I, pp. 90-1).

(62) *Ibid.* (I, cap. 6, pp. 199-200).

(63) *Ibid.* (I, p. 205).

(64) *Ibid.* (I, pp. 206-7).

(65) *Ibid.* (I, p. 209).

(66) *Ibid.* (I, p. 211).

IV. *Obligatoriedad de la ley penal*

a) *Principio fundamental.*

“*La ley humana puede obligar a culpa mortal*”. Así intitula CASTRO su capítulo cuarto. Y, contra GERSÓN (67) y LUTERO (68), prueba largamente que no sólo la ley divina, sino también la humana — eclesiástica y civil — puede obligar bajo pecado grave.

Esto es para él tan claro que, después de recordar que la sentencia contraria “les parece tan falsa a casi todos los teólogos que muchos la juzgan herética o muy vecina a la herejía”, añade que ningún católico ni persona prudente puede ignorar lo pernicioso de tal opinión: “*Quod quam pernitiosum sit, nemo catholicus et prudens est qui non videat*” (69).

Pero de que *pueda* obligar bajo pecado mortal no se sigue que toda ley lo *haga*. Por ello son necesarias algunas

b) *Reglas para determinar la obligación.*

1. “*Nulla lex humana iniusta potest aliquem in conscientia obligare*” (70). CASTRO recoge y comenta el texto de Santo Tomás sobre la justicia de la ley (71).

2. “*Nulla lex humana quantumlibet iusta sit, obligare potest illius transgressorem ad culpam mortalem, nisi sit circa materiam talem, quae possit sufficientem causam praebere ad iniungendam talem obligationem*” (72). Ningún legislador puede imponer un precepto sin causa legítima y sería irracional obligar gravemente en lo que solamente es leve (73).

3. “*Si lex aliqua iusta obligat illius transgressorem ad culpam mortalem, propter iustam causam, quae tunc aderat, cessante tali causa, cessabit talis obligatio ad culpam mortalem*” (74).

(67) No está claro su pensamiento. Cfr. RODRIGO, II, p. 177, nota 7.

(68) “La conciencia nada tiene que ver con la ley, las obras y la justicia de la tierra. Que ignore todo lo que se refiera a la ley y las obras, no interesándose más que por el perdón de los pecados, la justicia propuesta y dada por Cristo. Por otra parte, en la vida civil debe exigirse muy severamente la obediencia a la ley. En este terreno, nada debe interesar el Evangelio, la conciencia, la gracia, el perdón de los pecados, la justicia celestial, Cristo...”, LUTHER, *Comm. in Gal*, II, 14 (*Werke*, Weimar, 1883 ss., XL<sup>a</sup>, pp. 208, 11).

Sobre la concepción que tiene Lutero de la sociedad civil, cfr. J. PAQUIER, *Luther*, en “*Dictionnaire de Theologie Catholique*”, IX-1, col. 1310-21.

(69) I, cap. 4 (I, pp. 94-5).

(70) I, cap. 5 (I, p. 145).

(71) Cfr. S. TOMÁS, I-II, 96, 4.

(72) I, cap. 5 (I, p. 161).

(73) *Ibid.*, (I, pp. 162-3).

(74) *Ibid.* (I, p. 166).

Aplica este principio a los tributos. Cesando la causa justa del tributo, cesa también la obligación de conciencia de pagarlo, salvo el caso de escándalo (75).

4. “Lex humana iusta et de re gravi aliquid statuens, obligat illius transgressorem ad culpam mortalem aut venialem, iusta variam legislatoris voluntatem, quae ex variis ipsius legis verbis conici potest et non aliunde; nisi forte ipsemet legislator posset de hac re consuli et suam voce exprimere voluntatem” (76).

Es — según él — consecuencia natural del principio fundamental de considerar a la voluntad del legislador como causa de la obligación. Por ello, dadas las condiciones precedentes, el legislador puede obligar bajo culpa grave, leve o ninguna. Pero entonces debe manifestar su voluntad claramente (“verbis apertissimis”), para evitar interpretaciones torcidas (77).

5. “Si de lege humana iusta semel constiterit illam obligare ad culpam mortalem, non inde colligendum est illam semper et ubique eandem vim et potestatem obligandi habere” (78).

Porque a causa de la diversidad de lugar o tiempo puede dejar de existir la causa y entonces incidimos en la regla tercera. Además, recuérdense los casos de dispensa y de necesidad urgente (79).

6. “Lex humana iusta, etsi non semper obliget sub interminatione gehennae ad faciendum id quod per illam decernitur, semper tamen sub hac interminatione obligat ne lex illa contemnatur” (80).

El menosprecio a que alude es el del legislador, que puede compaginarse con el cumplimiento y el incumplimiento de la ley (81).

c) *La ley puede obligar a culpa y a pena.*

Conocía CASTRO que era convencimiento extendido entre el vulgo y que autores doctos recogían en sus obras que cuando el legislador establecía una pena dejaba de urgir la ley bajo culpa (82).

Contra ellos establece su tesis: “Potestas humana sive ecclesiastica sit, sive laica, potest statuere legem obligantem illius transgressorem ad

(75) Ibid. (I, pp. 169-71).

(76) Ibid. (I, p. 172).

(77) Ibid. (I, pp. 172-3).

(78) Ibid. (I, p. 181).

(79) Ibid. (I, pp. 181-3).

(80) Ibid. (I, p. 186).

(81) Ibid. (I, p. 193).

(82) I, cap. 8 (I, pp. 278 y 284). Sobre los autores a que pudo aludir Castro, cfr. CASTILLO, *Afonso de Castro*, pp. 78-80.

culpam mortalem etiam, quamvis lex poenam contra transgressorem statuat et ille se periculo poenae exponat" (83).

Sus razones son claras:

1. El legislador puede obligar a culpa sin imponer pena. Luego también aunque la imponga. Lo contrario sería porque culpa y pena se excluyen mutuamente y no pueden coexistir. Que no sea así es claro. Lo mismo que puede incurrirse en dos penas distintas y compatibles, puede el reo gravar su conciencia con culpa y sufrir la pena (84).

2. Si el legislador no puede al mismo tiempo obligar a pena y a culpa, sería porque lo prohíbe el derecho divino — natural o positivo — o una ley humana general. Tal ley humana no existe, ya que aquí tratamos de leyes generales que obliguen a todos y no de estatutos de instituciones particulares (85). Tampoco lo impide la ley divino-positiva, que había de constar en la Sagrada Escritura y no aparece (86). Finalmente, no se opone la ley natural, pues Dios, supremo custodio de la misma y de quien sería absurdo afirmar que había dictado leyes a ellas contrarias, ha dado leyes que obligan conjuntamente a culpa y a pena, v. gr., el mandato a nuestros primeros padres en el Paraíso (87).

3. Hay leyes canónicas que obligan a culpa y pena, v. gr., las que conminan excomunión, ya que ésta solamente se fulmina por pecado mortal muy grave y acompañado de contumacia (88).

d) *La ley puramente penal en cuanto tal no obliga "por sí" a culpa.*

De que el legislador pueda obligar a culpa y a pena no se sigue que en toda ley penal lo haga. Es más, para A. DE CASTRO: "Lex pure poenalis, quatenus talis est, nunquam obligat ad culpam aliquam quae contrahi possit, propterea quod fit aut omittitur id propter quod est imposita poena, quamvis aliquando ratione gravitatis poenae innuat illum cui poena imponitur esse aliunde ad culpam obligatum" (89).

(83) I, cap. 8 (I, p. 279).

(84) *Ibid.* (I, pp. 279-2).

(85) *Ibid.* (I, pp. 282-7). CASTRO cita los estatutos de su propia orden, de los dominicos, los de algunos colegios universitarios de su tiempo y la bula de Eugenio IV acerca de la regla de Santa Clara, en los que se declara no intentar obligar a culpa a los súbditos, sino solamente a pena (*ibid.*, I, pp. 291-8).

(86) *Ibid.* (I, pp. 287-91).

(87) *Cfr. Gen.*, 2, 15-7, y *Rom.*, 5, 12-9 (*ibid.*, pp. 291-8).

(88) *Ibid.* I, pp. 298-302).

(89) I, cap. 9 (I, p. 304).

Para comprender el alcance de este principio es necesario conocer lo que CASTRO entiende por *ley puramente penal* (90). Tal es la ley que no impone acción u omisión alguna, sino que se limita a establecer una pena para quien realice u omita determinado acto. Contrariamente, la *ley penal mixta* manda hacer u omitir algo y a los transgresores impone pena (91).

Los fines de una ley pueden ser varios: "Si res est bona, lex illam praecipere potest; si mala, potest illam prohibere; si neutra aut indifferens, hoc est, si nec ex se bona aut mala, illam potest permittere. Si malum quis fecerit, lex illum punire potest et poenam contra illum statuere. Si bonum quis fecerit, lex etiam potest illi mercedem donare et praemium illi decernere" (92).

Y así como puede darse una ley que imponga una obligación sin determinar castigo, puede darse la hipótesis contraria (93).

Para aclarar estos conceptos, CASTRO aduce numerosos ejemplos de leyes morales, puramente penales y mixtas, tomados del derecho divino positivo, del derecho canónico y del derecho civil. He aquí algunos de leyes — según él — puramente penales:

"Si alguien robar un buey o una oveja y los matare o vendiere, restituirá cinco bueyes por uno y cuatro ovejas por una" (94).

"Los envenenadores serán castigados con pena de muerte, y si están constituídos en dignidad, serán deportados" (95).

"El que injuriare a otro gravemente con palabras deshonrosas, se retractará ante el juez y pagará trescientos sueldos" (96).

Las leyes citadas se limitan a establecer una pena para el caso en que se dé la hipótesis prevista. Si es verdad que la acción castigada en los ejemplos es mala y, por lo tanto, implica culpa, no lo es en virtud de la ley penal, sino por la ley moral (97). Esta prohibición suele ser a veces denotada por la gravedad de la pena (98). Y en tales casos la existencia de pena no exime de culpa, y culpa y pena — en vez de excluirse — coadyuvan a robustecer la ley (99).

(90) Hay autores que distinguen la ley *puramente* penal de la ley *meramente* penal. La primera sería la que no obliga en conciencia ni a culpa ni a pena. (Cfr. FERRERES, *Compendium Theologiae Moralis* [Barcelona, 1932], n. 205.) Nosotros en este estudio — al igual que CASTRO — usamos indistintamente ambos nombres, ya que no hay peligro de confusión.

(91) I, cap. 9 (I, p. 305).

(92) *Ibid.* (I, p. 306).

(93) *Ibid.* (I, p. 308).

(94) *Ex.*, 22, 1.

(95) *Digesta*, 48, 19, 9 (Callistratus).

(96) *Ordenanzas Reales de Castilla*, 8, 9, 2 (*Los Códigos Españoles*, VI, [Madrid, 1840], p. 510).

(97) I, cap. 9 (I, pp. 342-6).

(98) *Ibid.* (I, pp. 342-51).

(99) Cfr. I, cap. 10 (I, pp. 351-97).

De lo dicho se deduce que para CASTRO, y en orden a determinar la obligatoriedad de la ley, es fundamental examinar su formulación: si ninguna *palabra* hay en ella que indique obligación a culpa, la ley es puramente penal (100). “Nunquam lex aliqua potest obligare ad aliquid, praeterquam ad illud quod per verba illius explicantur” (101).

A quienes opongan que la pena supone culpa, CASTRO contesta categóricamente que no siempre, v. gr., la irregularidad del que contrae segundas nupcias (102).

Es verdad — reconoce CASTRO — que, aunque no en toda ley penal, de ordinario la primera y principal intención del legislador es que se haga u omita aquello por lo que se establece la pena (103). Pero de ahí no se sigue que pretenda obligar. Lo prueban los casos en que el superior, en vez de mandar, aconseja (104). Sin culpa, pero por miedo a la pena induce a los súbditos a obrar según su deseo (105). Además puede darse el caso de que el legislador no pretenda que se haga u omita lo penado (segundas nupcias causa de irregularidad) (106).

Si se exige para el concepto de ley que cause alguna obligación, la ley meramente penal la origina respecto a la pena en el súbdito y en el juez. “Non dixi absolute legem poenalem ad nullam culpam obligare, sed contractius loquutus sum, sententiam meam restringens ad solam illam culpam, quae incurri posset propter quod fuisset factum vel omissum, propter quod est imposita poena” (107).

e) *La ley penal mixta, unas veces obliga a culpa y otras no, según la intención del legislador.*

CASTRO hace depender totalmente la obligación de la voluntad del legislador: “obligatio pendet ab actu interiori voluntatis volentis per legem suam obligare” (108).

Según sea esta voluntad será mayor o menor la obligación: “ex his evidenter sequitur, ut iuxta variam legislatoris intentionem, varia sit etiam diversarum legum obligatio, ita ut una magis, altera minus obliget quia sic voluit legislator” (109).

(100) I, cap. 9 (I, p. 326).

(101) Ibid. (I, p. 328).

(102) Ibid. (I, pp. 326-8).

(103) CASTILLO, *Alfonso de Castro*, p. 101. distigura esta concesión de Castro.

(104) I, cap. 9 (I, p. 334).

(105) Ibid. (I, p. 335).

(106) Ibid. (I, pp. 337-40).

(107) Ibid. (I, p. 341).

(108) I, cap. 12 (I, p. 401).

(109) Ibid.

Esta voluntad interna del legislador para obligar a los súbditos debe manifestarse y de no haber indicado lo contrario su autor “*tanta erit semper, et non maior neque minor, censenda obligatio, quanta ex verbis ipsius legis aperte conici potest*” (110).

f) *Obligatoriedad de la ley penal en cuanto a la pena.*

Trata CASTRO de ella con detenimiento en el segundo libro de su obra. Hallándose esta cuestión al margen del objeto principal de nuestro trabajo, nos limitamos a dar las conclusiones principales a que llega nuestro autor.

Comienza por establecer los criterios necesarios para distinguir si la pena establecida por la ley es “*ferendae*” o “*latae sententiae*” (111).

Si la pena es “*ferendae sententiae*”, antes de que el juez dicte sentencia el reo no está obligado en conciencia a cumplir la pena (112). Después de dictado el fallo, sí (113).

Dejadas ya las penas que para su efectividad requieren la actuación judicial, pasa a estudiar aquellas que no la requieren.

Entre éstas encontramos, primeramente, las que han de ser *ejecutadas por el propio reo*, sin necesidad de sentencia judicial. CASTRO afirma que ejemplos de estas leyes los hallamos en el derecho divino positivo (114) y que también el legislador humano—eclesiástico o civil—puede dictar tales leyes (115).

La tercera hipótesis es la de las penas “*latae sententiae*”. Previos ocho criterios para determinar cuándo una pena establecida por la ley es tal (116), sienta que estas penas obligan en conciencia sin necesidad de sentencia (117). A continuación estudia varios casos concretos que pueden darse, y a los cuales dedica los últimos capítulos de su obra:

1. El condenado “*ipso iure*” a privación de bienes está obligado en conciencia a entregarlos a quien el derecho los adjudique sin necesidad de fallo judicial (118).

2. Si el juez puede dispensar de la pena impuesta por la ley y si peca quien intercede para que el juez la remita (119).

(110) *Ibid.* (I, p. 402).

(111) II, cap. 1 (II-1, pp. 9-38).

(112) II, cap. 2 (II-1, pp. 40-70).

(113) II, cap. 3 (II-1, pp. 71-103).

(114) II, cap. 4 (II-1, pp. 104-41).

(115) II, cap. 5 (II-1, pp. 142-84).

(116) II, cap. 6-7 (II-1, pp. 184-260).

(117) II, cap. 8-9 (II-1, pp. 260-365).

(118) II, cap. 10-11 (II-2, pp. 5-144).

(119) II, cap. 12-13 (II-2, pp. 144-235).

3. Si la ignorancia exime al reo de la pena impuesta por la ley (120).
4. Si exime de la pena el ser el crimen oculto (121).

### V. Juicio crítico

No es nuestra pretensión—como ya dijimos—hacer un examen exhaustivo del problema de la leyes meramente penales. Nos reducimos a enjuiciar las ideas de A. DE CASTRO, lo que—como no podía ser menos—nos obligará a tocar algunos puntos fundamentales para la resolución de aquél.

Dividimos estas observaciones en tres apartados: noción, posibilidad y existencia de las leyes meramente penales.

#### a) *Noción de la ley meramente penal.*

Los tratadistas modernos suelen reducir a tres formas sustancialmente distintas las concepciones de la ley meramente penal (122).

1. *Teoría de la obligación moral disyuntiva.*—Según ella, la ley obliga a uno de los dos términos de la disyunción: cumplir lo preceptuado o sufrir la pena. No se impone ninguno de ambos extremos por el legislador; es el súbdito quien opta libremente.

Inmediatamente surge una dificultad definitiva. Es absurdo pensar que al legislador sea indiferente que el súbdito opte entre obrar según él ha determinado en orden al bien común o sufrir la pena. Equivaldría a equiparar lo accesorio a lo principal, el medio al fin, el mal—que en definitiva la pena es un mal y consecuencia de otro mal, la violación del orden jurídico—al bien, que en nuestro caso es la colaboración al bien común.

Comprendiéndolo así, uno de los principales patronos de la teoría de la ley meramente penal en los tiempos modernos, A. JANSSEN, ha escrito “Il est manifestement inexacte que le législateur soit indifférent en face de l'une ou de l'autre des alternatives et qu'il laisse le choix. Il veut, au contraire, d'une volonté absolue, que son précepte soit observé. Si à l'ordre ou à la défense il ajoute une peine, c'est pour être plus certain d'obtenir l'effet désiré” (123).

Intentar en el mismo orden la pena que el cumplimiento de la ley sería injusto. Ya el mismo padre de la teoría de la ley penal, ENRIQUE DE GAN-

(120) II, cap. 14 (II-2, pp. 236-320).

(121) II, cap. 15 (II-2, pp.321-78).

(122) Cfr. RODRIGO, II, n. 340.

(123) A. JANSSEN, *Les lois penales*, en “Nouvelle Revue Théologique”, 50 (1923), 118-9.

TE, escribía: "In omni ergo statuto poenali principalis intentio statuti non attendit ad poenam: hoc enim tyrannidis esset et crudelitatis, sed attendit ad alicuius operis virtutis et legalis consuetudinis observantiam, ad quam ut legi subiectos fortius adstringat, ne per inoboedientiam transgrediatur, poenam adiungit" (124).

La razón es clara y definitiva. Los principales defensores actuales de la ley meramente penal rechazan la obligación disyuntiva (125), para defender la

2. *Teoría de la obligación moral condicional.*—El legislador intentaría principalmente el cumplimiento de la ley, pero no lo urge en el foro de la conciencia, sino tan sólo en el foro civil, creando no una obligación moral, sino jurídica, cuyo incumplimiento no será pecado, sino culpa jurídica. Incumplida la ley, la pena obliga civilmente y en conciencia.

Esquemáticamente:

Intención primaria del legislador = Cumplimiento del precepto = Obligación jurídica.

Intención condicionada del legislador = Imposición de la pena = Obligación jurídica y de conciencia.

En torno a esta teoría se agrupan hoy los principales defensores de la ley meramente penal, que, por otra parte, no se atreven a dar el último paso que conduce a la

3. *Teoría de la obligación jurídica.*—En nuestros días la ha propugnado VERMEERSCHS (126), quien no admite obligación alguna de conciencia derivada de la ley penal (127). "Miram et parum congruam dixerimus voluntatem legislatoris qui parti principali legis i. e. normae negaret vim

(124) CIT. por MAZÓN, p. 249.

(125) Conserva esta concepción inadmisibile FERRERES. *Compendium*, nn. 205-6. Aparecía en WERNZ, *Ius decretalium*, I (Prati, 1913), p. 134, nota 122, y subsiste en WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, I (Roma, 1938), p. 221, nota 152.

(126) VERMEERSCH, *Theologiae Moralis*, I (Roma, 1933), nn. 172-3.

Ya en siglos pasados hubo quien negó la obligación a la pena. Se suele citar a CAYETANO (In II-II, 186, 9, ad 3); pero se ciñe a las constituciones de los dominicos. Contra ellos escribió CASTRO la segunda parte de su obra.

También se ha solido aducir como partidario de la misma opinión a S. ALFONSO DE LIGORIO (cfr. CASTILLO en *Ciencia Tomista*, 64 [1943], 28, nota 6), pero éste admite expresamente la obligación a culpa (*Theologia Moralis*, I, 2, 1, 4, n. 147; ed. GAUDÉ [Roma, 1905], I, p. 127).

(127) Ello supone que VERMEERSCH no juzga necesario que toda ley obligue en conciencia. "Nihil prohibet quin, ut nos ad communem usum accommodemus, nomen legis normae conscientiae obliganti reservemus. Non est cur de nomine disputemus. *Revera tamen lex dicenda est omnis norma qua legislator, utens sua potestate regendi societatem, i. e. sua iurisdictione, normam efficaciter suis subditis praescribere intendit. Talis autem sine inducta, a legislatore, obligatione conscientiae, haberi potest*" (n. 172, 2).

obligandi, ut hanc propriam faceret partis secundariae quae est sanctio exterior" (128).

¿En cuál de estas teorías puede encajarse la de A. DE CASTRO?

Ciertamente que no en la tercera, pues claramente admite la obligación de conciencia a la pena.

RODRIGO (129) cree que "substantialiter" coincide con la segunda. No lo vemos, ya que esta opinión admite que el legislador intenta se cumpla lo preceptuado, aunque solamente sea bajo culpa jurídica. CASTRO, como veíamos más arriba, reconoce que con frecuencia la intención del legislador recae en lo preceptuado; pero se apresura a decir que no siempre. Por otra parte, no admite obligación alguna a ello, ni aun puramente jurídica y no moral.

En cuanto a la primera teoría, tampoco conviene plenamente a CASTRO, pues para éste el cumplimiento de la pena no es un término de disyunción, sino el único a que se dirige la voluntad del legislador.

En la definición de CASTRO hay un defecto fundamental, cuyas consecuencias veremos más abajo. CASTRO había definido cuidadosamente la ley y la pena en sentido estricto; pero admite como penal toda ley que establece pena, aun en sentido impropio.

Esto lleva consigo que bajo la denominación común de *ley penal* englobe leyes esencialmente diversas, con diversidad que afecta a la consideración de su obligatoriedad. Compárense, por ejemplo, estas dos leyes:

Si alguien robare un buey, restituirá cinco.

Si alguien contrajere segundas nupcias, incurrirá en irregularidad.

La primera es penal en sentido estricto; la segunda, no. La intención del legislador en la primera es de que nadie robe el buey ajeno; en la segunda no quiere evitar las segundas nupcias, sino que reciba las Sagradas Ordenes quien las hubiere contraído. Más adelante veremos que este englobar bajo una denominación común disposiciones tan diversas y tratar semejantemente del problema de su obligatoriedad había de conducir a confusiones. O distinguimos o, como decían los antiguos, tendremos fácilmente silogismos con cuatro términos.

b) *Posibilidad de la ley penal.*

Dado el concepto de ley meramente penal, la primera cuestión que se presenta es su posibilidad. Ha sido admitida casi unánimemente por los

(128) Ibid. nn. 172, 3).

(129) Cfr. RODRIGO, II, n. 341, 1.

teólogos y moralistas. Y esta casi unanimidad es la que, quizás más que las razones en que se apoya, determina la adhesión a ella de muchos.

La posibilidad la negaron, entre los antiguos: SILVESTRE DE PRIORIO (130), ARMILLA (131), SALAS (132), BELARMINO (133), BINER (134), ARRIAGA (135), ARAGÓN (136), CONCINA (137), SAYRUS (138). Y entre los modernos: LINSEMAN (139), KOCH (140), WAGNER (141), GILLET (142), RENARD (143) y BRISBOIS (144). En los últimos años y entre nosotros han roto lanzas contra la posibilidad—prescindiendo de AZPIAZU (145)—ARROYO (146) y, con especial decisión, PEINADOR (147).

Aunque en esta lista hallamos nombres ilustres y hubiéramos de agregar a ella otros que no conocemos, hemos de reconocer que la autoridad *externa* de la tesis opuesta es muy superior (148).

Pero lo cierto es que aun defensores de los más decididos de la ley meramente penal se ven forzados a reconocer que sus argumentos no son apodícticos. Así, RODRIGO, que, comentando los cambios de opinión de J. AZPIAZU, escribe: "... quod ipsam earum possibilitatem, ab eodem Azpiazu *hyperbolice* aestimatum ut evidentem. Sed nec evidentia huiusmodi praedicata, nobismetipsis possibilitatis assertoribus tam liquida est..." (149).

Para CASTRO la posibilidad no ofrece duda alguna. La razón fundamental, a la que se reducen las demás y que aun hoy sigue siendo el argumento principal en su defensa, radica en el arbitrio de la voluntad del legislador. Recordemos un par de textos:

- 
- (130) SILVESTRE DE PRIORIO, *Summa summarum* (Lugduni, 1549), v. *Inobedientia*.  
 (131) CH. SUÁREZ, *De legibus*, 4, 4, 1 (ed. Vives, V, p. 433).  
 (132) SALAS, *Tractatus de legibus* (Lugduni, 1611), 15, 1, 13, ss.  
 (133) BELLARMINUS, *De membris Ecclesiae*, 3, 9, 11 (ed. Vives, III, p. 19).  
 (134) BINER, *Apparatus eruditionis ad iurisprudentiam* (Bononiae, 1754), I, 1, 2, 5, p. 16.  
 (135) R. ARRIAGA, *Cursus theologicus* (Antuerpiae, 1644), IV, 16, 3.  
 (136) ARAGÓN, *De Iustitia et Iure* (Venetiis, 1545), 62, 3.  
 (137) CONCINA, *Theologia Christiana... in duos tomos* (Neapoli, 1761), VIII, 2, 6, 12. Lo afirma con indecisión. Parece referirse a la existencia, pero la razón que aduce es contra la posibilidad.  
 (138) SAYRUS, *Clavis Regia* (Antuerpiae, 1619), 3, 9, 14.  
 (139) LINSEMAN, *Lehrbuch der Moraltheologie* (Freiburg Br., 1878), I, n. 169.  
 (140) KOCH, *Zu der Lehre von den sog. Pönalgesetzen*, en "Theologie Quartalschrift", 32 (1900), 231. Atenúo su opinión en *Lehrbuch der Moraltheologie*, 3 ed., pp. 74-5.  
 (141) *Die sittlichen Grundsätze bezüglich der Steuerpflicht* (Regensburg, 1906), p. 52.  
 (142) GILLET, *Conscience sociale et justice sociale* (Paris, 1922), pp. 452 ss.  
 (143) RENARD, *Le valeur des lois* (Paris, 1928), pp. 188 ss.; *La theorie des leges mere poenales* (Paris, 1928).  
 (144) BRISBOIS, *A propos des lois purement penales*, en "Nouvelle Revue Théologique", 65 (1938), 1072-4.  
 (145) Negó la posibilidad en *Moral profesional económica*, pp. 29-31. La admitió en *Los precios abusivos*, p. 120.  
 (146) ARROYO, *Obligación de las leyes civiles*, en "Ilustración del Clero", 35 (1942), 10-5.  
 (147) PEINADOR, nn. 369-79.  
 (148) No citamos nombres, porque habríamos de mencionar a casi todos los moralistas y canonistas que han tratado la cuestión.  
 (149) RODRIGO, p. 254, nota 10.

“Obligatio pendet ab actu interiori voluntatis volentis per legem suam obligare.”

“... ex his evidenter sequitur, ut iuxta variam legislatoris, varia sit etiam diversarum legum obligatio, ita ut una magis, altera minus obliget quia sic voluit legislator” (150).

¿Qué decir del argumento?

Desde luego suena más lógicamente en labios de quien, como CASTRO, admite que la ley es obra primordial de la voluntad, que en los de quienes afirman la causalidad principal del entendimiento.

Añadamos que de las razones de CASTRO y quienes como él piensan no puede deducirse—como pretende RENARD (151)—que para ellos “la vertu obligatoire de la loi provenant de la volonté du législateur, il appartient au législateur d'en mesurer l'énergie comme il lui plaît.” Es decir, que serían voluntaristas en sentido estricto. No.

Pero ¿no parece conceder demasiado al arbitrio de la voluntad?

La voluntad del legislador, ciertamente orientada por la razón, sería quien decidiera el obligar bajo culpa o no y que la culpa fuese grave o leve.

No olvidemos que—aunque concedamos ser la voluntad la causante de la obligación—está al servicio del bien común. No es señora, sino sierva, y aun cuando se determine libremente a obrar, ha de hacerlo según lo pide el bien común.

Que el incumplimiento u observancia de una ley es de trascendencia grave para el bien común, la ley obligará gravemente. Que la trascendencia es leve, levemente. Que la trascendencia es minúscula, mínima será la obligación. Pero siempre será el bien común, con sus exigencias o conveniencias, quien determinará la trascendencia de la conducta y la consiguiente culpabilidad (152). El legislador, si obra conforme a razón—y si no, su ley es injusta—, no puede decir leve o nulo, cuando el bien común dice grave o leve. Está, no lo olvidemos—al servicio del bien común (153).

(150) I, cap. 12 (I, p. 401).

(151) RENARD, *Le valeur de la loi*, p. 215.

(152) Cfr. AZPIAZU, *Moral del hombre de negocios*, pp. 554-6.

CREUSEN escribe: “Nos censemus gradum obligationis e momento finis et proportione actus imperati vel prohibiti ad illum finem oriri, neque a legislatoris voluntate pendere” (VERMEERSCH-CREUSEN, *Építome Iuris Canonici*, I [Mechliniae, 1937], n. 97, nota).

Juzgamos que quien niega facultad al legislador para determinar a su arbitrio el grado de obligación, “a fortiori” le negará para quitar toda obligación. Ambas cuestiones se resuelven fundamentalmente en la misma y piden, en buena lógica, una solución uniforme. Hay autores, sin embargo, que no piensan así, v. gr. PEINADOR, n. 388.

(153) Nos repugnan afirmaciones como la de FERRERES: “Lex vim non habet nisi ex voluntate legislatoris” (*Compendium*, I, n. 205). Son expresiones que, a lo menos, inducen a error y son imprecisas.

Además, todo ciudadano tiene un deber fundamental de colaborar al bien común (154). Incumplir una ley—que si es justa es norma de una conducta necesaria o al menos verdaderamente útil al bien común—es perjudicar a éste. Y ello es malo moralmente aunque el legislador pretendiera—en la hipótesis—lo contrario.

Oigamos al Padre VITORIA:

“Sic etiam erit in legibus humanis. Si enim aliquid statuatur quod multum expediat ad pacem civium, ad incrementum boni publici, ad honestate morum, transgressio illius videtur mortale peccatum. Si autem quod instituitur non sit adeo necessarium, sed velut quoddam leve, erit veniale. Exempla non ita sunt in promptu, sicut in legibus divinis... Ita, si quis contra legem civilem venaretur, aut indueretur bysso, non videtur mortale. Alia exempla commodiora poni possent; nec enim pendet hoc ex voluntate legislatoris, sed ex natura et qualitate rei et materiae. Ex quo patet quantus est error iuniorum quorundam theologorum, dicentium gravitatem peccatorum sumendam esse et considerandam ex quantitate obligationis, cum contra omnino faciendum sit. Nam quantitas obligationis sumenda est ex quantitate materiae” (156).

Y, para aclarar más su pensamiento, resuelve una dificultad de la que dice “arguitur vehementer” y que podría oponerse también a lo dicho más arriba por nosotros. Si la gravedad del pecado se aprecia por razón de la materia, parece deducirse que la ley no influye en la culpa, porque si la conducta cede en daño de la república después de la ley, también cedería antes de que se diera ésta. Por lo tanto, tan pecado y tan grave era hacerlo con ley como sin ella.

Y VITORIA da dos respuestas:

1. “Lex non solum obligat prohibendo, sed praecipiendo; et sic aliquid, quod ante legem erat bonum Reipublicae, non tamen necessarium, lex potest praecipere; et sic post legem transgressio illius erit peccatum, quod prius non erat peccatum.”

2. “Potest esse aliquid quod sit ante legem malum in aliquo et in aliquo non; post legem autem illud erit in omnibus malum; quia fuit ratio sufficiens prohibendi omnibus, verbi gratia, ne portarent sericum vel auream

(154) Se dice de una ley que es justa “ex forma, quando scilicet secundum aequalitatem proportionis imponuntur subditis onera in ordine ad bonum commune. Cum enim unus homo sit pars multitudinis, quilibet homo hoc ipsum quod est et quod habet, est multitudinis: sicut et qualibet pars id quod est, est totus. Unde et natura aliquod detrimentum infert parti, ut salvet totum” (S. TOMÁS, I-II, 96, 4).

(155) Cf. VERMEERSCH, I, n. 155; VAN HOVE, *Le legibus ecclesiasticis* (Mechliniae, 1930), nn. 81-2.

(156) VITORIA, *De potestate civili*, 19 (ed. Getino, II, pp. 203-4).

vestem, quod erat quidem malum in paupere nobili, post legem autem in omnibus" (157).

Tratando de demostrar la posibilidad de la ley meramente penal aduce CASTRO otra razón. Distingue cinco finalidades posibles en la ley: mandar, prohibir, permitir, castigar y premiar. No es necesario—afirma—que cada ley se proponga las cinco finalidades, y así como puede haber una ley que mande o prohíba sin castigar, puede existir otra que castigue sin mandar ni prohibir: "sicut potest esse lex aliqua quae solum praecipit, absque hoc quod puniat, et alia quae sine aliqua poenae impositione aliquid prohibet; ita e contrario potuit esse aliqua lex, quae absque hoc quod aliquid praecipiat vel prohibeat, per metum poenae urgeat ad faciendum id quod fieri oporteat" (158).

Creemos que en la enumeración de los cinco fines late una distinción que por no descubrirla da lugar a un falso razonamiento.

Mandando, prohibiendo y permitiendo (159), la ley impone una obligación, y esto es, si no esencial, al menos connatural a ella; mientras que ni esencial es ni connatural que la ley premie o castigue. Por eso pueden faltar estos fines (160), pero no alguno de los tres primeros.

Y al preguntarnos si una ley puede penar sin presuponer, al menos implícitamente, una obligación se nos plantea una de las dificultades esgrimidas principalmente contra la teoría de la ley meramente penal. No la rehuye CASTRO: pena sin obligación previa es pena sin culpa, y ello no puede admitirse, porque toda pena supone culpa.

El mismo CASTRO lo había establecido taxativamente cuando se tratara de pena en sentido estricto. Veíamos antes que para él la irregularidad y otras inhabilitaciones que pudieran seguirse de actos o circunstancias no

(157) *Ibid.* (II, pp. 204-5). Se nos objetará que Vitoria admite a continuación que el príncipe puede dar una ley que no obligue a culpa (*ibid.*, 20, II, pp. 205-6). Es verdad; pero es muy significativo que la única razón que aduce en prueba es que existen estatutos religiosos que no obligan a culpa. En tales casos el legislador "non vult in suis legibus exigere oboedientiam debitam a subditis, sed simpliciter ordinat quid faciendum sit, dicens et dirigens, potius quam praecipiens". Tales normas, ¿pueden ser llamadas verdaderas leyes?

Nótese, además, que el P. Vitoria no nos dice nada de la ley que conmina pena. ¿Pensaría lo mismo de ella? Por otra parte, el ejemplo que da al concluir el párrafo—"sicut non semper cum petit pecuniam creditor, exigit tanquam volens obligare"—debilita más la dificultad.

En otro lugar piensa Vitoria en la ley meramente penal, cuando, después de probar que las leyes civiles obligan en conciencia, escribe: "Posset aliquis respondere, quod non sit idem obligare in foro conscientiae, et ad culpam, maxime cum religiosi confiteantur se teneri suis legibus in foro conscientiae, quae tamen ad culpam non inducunt. Ideo dico etiam, quod leges civiles obligant sub poena peccati et culpae aequae ac leges ecclesiasticae" (*ibid.*, 15; II, p. 197).

(158) I, cap. 9 (I, p. 308).

(159) Como imponga una obligación la ley permisiva, explica Castro en I, cap. 1 (I, pp. 44-5). Entre los juristas modernos, cfr. DEL VECCHIO, *El "homo iuridicus"*, en *Derecho y Vida*, p. 72.

(160) "Fines" inmediatos, o mejor, medios que utiliza la ley para lograr su finalidad adecuada. Como la misma obligación es medio para que el hombre ajuste su conducta a las exigencias de la justicia.

culpables no podían llamarse penas en sentido estricto y solamente en un sentido impropio.

Y ahora que el principio “toda pena supone culpa” urge y parece contradecirle, CASTRO—sorteando, pero no resolviendo la dificultad—se acoge al concepto impropio de pena y niega el principio, aduciendo en prueba dos “penas” que no suponen culpa y son dos irregularidades: la del juez que dictó sentencia capital justa y la de quien contrajo segundas nupcias (161). Cualquiera pensaría que cuando daba su definición ya comentada preparaba la respuesta a esta dificultad que le preocupaba.

El efugio es poco serio. Si CASTRO pretende recordarnos que a pesar de la ley que declara irregular al bigamo sucesivo no está prohibida la tal bigamia, afirma una vulgaridad que no viene al caso. Porque la prohibición que impone dicha ley no afecta a las segundas nupcias, sino al acceso a las Ordenes Sagradas de quien las contrajo. Y lo que tenía que probar CASTRO es que la ley no imponía tampoco obligación alguna en este sentido. Y lo mismo decimos del caso del juez.

Es la misma confusión en que se basará CASTRO para decirnos que no siempre intenta el legislador con su ley que se haga u omitta aquello por lo que se impone la pena (162).

La cuestión la plantean las penas en estricto sentido, las que suponen siempre culpa y que se cominan en leyes que, según CASTRO, son meramente penales, en esas leyes en que no puede menos de confesar (“fateor quidem”) “primam et praecipuam intentionem esse ut fiat vel omittatur id propter quod imponitur poena” (163).

Cuando el legislador intenta primeramente que se cumpla lo sancionado por la pena, aun cuando formule su ley según las características que a la meramente penal atribuye CASTRO, ¿está el súbdito obligado bajo culpa a cumplir lo mandado, al menos implícitamente?

Decir que el que aconseja pretende que se haga lo que aconseja y no obliga (164), no es pertinente. ¿Cuándo el simple consejo se corrobora con penas?

(161) I, cap. 9 (I, pp. 325-6 y 339-40). Esta respuesta es ordinaria entre los defensores de la ley penal, v. gr., JANSSEN, *Les lois penales*, en “Nouvelle Revue Théologique”, 50 (1923), 240-1.

(162) I, cap. 9 (I, p. 334).

(163) *Ibid.*

(164) *Ibid.* (I, pp. 334-5).

Aducir los estatutos de varias Ordenes religiosas o instituciones similares (165), tampoco, por la naturaleza especial de estas reglas (166).

Acercas de las "penas" que gravan a los hijos de los herejes, valga lo dicho a propósito de las irregularidades. Antes de hacerse deducción alguna se plantean acerca de ellas varias cuestiones, comenzando por su justicia, no de todos admitida (167).

De todo lo cual aparece claro que CASTRO no resuelve ninguna de las dos dificultades fundamentales—entonces y ahora—contra la posibilidad de las leyes meramente penales: las derivadas del principio "no hay pena sin culpa" y de la intención primera del legislador.

Actualmente, para resolver ambas dificultades, suelen los partidarios de la ley penal admitir la intención primaria del legislador, recayendo en la conducta a observar y causando en el súbdito una obligación, no moral, sino jurídica, que sirva de base para una pena que en caso de incumplimiento obligue en conciencia (168).

No vamos a entretenernos en examinar esta cuestión, que, aunque directamente relacionada con nuestra cuestión, no afecta directamente a la doctrina de A. DE CASTRO. Pero no ocultaremos que, a nuestro parecer, tiene razón VERMEERSCH cuando dice que si la obligación primordial solamente es civil y no moral, no es lógico urgir civil y moralmente la obligación accesoria. ¿Por qué si basta urgir sólo civilmente la principal no ha de bastar lo mismo respecto de la accesoria?

Y así llega VERMEERSCH—cuya teoría no aceptamos, pero la juzgamos lógica consecuencia de haber negado la obligatoriedad moral de la intención primaria del legislador—a una teoría de la obligación puramente jurídica que despoja a la ley civil de toda efectividad moral.

A quienes insisten en la suficiencia de una obligatoriedad jurídica y no moral, brindamos las siguientes palabras de RADBRUCH:

"Únicamente la moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. De los preceptos jurídicos considerados como imperativos, como

(165) *Ibid.* (I, pp. 335-7).

(166) Cfr. MAZÓN, *Las reglas de los religiosos* (Roma, 1940), pp. 237-320. Posteriormente, RODRIGO, *ibid.* 353-4; PEÑADOR, n. 378; CASTILLO, en *Ciencia Tomista*, 64 (1943), 26-45 (no conoce la obra de MAZÓN, que es fundamental en la materia).

(167) I, cap. 9 (I, pp. 338-9). Cfr. CASTILLO, *Alfonso de Castro*, pp. 63-6.

(168) REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, I, 2, 9, 201; G. MICHIELS, *Normae generales Iuris Canonici* (Lublín, 1929), p. 264, que en parte incurre en la misma confusión de CASTRO; Item WERNZ, *Ius decretalium*, I, p. 135, nota 122, y WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, I, p. 221, nota 152; RODRIGO, n. 349, 1.

CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I (Taurini, 1939), n. 16, 3, admitiendo que la teoría disyuntiva es falsa teóricamente, añade: "at practice quaestio vera in distinctivam obligationem resolvitur". Otro tanto reconoce VERMEERSCH, *Epítome*, I, n. 97, 1. Lo que equivale a confesar que, aunque se justifique de otra manera, en la práctica la teoría de la ley penal viene a encarnar un absurdo jurídico.

manifestaciones de voluntad, puede derivarse, como antes se indicó, un cumplimiento necesario, pero jamás un deber ser. Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido en la propia conciencia de fuerza moral de obligar” (169).

c) *Existencia de leyes meramente penales.*

Hay quienes admiten la posibilidad absoluta—o al menos prescinden de ella—y niegan la existencia de leyes meramente penales. Así, v. gr., U. LÓPEZ (170) y F. LITT (171).

CASTRO la afirma rotundamente y trae numerosos ejemplos.

Dado que la ley meramente penal es aquella en que el legislador no quiere urgir la obligación moral a lo sancionado por la pena, esa voluntad debe manifestarse. Si hay una interpretación expresa del legislador, a ella ha de atenerse. De lo contrario hemos de estar a las palabras de la ley: “non maior neque minor censenda est obligatio, quanta ex verbis ipsius legis aperte conici possit.” (172).

Y como nunca una ley obliga a más de lo que sus palabras dicen (173), es necesario (“summe necessarium”) que la ley que quiera obligar a culpa manifieste esta intención con algunas palabras (174), siendo puramente penal aquella en que “nullum est verbum talem obligationem ostendens” (175).

Son palabras que expresan la intención de obligar: “praecipio, mando, iubeo, prohibeo, interdicto, veto, aut quae istis aequipolleant prout sunt haec verba: teneantur, debeant necessario, necesse est, non potest, non licet; et si quae sunt forte alia his similia” (176).

El criterio, por lo tanto, para distinguir la ley puramente penal de la que no lo es—salvo en los casos excepcionales en que se tenga declaración expresa del legislador—es un criterio estrictamente formal.

(169) G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* trad. Medina Echevarría (Madrid, 1933), p. 61.

(170) Cfr. *supra*, nota 11.

(171) F. LITT, *Les lois dites purement penales*, en “Revue Ecclesiastique de Liège”, 30 (1938-9), 141-56, 359-72.

L. BAUTAIN, *Filosofía de las leyes* (Barcelona, 1865), p. 278, no discutiendo la posibilidad, escribe: “TABA, pues, saber si existen en realidad leyes penales que no sean preceptivas, pues no han de confundirse los bandos de policía con las leyes”.

(172) I, cap. 12 (I, p. 402).

(173) I, cap. 9 (I, p. 328).

(174) *Ibid.*, (I, p. 323).

(175) *Ibid.*, (I, p. 326).

(176) *Ibid.*, (I, p. 323).

Criterio falso, pues no solamente hemos de ver en la ley lo que con palabras expresas dice, sino lo que contiene virtualmente (177). Si declara punible la caza, v. gr., virtualmente nos dice que es ilegítima (178).

Entre los ejemplos que el mismo CASTRO nos presenta de la ley puramente penal está la disposición del cuarto concilio cartaginense: "Sacerdote verbum in ecclesia faciente, qui egressus de auditorio fuerit excommunicetur" (179).

Según CASTRO, el canon es meramente penal. No prohíbe salir de la iglesia mientras predica el Obispo, aunque excomulga al que lo haga. Ahora bien, la excomunión es una pena estrictamente tal y supone culpa, según el mismo CASTRO. Por lo tanto, o admitimos la prohibición como virtualmente contenida en el canon, o para evitar la contradicción contra su propia norma fundamental hemos de aplicar su regla de interpretación que enseña que al interpretar la ley humana "pro absurditate vitanda sit recedendum a propria vocum significatione" (180).

Y entonces, ¿a qué queda reducido su criterio formal de interpretación de las leyes meramente penales y qué queda de tal ley en el precepto citado?

Este criterio formal de interpretación no es ya admitido hoy como único (181). Los defensores de la teoría fundamentan la existencia de leyes penales en la indiferencia del legislador que no piensa en posibles obligaciones de conciencia.

Si se recuerda que, como hemos dicho más arriba (182), para que una ley obligue en conciencia no es necesario que el legislador intente tal obligación, ni tan siquiera la conozca como derivada de su acto legislativo, sino que basta que intente ligar al súbdito en cuanto puede ligarle; y se considera al mismo tiempo que el legislador pretende que su ley sea efectiva, lo más efectiva posible, y no rechaza posibles refuerzos a esta efecti-

(177) Oportunamente cita al caso RODRIGO, n. 345, 2, el canon 11 como ejemplo actual. Dice el *Coдекс*: "Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus aut actum esse nullum aut inhabilem esse personam *expresse vel aequivalenter* statutur".

(178) Ya SUÁREZ criticó justamente esta norma de CASTRO. "Nam si poena legis intrinsecus supponat culpam, lex non est censenda pure poenalis, etiamsi sub illa forma feratur, quae conditio poenae satis declarat mentem legislatoris." SUÁREZ, *De legibus*, 5, 4, 10 (ed. Vives, V, p. 426). En forma semejante, VALENTIA, *Commentar. Theolog.*, II (Lugduni, 1609), in II-II, 7 5, 6, 3, col. 817).

(179) IV Conc. Cartaginense, 24. (*Collectio canonum Ecclesiae Hispanae*, ed. González [Martín, 1898], col. 144, I, cap. 9, I, p. 313.)

(180) I, cap. 7 (I, p. 239).

(181) En unión de otros lo admite MERKELBACH, I, n. 287.

(182) Cfr. *supra* los prenotandos 5 y 6, con sus notas.

ANDRES E. DE MAÑARICUA NUERE

vidad dimanantes de las ideas religiosas o morales de sus súbditos, aunque no sean compartidas por él—lo cual es un hecho innegable—, aparece cuán vulnerable sea este último reducto en que se refugian los partidarios de la ley meramente penal.

ANDRÉS E. DE MAÑARICUA NUERE, Pbro.  
Catedrático en la Universidad de Deusto