

LA LEY PENAL EN DOMINGO DE SOTO

por A. PEINADOR, C. M. F.

SUMMARIUM.—*Mens eximii theologi Dominici de Soto, circa theoriam legis mere poenalis, quam respuit, exponitur per adductionem et commentarium trium propositionum, quae fundamentales, in re, habentur. Prima propositio: omnis lex humana, civilis etiam, inducit obligationem conscientiae actum ponendi qui praecipitur vel omittendi qui prohibetur. Altera propositio: omnis lex poenalis secum fert conscientiae obligationem, respectu actus, cuius causa comminatur poena, ubi absurdam habet distinctionem legem inter poenalem mixtam et mere poenalem. Tertia propositio: lex poenalis infert obligationem conscientiae ad poenam, etsi patiendam solum post iustam legitimi iudicis irrogationem. Concluditur ex praedictis Soto annumerari non posse in fautoribus praedictae theoriae.*

Cuando uno se asoma a los grandes teólogos de nuestra edad de oro, con la idea de beber los más sanos principios de la ciencia en los ricos veneros que en sus obras se contienen, se prueba en su plenitud una sensación de placer intelectual, respecto a aquel lado de la verdad, sobre el cual se cernían las dudas, para cuya solución acudimos a ellos confiadamente. Es que el manantial brota, y luego corre puro, arrancando de la luz indefectible, que es Dios o manifestándose tal cual es a través de la revelación, o comunicándose al hombre por medio de la razón natural. Algo que no se experimenta, cuando, abandonando lo viejo, por anticuado, nos entregamos en afán de actualidad, a lo de ahora; de lo que no es todo malo; pero en lo que gran parte de lo bueno que podemos encontrar, ha sido tomado en préstamo de lo que nos legaron los antiguos maestros.

Quienes ocupamos las horas del día y los días de la vida estudiando los problemas de orden moral, que la actividad humana suscita constantemente, venimos hace tiempo padeciendo el sambenito de la inculpación de males graves; de que adolece la parte práctica de la Teología, imposibles de remediar, dicen, mientras no suprimamos totalmente el artificio sobre el que se ha montado la Casuística de estos últimos siglos.

No caeremos en la tentación de entrar en el fondo de esta cuestión, ciertamente interesante. Sólo diremos, con la más íntima persuasión, que los verdaderos males, que han existido y aún perduran, no se hubieran producido, si la exposición teórica de la ciencia teológica, en su integridad, hubiera continuado la línea que dejaron bien trazada nuestros clásicos, particularmente los célebres exponentes del pensamiento tomista.

No excluimos la posibilidad de que los nuevos tiempos, con el ansia renovadora y el afán de retorno a la sencillez primitiva de los misterios cristianos, no hubieran impulsado a algunos a un cambio de ruta, o a una ambientación, diversa de la tradicional, de los problemas teológicos, aún en el feliz supuesto de que la inanidad de las disputas probabilistas y otras afines, igualmente vanas e incoloras, no hubieran privado de savia teológica a la Moral, convirtiéndola en el arte, no muy noble por cierto, de descargarse el hombre de pecados y de deberes, dejándola al mismo tiempo limpia del menor adarme de caridad sobrenatural, que impulsa a lo más y a lo mejor. Pero entonces, para justificar la novedad, no se habría invocado, con razón: esa especie de apostasía que causó la disociación entre dogma y moral, quedando ésta sin la luz de los principios sobrenaturales, que deben alumbrar las decisiones últimas de una conciencia cristiana.

Reconozcamos la justicia del reproche, aunque no aprobemos, cerradamente, la pretendida bondad de los remedios que se vienen aplicando al mal.

Junto a la desvitalización de la teología moral, por efecto de la malhadada autonomía que desacertadamente le concedieron los creadores del casuismo moderno, en el cual no es todo digno de vituperio, digámoslo de pasada, vino creciendo otro mal no menos grave, del que según todas las previsiones, tardará mucho en reponerse esta ciencia nuestra, a la que acuden, como a guía o mentor de todos, los propios y los extraños; es decir, no sólo los profesionales, sino muchos que lo son en otros campos: *nos referimos a la carta de naturaleza que han adquirido temas o cuestiones, que han pasado, de contrabando a formar parte del acerbo doctrinal, encerrado en aquellos Cursos, Manuales o Compendios, por los que se nos viene transmitiendo el saber teológico moral de los antepasados.*

No pensamos únicamente en los tan traídos y llevados sistemas morales de la probabilidad que por confesión hoy casi unánime, han sido rémora o tropiezo, que estacionó por muchos años el verdadero progreso científico, desviando la consideración teológica hacia un aspecto secundario de los problemas prácticos, mirándolos casi exclusivamente por el lado de su entronque con el derecho positivo: en su obsequio se ha derrochado mucho ingenio, con el triste resultado de darnos jeroglíficos y juegos de palabras, en vez de conclusiones, que poder luego convertir en vida virtuosa. Pensamos, además, en casos típicos; sin transcendencia unos, agazapados y

amparados bajo la autoridad y el nombre de algunas primeras figuras del saber, que por excepción acaso, proyectaron pequeñas sombras en lugar de pura luz, o con categoría de cuestiones importantes otros, como el de las leyes meramente penales, que trae divididos a teólogos y canonistas, desde hace siglos, al parecer de no pocos, más cada vez, entre los cuales nos contamos, sin un solo motivo objetivo, que justifique satisfactoriamente la existencia y la perduración de una contribución, tan abundante en argumentos en pro y en contra, de un puro ente de razón, que eso es, a nuestro juicio, la famosa teoría.

Esto supuesto, hemos creído que podría servir para enaltecer la figura inmortal de Domingo de Soto, gran teólogo y gran jurista, si demostráramos, con su tratado sobre la ley a la vista, la equilibrada posición del Maestro en el punto transcendental que se refiere a la verdadera concepción y a la distinción perfecta de los dos órdenes, el jurídico y el moral, dentro de los cuales está encuadrada la actividad entera del hombre. Para ello nada más a propósito como seguir el hilo de su diáfano discurso en el comentario, no muy extenso, pero muy profundo, que hace del Angélico en las admirables disquisiciones de la Suma teológica, sobre las leyes humanas; y particularmente sobre la ley penal. De rechazo, contribuiremos tal vez, a quitar la ocasión de mezclar a Santo Tomás en el obscuro negocio de las leyes meramente penales, en el cual no ha tenido parte alguna, aunque no se haya visto libre del explicable deseo de contar con su autoridad para hacer posible el éxito de una causa, que desde un principio pudo preverse perdida en el campo del razonamiento filosófico-jurídico.

Antes de descubrir en toda su verdad, el pensamiento de Soto, sobre la ley penal, debemos explicarnos en cuanto a la afirmación consciente, grave sin duda, que hemos hecho, de la sinrazón y el sinderecho, con que corre válida entre teólogos y canonistas, no entre civilistas precisamente, la teoría de las leyes meramente penales, y en cuanto a la importancia que, al parecer, concedemos al pronunciarse por su pro o por su contra.

Categorícamente, sin concesiones de ninguna clase ni posibles componendas, nos declaramos contrarios a la existencia misma del problema de la ley meramente penal: *no hay problema, sencillamente porque su planteamiento se hace imposible, por ser una mera ficción los datos sobre los cuales habría de asentarse*: esto es, ley verdadera y obligación moral nula, respecto de lo que en ella se manda o se prohíbe. Si hay ley en su sentido estricto, hay obligación moral o de conciencia, y si tal obligación no existe, tampoco es posible darse la ley.

Ante esta posición nuestra rígida y estática, en manifiesta disonancia con la más abierta de una mayoría, muy notable tiempos atrás, y aún hoy día, bastante numerosa, ocurre una fuerte objeción, que en casos parecidos

de soluciones firmes y tajantes, contrarias a otras, pacifistas, sincréticas o simplemente tradicionales, suele hacerse, con el convencimiento y la seguridad de quienes hubieran descubierto en ella el secreto de una victoria cierta. Son incontables, se dirá, y se dice en efecto, los teólogos que no sólo han concedido y siguen concediendo beligerancia a los sostenedores de la teoría, sino que decididamente se han sumado y se vienen sumando en las filas de éstos. Y entonces, una de dos: o habremos de conceder que todos ellos, entre los cuales, algunos al menos, son figuras señeras del saber teológico y jurídico, han fallado en algo grave, o habremos de confesar que somos nosotros los que fallamos, o por no entender el verdadero significado del problema, o porque lo desenfoquamos, al pretender comprobar la falsedad de su solución.

Como no aceptamos la segunda parte del dilema, no por orgullo, sino por honradez profesional: así lo vemos y así lo confesamos, nos tenemos que explicar en cuanto a su primera parte.

¿Es posible que admitamos haberse equivocado tantos genios de la Teología, no haber acertado a ver la ficción de los datos sobre los que asentaban y asientan sus razonamientos, en una cuestión, por otra parte grave, que como tal, habría de solicitar, con particular interés, la atención de los profesionales?

Situemos, ante todo, la cosa en su justo término medio. Admitir que por largo espacio de tiempo haya habido una desviación común, o como una mentalidad deformada, en puntos dados y concretos, respecto a los cuales no es posible admitir, de una parte, la evidencia, y de otra, es clara la existencia de circunstancias especiales, que han podido favorecer la desviación, es sencillamente confesar una realidad, de que la historia nos proporciona abundantes ejemplos en todos los campos del saber, sin que ello suponga una minusvaloración del talento y de la autoridad científica de cuantos hubieron de rendir tributo a lo puramente circunstancial, ni, por el contrario, una supervaloración de quienes, a favor de circunstancias diversas a que condujo la evolución natural de las cosas y de las personas, han podido caer en la cuenta del error, o del desenfoque fundamental de la cuestión. La educación, el medio ambiente, los métodos tradicionales, crean muchas veces formas mentales que, en cierto sentido, prejuzgan con fuerza irresistible, los términos de muchos problemas científicos o sus soluciones. Advertir lo que pueda haber de equivocado, o de menos acertado, en aquellos planteamientos o en estas soluciones comúnmente recibidas, no es, muchas veces, mérito de quien da la voz de alerta, sino suerte o pura causalidad.

Vistas las cosas a esta luz, no puede parecer ya presunción la afirmación categórica, de que nos hacemos solidarios, y a la que nos venimos re-

firiendo: *ley que no obliga moralmente o en conciencia a lo que manda o prohíbe, no es ley*. Por consiguiente, la ley meramente penal, que, por hipótesis, no obligaría al acto mandado o prohibido no es ley; y si no es ley, no hay tal ley meramente penal.

La observación que acabamos de hacer tiene tanto más valor, cuanto que en nuestro caso, no ha sido nunca unánime, en los teólogos o en los canonistas, la aceptación de la cuestión misma, mucho menos la solución afirmativa. Y aún puede asegurarse que el gran público no nos comprende, en este punto, y se escandaliza de que contribuyamos a la inmoralidad y al desconcierto en las relaciones sociales, con base firme en la justicia legal, distributiva o conmutativa, en nombre de la ley natural o de unos principios que vendemos por evangélicos y cristianos.

Y pasamos a la segunda parte del dilema: *al de la grande importancia que atribuimos al pronunciarse por el pro o por el contra de la teoría*.

Es curioso observar como de hechos de transcendencia originariamente limitada, brotan a veces problemas de alcance universal, no previstos ciertamente, ni previsibles por el autor o autores de los mismos. Que por voluntad positiva de los fundadores de algunas Ordenes religiosas, en último término de la Iglesia, las Reglas o Constituciones de los religiosos no obliguen a pecado, sino sólo a pena, como dicen, con poca lógica por cierto, es algo importante desde luego pero sólo con relación a aquellos para quienes dichas Reglas son norma o pauta a que ajustar la obligación primordial de tender a la perfección. Partir de ahí, como de principio cierto e inconcuso, para llegar a negar la obligación en conciencia de leyes universales, sobre las que se asienta el orden jurídico de la humana sociedad, es algo que pudo suceder y sucedió por la conjunción de muchas causas accidentales que, como tales, ni fueron intentadas, ni pudieron ser previstas. Por de pronto, hubo que dar por cierto que tales Reglas tienen valor de verdaderas leyes; y además, que en los autores de estas otras leyes universales, leyes en sentido estricto, se da la misma voluntad positiva de no obligar en conciencia, que en los autores de las Reglas de los religiosos. Y ni lo uno, ni lo otro, se ha podido nunca demostrar.

Hoy son muchos, de nuestro campo y del de la jurisprudencia civil, los que se duelen de las últimas consecuencias a que paulatinamente ha conducido aquel primer paso, que prácticamente ha producido un como seísmo del orden jurídico, con peligro de tragarse amplias zonas del mismo orden moral: nos referimos al dar por evidente que tales Reglas son leyes, con toda propiedad, y que, de igual manera, que sus autores dicen expresamente no querer obligar a culpa, el legislador civil no quiere comprometer la conciencia de sus súbditos en muchas o en algunas de sus leyes.

Esto no es pintar como querer, ni es hacer literatura: es, ni más ni

menos, constatar una verdad de que dan fe, por la fuerza irresistible de la lógica, cuantos se han pronunciado y siguen pronunciándose a favor de la existencia de esas leyes que llaman meramente penales. Veámoslo.

El legislador civil puede obligar en conciencia al cumplimiento de sus leyes. Es ésta una verdad católica, que vale, aún dando por seguro que pueda ser tal quien no admita la existencia misma de una obligación ante Dios, y de que, en general, prescinde de ella, en razón del fin inmediato temporal de la sociedad. Hasta aquí el acuerdo es absoluto entre teólogos y juristas. Sin embargo, se añade, muchas de sus leyes no obligan, por falta de voluntad, ya que en definitiva la obligación depende de la voluntad del legislador. Para unos, estas leyes, humanas y civiles, que no obligan en conciencia, son las que conminan penas, que se añaden al precepto o a la prohibición, o simplemente, sin la formulación precisa de un mandato o de una inhibición. Otros, alargando el concepto de pena, y transformando el sentido tradicional y teológico de obligación, concluyen que la mayor parte de las leyes civiles, o que todas ellas, cuando no son la traducción al lenguaje de lo concreto de preceptos naturales o positivo-divinos carecen de fuerza de obligar a culpa: es decir, que ni obligan al acto, ni obligan a la pena. Para probar la falta de voluntad de obligar en el legislador, no todos siguen igual camino. Y así, unos la suponen incluida en la conminación de la pena; otros, la deducen de la enorme multitud de leyes, que exigirían, de obligar en conciencia, una carga que para el hombre medio o normal, resultaría exorbitante¹.

Esto supuesto, digásenos sobre qué bases racionales o humanas puede asentarse la relación jurídica entre el gobernante y el gobernado, cuando ella supone, por necesidad, otra relación moral, de obediencia o sumisión, que sólo es posible darse cuando hay autoridad para mandar, y voluntad para hacer eficaz el mandato, necesario por justo y racional. El deber de obedecer, grava la conciencia ante Dios: pero supone la potestad de man-

1. Véase, por ejemplo, el parecer de Rodrigo acerca de este punto concreto: «Praesumptio obligationis in foro externo tantum inductae per leges civiles hodiernas videtur recte statui posse, aequa tamen moderatione atque restricta generalitate, pro illis nationibus ubi legislatores cedentes modernae aestimationi communi inter auctores iuris civilis et politici, praescindere praesumantur in sua intentione et animo ab obligatione conscientiae, aut etiam ubi quidquid fuerit de hoc animo certo vel dubio, communis item populi sani atque honesti persuasio in huiusmodi aestimationem circa legum civilium obligationem inclinet sine scrupulo». *Tract. de legibus*, n. 246.

«Hodie, ex probabili opinione, dice por su cuenta Vermeersch, eae solae leges civiles conscientiam immediate obligant quae, ob boni communis necessitatem, talem vim habere debent. Id frequentius contingit in legibus quae de iuribus decernunt quam quae directe quidpiam praecipunt aut vetant sub poena». *Theologiae Moralis principia...*, t. I, n. 175.

"Pauci praesumunt non sine aliqua verisimilitudine, escribe Zalba, fere omnes leges hodiernas esse poenales, cum... legislatores cogitent de obligandis subditis mediis psychologicis et coactivis et ordinem iuridicum velint a morali separatum, Cui legislatorum menti cohaereat persuasio maioris partis subditorum". *Theologiae Moralis Summa*², t. I, n. 590.

dar. Pues entonces, allí en donde la obediencia no sea un deber, el mandar no es derecho que arranque de una potestad legítima. ¿Y podrá afirmarse que el legislador civil carece de potestad, que le confiere el derecho de mandar, respecto a todas esas leyes que se dice no obligar en conciencia?

Ante el desorden real a que forzosamente conducen las conclusiones que se adivinan, como término de las afirmaciones que acabamos de indicar, y ante la impotencia a que reducen a los gobernantes, cuya potestad recibida de Dios, sólo puede hacerse efectiva por el temor al castigo, hoy se nota una clara tendencia a exceptuar de la amplitud de esas conclusiones determinadas leyes que, aunque humanas y temporales, son particularmente necesarias para el sustentamiento del bien común de la sociedad, sean ellas penales, en su propio sentido, o no lo sean. Sin embargo, respecto de éstas no es más explícita la voluntad de obligar de los legisladores, que respecto de las demás. Pero entonces, si la última razón de mantener la ficción de la ley meramente penal, está en la falta de voluntad de obligar en el legislador, ¿en dónde puede encontrarse la razón de la excepción? O si la excepción se hace necesaria, en nombre del poder que de Dios ha recibido el gobernante, en vistas a la salvaguarda del bien común, ¿por qué no se aplica, no ya como excepción, sino como principio cierto, a todas las leyes verdaderas, que sean justas puesto que en todas ellas entra como esencial la defensa del bien común?

La lógica, como se ve, exige o negar el hecho de la obligación en conciencia de toda ley civil, o admitir la obligación de todas ellas. Negar que, *de hecho*, obliguen en conciencia aquellas leyes civiles que no sean una mera aplicación de preceptos superiores, naturales o divinos, llevaría fatalmente a la negación de la posibilidad de obligar, lo cual sería oponerse abiertamente a una verdad católica, con base firme en la Escritura y en la Tradición.

Y, en efecto, ¿por qué no obligarían *de hecho*, si al legislador no le falta potestad para imponer obligación de conciencia? Pues seguramente, porque la voluntad de obligar sería innecesaria, peligrosa o inconveniente. Pero lo innecesario, lo peligroso o lo inconveniente, no es conforme a razón, ni puede ser exigencia de la naturaleza. Y es que vacilando la verdad de la posibilidad, en los gobernantes civiles, de obligar en conciencia con sus leyes, vacila la misma autoridad social, sin la cual se hace imposible la convivencia o el imperio de la justicia, con todo lo que esta virtud entraña de derechos y de deberes, substanciales o subsidiarios, de cuya recta conjugación depende la paz y buena armonía, indispensables para la puesta en práctica de los medios que llevan al conseguimiento del fin último de la vida.

En el terreno práctico o moral, conduce la teoría a la disociación real

entre los intereses de la comunidad, que la ley pretende amparar, y el egoísmo individualista que se desentiende del bien común. Este es un mal grave, nada hipotético, que se ha podido, y se puede constatar muy fácilmente: que los ciudadanos busquen procedimientos fraudulentos para rehuir el cumplimiento de las leyes civiles, de aquellas sobre todo que suponen cargas en lo económico, no es de seguro un bien, pero ni siquiera un mal leve. Y la inmoralidad o serie de inmoralidades a que ese hecho, bien probado, da lugar, es ciertamente una calamidad social, que se demuestra ser de una gravedad proporcionada a la posición de los teólogos, en lo que a la teoría de la ley meramente penal se refiere: una conciencia bien formada en cuanto al cumplimiento de los deberes ciudadanos y sociales no es efecto, precisamente, de la carencia de todo respeto para la ley civil, que la famosa teoría engendra. Esto es claro ².

Y es claro también, que el gobernante, católico o protestante, cristiano o pagano, naturalmente honesto, nunca podrá aceptar las desastrosas consecuencias a que ella lleva, ni dará por bueno, o por conforme a una rectitud puramente natural, el único medio, que ciertos teólogos le dejan, de hacer eficaz su voluntad de servir al bien de todos: el del miedo al castigo: el hombre, en efecto, con conciencia de su dignidad, concede un gran valor a la palabra que él da y a la que otros le dan, sin esperar, para cumplirla o para que en su favor se cumpla, la sanción o la fuerza.

Por fin, puestos a distinguir leyes preceptivas o prohibitivas de las leyes meramente penales, ni los mismos teólogos están libres de atribuir carácter de punitivas o de puramente tales, a leyes que ciertamente son prohibitivas en su sentido más estricto: hay hechos que garantizan lo seguro de esta afirmación ³.

Ante las consideraciones que preceden, nadie, creemos, podrá poner en

2. Por eso precisamente es de ningún valor el argumento que se quiere sacar de la estimación común de los fieles, o del vulgo, a favor de la teoría. ¿Es algo, en efecto, que nace de la misma conciencia del pueblo, o más bien es producto añadido de las enseñanzas de los teólogos? Si hemos de atender a la estimación del ciudadano honesto, parece seguro haber de concluir esto segundo. No hay más persuasión acerca de la no obligación en conciencia de las leyes civiles, que la que han podido crear los teólogos penalistas.

3. Por de pronto, hemos visto en el pasaje citado de Zalba, que para algunos, son penales *casi todas las leyes modernas*. Pues bien, a veces se da por pena lo que, en realidad, no lo es, sino la justa compensación de un servicio, o la contribución que se exige por algún motivo razonable especial; como por ejemplo, para defender los productos nacionales se carga con algún impuesto la entrada de iguales productos extranjeros. ¿En dónde está ahí la razón de pena y en dónde, por lo tanto, el fundamento para atribuir el carácter de penal a la ley o a la disposición que regula o que prohíbe dicha entrada.

Se advierte, además, en este confusionismo el peligroso alargamiento del concepto de ley penal, con el único fin, al parecer, de quitar fuerza de obligar en conciencia a las actuaciones de las autoridades civiles, aunque, en la teoría, se admita la posibilidad de obligar.

duda la importancia teórica y práctica del tema, en que nos hemos fijado para estudiarle en el gran Maestro, Domingo Soto.

Vamos, pues, a entrar ya en el estudio directo de nuestro teólogo. Su pensamiento sobre el particular está perfectamente claro, expuesto de manera precisa y contundente, en el famoso tratado sobre la justicia y el derecho. A él nos tendremos que referir, casi exclusivamente, para concluir de su examen las siguientes proposiciones: 1) La obligación moral es efecto de toda ley humana. 2) La obligación *ad culpam*, se sigue de la ley penal. 3) La pena impone obligación en conciencia.

Quien admita, en su sentido obvio, estas tres proposiciones, deja sin razón de ser la ley meramente penal.

I.—OBLIGACION MORAL DE TODA LEY HUMANA ⁴

Parece inútil advertir que Soto, en el tratado sobre la ley, sigue puntualmente a Santo Tomás y a Aristóteles. Como ellos admite la necesidad de leyes humanas, que determinen y concreten, con el ejercicio de la facultad discursiva puesta al servicio del bien común, cuanto en la ley natural queda indeterminado e indefinido, pero con referencias a lo social que relaciona a los hombres entre sí. Por ello, toda ley humana procede de la ley eterna, a través de la ley natural, o de la positivo-divina, si se trata de leyes que afectan a la sociedad sobrenatural que es la Iglesia fundada por Cristo. Y por eso también, toda la razón de su necesidad y de su justicia se encuentra en su entronque con la Razón divina, que dirige los actos todos y las mociones de las criaturas ⁵.

La obligación, en conciencia de la ley humana se funda precisamente en esa inclusión de ella en la ley superior y divina, cuya fuerza de urgir en el fuero interno, o de Dios, arranca de la soberana autoridad y dominio que tiene sobre la creación entera el Supremo Hacedor. De esta autoridad participan los legisladores humanos, y como en nombre de Dios y con potestad recibida de El, la ejercen sobre sus súbditos. La realidad o existencia, en los rectores de las humanas sociedades, de este poder participado del poder universal de Dios, no sólo pertenece al patrimonio de la teología católica, sino que es conclusión a donde llega la filosofía natural;

4. Intencionadamente nos referimos a la ley humana o a toda ley *humana*, incluyendo la ley eclesiástica y la ley civil, puesto que el razonamiento fundamental que tomamos de Soto, sirve, en efecto, no sólo para la ley eclesiástica, sino, además, para la civil. Es, por otra parte, huelga decirlo, de sumo interés para el fin que se pretende de la existencia o no existencia de la ley meramente penal, hacer ver esta identidad de origen entre la una y la otra ley, en cuanto ambas son obra del hombre dotado de autoridad recibida de Dios.

5. *S. Th.*, 1-2, q. 95 a. 2.

si bien, recibida ya la distinción entre sociedad eclesiástica y civil, no sea idéntica la manera con que, en una y en otra, emerge de la multitud, la persona por Dios para representarle ante los hombres, agrupados en sociedades particulares diversas. Por ser esta verdad conclusión de razón, es evidente que reside en la sociedad civil, única que pudo conocer la filosofía antigua, no menos que en la eclesiástica o espiritual, la cual encarna, después de la Redención, un poder totalmente distinto e independiente del que se asienta en aquella ⁶.

Sin embargo, para Soto, como, en general, para los teólogos, el principio innegable de la obligación en conciencia de la ley humana no es tan firme aplicado a la civil como entendido de la eclesiástica; puesto que «hay que confesar como de fe católica, dice, que las santas leyes eclesiásticas obligan en el fuero de la conciencia, de suyo, bajo reato de culpa grave», y en cambio negar esa obligación respecto de la ley civil no sería herejía manifiesta, aunque sí temeridad contraria al consentimiento unánime de los doctores de mayor renombre ⁷.

Esto supuesto, ceñimos ya nuestras consideraciones al caso de las leyes civiles, respecto de las cuales únicamente tiene cabida la teoría de la ley meramente penal, que sería, o es en la mente de sus patrocinadores, exención del principio general de la obligación moral de toda ley humana.

Un primer argumento que evidencia la verdad de la inclusión de la ley civil en el principio que acabamos de indicar, lo encuentra Soto en que la potestad de gobernarse a sí misma, y por consiguiente de dar leyes, a tenor de las conveniencias de tiempos y lugares, no es menos necesaria en la sociedad civil que en la eclesiástica. Y así, concluye, porque la sociedad civil es también como casa o familia de Dios, sucede que así como es reo, ante el tribunal divino, quien ofende al prójimo contra las leyes de Dios, y digno de premio, quien, según ellas, le procura el bien; no de otra suerte es merecedor de castigo o digno de premio el que viola o, por el contrario, observa las leyes humanas, instituidas con el poder que de El toma su origen ⁸.

Además, añade confirmando el anterior razonamiento, «obrar contra la ley del Príncipe es un mal moral. Luego es pecado..., porque si la ley es

6. *De iustitia et iure*, l. 1, q. 6, art. 4.

7. «Tanquam fides catholica confitendum est ecclesiasticas sanctasque leges obligare in foro conscientiae genere suo sub reatu mortalis maculae». Ib.

«At vero de potestate civili non est tanto robore conclusio firma, quin sunt in contrarium argumenta nonnulla». Ib.

«Colligamus ergo quod licet non sit manifestaria haeresis hanc auctoritatem et vigorem civilibus legibus veluti ecclesiasticis denegare: esset tamen profecto temerarium et contra doctorum consensum, qui praecipuum habent nomen». Ib.

8. «Itaque quia respublica civilis, familia quoque Dei est, fit ut sicuti qui contra suas leges proximum offenderit, ante eius tribunal reus habeatur: qui vero secundum easdem fuerit erga eosdem proximos beneficis, dignus habeatur premio: sic prorsus et qui leges humanas per potestatem ab ipso collatam conditas, vel violaverit vel custodierit». Ib.

justa, es norma de la razón. Ahora bien, salirse de la norma o regla de la razón es desviarse o pecar, puesto que pecado no es otra cosa que el mal moral»⁹.

Al principio de toda la cuestión había excluido de la universalidad del principio las leyes no justas, entendiendo que la justicia de toda ley hay que juzgarla en atención a sus causas: final, eficiente, material y formal.

Por injusta no tiene carácter de ley, ni, por lo tanto, puede urgir en el fuero de la conciencia, aquella ordenación que se diera contra las exigencias del bien común; o que excediera evidentemente la potestad del legislador, o que contuviera la prohibición absoluta de lo bueno y un precepto positivo de algo intrínsecamente malo, o finalmente, que se apartara de la rectitud o equidad de la justicia conmutativa o distributiva¹⁰.

Quizás por no atender a este lado interesante que afecta a toda verdadera ley, algunos teólogos se han dejado impresionar, demasiado pronto o demasiado fácilmente, por las razones especiosas que abogan en favor de la teoría de la ley meramente penal: *de la injusticia en la aplicación de algunas leyes, se ha concluido la injusticia de la misma ley: de muchas de las leyes civiles o de casi todas ellas*. Si la ley es ciertamente injusta, por alguno de los motivos indicados, no puede causar obligación a culpa, fuera de cuando, por conculcar derechos o bienes exclusivamente humanos, del incumplimiento de ella hubieran de seguirse escándalo, o algún mal temporal de mayor consideración que el mal que irroga la injusticia de la ley¹¹. En cualquier hipótesis, no arguye necesaria injusticia en la ley civil, su multiplicidad y la consiguiente dificultad de poder ser suficientemente conocidas, por los súbditos, todas ellas¹².

Otro argumento aduce Soto en pro de la obligación moral de la ley civil.

El Príncipe temporal, dice, tiene como fin inmediato o próximo, de su gobierno procurar la paz o felicidad terrena de sus subordinados; pero el fin último o remoto es facilitar el conseguimiento de la bienaventuranza eterna, sirviéndose, como de medio, del bien común de aquí abajo. Esto su-

9. «*Facere contra legem Principis est malum morale. Ergo peccatum ante Deum. Antecedens est notum; quoniam si lex iusta est, regula rationis existit. Praetergredi autem rationis lineam, obliquitas est, ac subinde peccatum. Consequentia nihilominus inde claret, quod quidquid mali in moribus est, peccatum existit*». Ib.

10. Ib. *Prima conclusio*. «*Igitur quae lex his fuerit numeris absoluta, obligatoria erit*» S. Th., 1-2 q. 96 a. 4.

11. Ib. *Secunda conclusio*.

12. «*Adde, escribe Vermeersch, tan multa esse hodie statuta civilia, ut si omnibus vel plurimis ex istis statutis in conscientia esset obediendum, onus intolerabile sequeretur*». *Ob. cit.*, n. 174. Pero, ¿es que cuestión tan importante como la obligación en conciencia de las leyes civiles puede depender del número de ellas, de que sean pocas o de que sean muchas? O ¿es que se supone *a priori* que sólo pueden ser justas las leyes civiles cuando son cortas en número? Pero entonces ¿hasta cuántas podrán ser promulgadas con fuerza de obligar, sin excederse en lo justo?.

pone el poder recibido de Dios de obligar en conciencia con sus leyes, porque sólo así puede resultar medio eficaz para el logro del fin último indicado, el propuesto por el precepto o la prohibición a que la ley civil se reduce ¹³.

Ocurre, sin embargo, una dificultad, a propósito para ofuscar, o para atenuar, al menos, la fuerza probatoria de las razones alegadas.

La obligación en conciencia, se dice, de las leyes civiles o depende de la voluntad del legislador, o nace de la misma naturaleza de la ley, independientemente de la voluntad del autor de ella. Si lo primero, la ley civil ciertamente no obliga a culpa, porque ninguna contiene la expresión explícita de la voluntad de obligar en conciencia. Si lo segundo, se seguiría que toda ley civil necesariamente causaría dicha obligación, como se ha pretendido demostrar contra el hecho cierto de leyes humanas que no obligan, como son las Constituciones de los religiosos ¹⁴.

Para el fin que perseguimos de concretar la mente de Soto sobre la obligación de la ley civil, y la posibilidad o imposibilidad de leyes meramente penales, es importante atender al modo como deshace la objeción, que acabamos de referir tomada de él mismo.

Parece claro, y Soto lo da a entender, que la voluntad del legislador no puede ser ajena a la obligación en conciencia de sus leyes; puesto que la ley humana civil, aunque derivada de la natural, como determinación suya, es efecto total de la voluntad razonable del legislador: *ordinatio rationis ab eo qui curam communitatis habet*. La potestad de mandar viene de Dios, y la fuerza de obligar de la ley civil deriva de la ley eterna, pero con dependencia de la voluntad de su causante inmediato, el legislador, que no es instrumento muerto, sino causa racional que aplica a circunstancias dadas, o a casos concretos, la ley natural, abstracta e imprecisa ¹⁵. Con

13. «Ac demum postremum adhibetur argumentum peculiariter de lege civili. Principis finis, licet proximus sit, quietus status reipublicae, supremus tamen est sempiterna felicitas ad quam ille temporalis finis tendit. Ergo potest suis legibus per virtutem sibi coelestis donatam in illo supremo foro obligare». Ib.

14. «Postremo arguitur ut articulus nervusque materiae detegatur. Aut obligatio ad culpam est in arbitrio principis ferentis legem, aut praeter suam voluntatem sequitur ex natura legis. Si prius dederis, fit ut nunquam lex civilis obliget sub reatu culpae: quia nulla est lex quae talem circumstantiam exprimat. Si autem posterius concesseris, sc. ut obligatio sequatur ex natura legis, consequitur ut Princeps nullam possit condere legem, quae non obliget sub reatu culpae, quod tamen creditu durum est, quandoquidem in religionibus, praecipue in nostra multae sunt leges nullo nos ligantes culpa reatu». Ib.

15. Se dice a veces que la fuerza obligatoria de las leyes positivas se funda en la razón natural, y que los súbditos de estas leyes están obligados por la ley natural a someterse a aquellas leyes humanas que se conformen con la razón natural. «Si donc la matière de la loi positive escribe Lottin, dérive immédiatement de la volonté positive du législateur, sa force obligatoire se fonde sur la raison naturelle, c'est-à-dire sur l'ordre naturel des choses. Il importe peu que le législateur n'ait cure de l'ordre moral; si de fait il veut imposer sa volonté à ses sujets, ceux-ci sont tenus de par la loi naturelle de se soumettre à celles de ses lois qui sont conformes à la raison naturelle». *Morale Fondamentale*, p. 135.

todo, en cuanto a la expresión de esta voluntad de urgir la ley bajo reato de culpa moral, media gran diferencia entre la ley civil y la ley eclesiástica, suficientemente explicada por el fin inmediato, distinto, a que se ordena cada una de ellas.

El fin de la ley eclesiástica es espiritual: la santificación en el tiempo, como causa de la glorificación en la eternidad. Por donde es necesario que el legislador eclesiástico mande o prohíba, constituyendo en una especie determinada de virtud o de vicio, aquello que es objeto del mandato o de la prohibición: igual, en esto, que el legislador civil y, en general, que todo aquel que goza de autoridad para mandar o para prohibir; pero, además, necesita discernir entre lo venial y lo mortal, o sea, señalar la relación que lo mandado o lo prohibido guarda con la consecución del fin sobrenatural, presumiendo culpa grave y voluntad de inducirla, cuando la insignificancia relativa de la transgresión, o el deseo expreso del legislador, no arguya pecado únicamente leve.

En cambio, los príncipes seculares no pueden definir, porque no es competencia suya, si es grave o leve el pecado que habrá de seguirse de la infracción de sus leyes. Por la potestad de que están investidos, lo que mandan o prohíben queda constituido en una determinada especie de virtud o de vicio, cuya relación al fin último sobrenatural dependerá ya de la naturaleza de la cosa y del carácter de la transgresión, como acto subjetivo del delincuente; pues sería invadir el fuero de la conciencia, en el cual no gozan de autoridad alguna, si se extralimitaran a definir lo grave o leve de las desobediencias de sus súbditos ¹⁶.

Es decir, que el legislador civil, que sólo atiende, directa e inmediatamente, a procurar el bienestar temporal de su pueblo, no tiene por qué preocuparse, de manera determinada o explícita, de la obligación bajo pecado que de sus disposiciones habrá de seguirse, en cuanto por necesidad

Esto no puede significar que la ley positiva humana no tenga fuerza de obligar *por sí misma*; sino únicamente que es la misma ley natural la que dicta la necesidad moral de someterse a la voluntad del legislador humano. Y el hacer depender la obligación de la ley *inmediatamente* de la voluntad del legislador, deja intacta la otra cuestión de si la ley es *formalmente* acto del entendimiento o acto de la voluntad, requiriéndose, como se requiere, según todos, para distinguir la ordenación preceptiva del mero consejo, aquel acto voluntario del superior, por el cual quede comprometida y condicionada, o por el contrario, totalmente libre, la voluntad del súbdito.

Por otra parte, hacer derivar inmediatamente de la ley natural la obligación de cualquier ley positiva, sería caer en la sentencia de Gersón: «*quae quidem opinio, dice Soto, ibid., non tantum nomine (ut quidam putant) a communi differt, sed re certe latissime*».

16. «*Dicamus exempli gratia: praecipit rex tempore famis frumentum non asportari a regno, aut tempore instantis belli arma indui. Constituit ergo illa opera in specie obedientiae, et secundum speciatim in virtute fortitudinis. Et quia magni referunt, mortale est tunc non obtemperare. Praecipit autem aut non equitare mulas, aut sericis non indui, quod inde incipit esse temperantiae virtus: aut non ferre arma, quod iam inde est virtus pacis: si parvi referunt, erit inobedientia non gravior quam venialis*». Ibid.

de la recta ordenación de la sociedad, son ellas el objeto de una verdadera virtud: la obediencia. Sin embargo, la potestad meramente temporal de que goza no excluye, que su voluntad de hacer efectiva o eficaz la disposición en que se concreta la ley, se convierta en voluntad de obligar en conciencia, supuesto que aquélla condiciona ya la libertad moral del súbdito, encauzándola en el sentido que señala la palabra y la mente de su superior.

Volviendo, pues, a la objeción, habremos de decir, ateniéndonos al pensamiento de Soto, que vamos estudiando: la obligación en conciencia de la ley civil, o en general, de la ley humana, depende de la voluntad del legislador, en cuanto de ésta depende la intimación de lo que es objeto del mandato o de la prohibición, que sólo puede ser eficaz por la obligación dicha. Quien quiere esta intimación eficaz quiere implícitamente el único medio para conseguirlo: la obligación en conciencia de hacer lo que se manda o dejar de hacer lo que se prohíbe. *Medio único*, se entiende, atendida la naturaleza del hombre, el cual se mueve hacia el logro de su fin, por la razón y por la voluntad; o espontáneamente, obedeciendo los dictámenes de la ley natural y de la ley divino-positiva, o impulsado por la ilustración y la persuasión de quienes tienen autoridad para convertir el dictamen natural o divino en regla última de conducta, atemperada a las circunstancias del acto concreto. Cualquier otro medio, como el castigo o el miedo de incurrir en él, puede servir de ayuda o garantía de aquél; pero nunca podrá suplirle o suplantarle sin detrimento de la dignidad de criatura racional.

Luego, como las cosas son lo que son, y no es libre el hombre para cambiar la naturaleza de ellas, no depende del arbitrio o capricho del legislador ser la ley cosa distinta de lo que es o convirtiéndola en ordenación racional no eficaz, o procurando su eficacia por otro medio que no sea el ya indicado. Depende, sin embargo, de su voluntad intimar la ley y, a través de la intimación, urgir la conciencia de sus subordinados.

Y nos enfrentamos ya con el otro inconveniente, de la contradicción entre el principio y los hechos: por una parte, concluimos la necesidad de que toda ley humana, no excluida la civil, obligue en conciencia a lo que manda o prohíbe; pero, por otra, tropezamos con el hecho de leyes humanas —las Constituciones de los religiosos— que no obligan en conciencia.

Soto parece rendirse a la dificultad, que resuelve, o mejor, soslaya, suavizando lo categórico del principio. «Toda ley, escribe, que se da absolutamente, es decir, *que no dice cosa en contrario*, obliga a culpa; venial o mortal, según la naturaleza de la cosa». Supone, de consiguiente, poderse dar verdaderas leyes humanas, que no obliguen en conciencia, si el legislador excluye esta obligación. «De donde se sigue, continúa, que los

principes seculares o eclesiásticos que quisieren dar alguna ley que no obligue a culpa, deben indicarlo expresamente... Ejemplo de esto son nuestras Constituciones, en cuyo principio se lee: nuestra Regla y las Constituciones no nos obligan bajo pecado, sino sólo a pena, como no sea por razón de precepto o de desprecio»¹⁷.

¿Admitió Soto que fueran verdaderas leyes la Regla y las Constituciones de su Orden?

Antes de responder a esta pregunta, demos por cierto que la respuesta afirmativa, si fuera obligada, no prejuzgaría la teoría de la ley meramente penal, en cuanto *al hecho* de su existencia en la legislación civil, sino, a lo más, *en cuanto a su posibilidad*. Es decir que si Soto tiene por cierto ser leyes, en sentido estricto, la Regla y Constituciones de su Orden y, en general, las de los religiosos. en que se encuentra la misma cláusula, tocante a la no obligación en conciencia, no por eso admite que se den, *de hecho*, leyes civiles que no obliguen al acto, sino sólo a la pena. Repetimos que admitiría la posibilidad de darse, *cuando más*; porque ni esto mismo se seguiría en rigor lógico. En efecto, siendo tan concreta y exclusiva la excepción, y arguyendo la necesidad de obligar en conciencia los razonamientos que aduce, aplicados de modo especial a la ley civil, lo lógico rigurosamente será concluir que Soto admite que hay leyes *humanas* que de hecho no obligan a culpa, y que, por lo tanto, de entre las *leyes humanas*, algunas pueden no obligar en conciencia, dadas sus especiales características.

Esto supuesto, decimos que a pesar de parecer imponerse la respuesta afirmativa, como lógica consecuencia de los pasajes que acabamos de citar, tenemos por ciertas dos cosas en el pensamiento del Maestro, tal y como se manifiesta en su tratado sobre la ley: *primera*, que para él, toda ley humana, que sea justa, obliga en conciencia; *segunda*, que las Reglas y Constituciones de los religiosos, en las que expresamente se excluye la obligación, bajo pecado, a lo que se manda o prohíbe, no tienen carácter de verdaderas leyes. Y así, concluimos que, cuando en la proposición antes citada, habla de *ley que se da absolutamente* toma la palabra *ley* en un sentido lato o impropio, por *ordenación humana* que proceda legítimamente de quien tiene autoridad para mandar. En efecto, toda ley humana se da o impone absolutamente, que es decir no expresarse nunca en ella

17. «Quocirca fidissima regula est: omnis lex quae absolute fertur, hoc est quae contrarium non explicat, obligat ad culpam, vel venialem vel mortalem secundum premium operis... Quo fit ut quicumque legem ferre voluerit... quae non obliget ad culpam, illud debent explanare... Documento sunt constitutiones nostrae, in quarum capite sic habetur: Regula nostra et constitutiones non obligant nos ad culpam sed ad poenam, nisi propter praeceptum vel contemptum». Ibid.

la voluntad de no obligar en conciencia: lo cual vale principalmente para la ley civil, cuyo autor, según vimos en el mismo Soto, prescinde de la obligación bajo pecado, lo mismo si teóricamente no la admite, como si la admite.

Que para nuestro Maestro sea cierto que toda ley humana, incluida la civil, obligue bajo pecado, siendo justa, se concluye evidentemente de los argumentos que arriba expusimos, y de cuanto escribe en la cuestión segunda, art. 1.^o, acerca del efecto de la ley, que es hacer a los hombres buenos, mandando o prohibiendo: lo cual afirma con Santo Tomás, no sólo de la ley eclesiástica, cuyo fin es espiritual, sino además, y expresamente de la ley civil ¹⁸.

«El fin de la ley, comenta, es el conseguimiento del bien común, que se confunde con la felicidad o la bienaventuranza participada en el tiempo; su efecto propio es la probidad u honestidad, por la cual se encamina el hombre hacia su fin; el acto, a que llama virtud o fuerza de la ley es mandar o prohibir; su potestad o eficacia está en el obligar y en el cohibir». De donde se sigue que el consejo no tiene razón de ley, por carecer del poder de cohibir ¹⁹. A continuación aplica expresamente todo esto a la ley civil; porque los filósofos, dice, cuando afirman que la intención del legislador es hacer a los hombres buenos y honrados, no pensaban en la institución eclesiástica, sino que apuntaban únicamente a los reyes terrenos. Ahora bien, es preciso recordar que sólo la virtud moral, que lo es en sentido pleno, hace buenos a los hombres, y por eso, toda ley civil, cualquiera que sea su objeto, debe mirar al bien del alma, que acaba en la felicidad suprema, imponiendo actos de dicha virtud. No se diferencia, pues, en esto la potestad secular de la espiritual ²⁰.

Luego, si es propio efecto de toda ley hacer a los hombres buenos y llevarlos a la última bienaventuranza por el camino de la virtud moral, lo que consigue por el mandato o la prohibición, que van necesariamente acompañados de la obligación, se sigue lógicamente que no se puede dar

18. *S. Th.*, 1-2, q. 92.

19. *Q. 2*, art. 1: «Consulere, dice mas abajo, art. 2, *ad secundum*, cum vim non habeat coercivam, non habet rationem legis: et ideo non est proprium principis munus, sed cuique privatae personae competere potest».

20. «Existit enim contra apparens argumentum, quod hoc differat inter ecclesiasticos antistites et saeculares principes, quod illi spiritualibus attendentes, curam gerere debeant animarum: isti vero tantum pacis quieti pacatique status reipublicae. Sic namque vulgus arbitrari forte poterit... His tamen nihil obstantibus procul dubio auscultanda est conclusio universaliter: philosophi enim affirmantes scopum legislatoris esse civium probitatem atque honestatem morum, nihil de ecclesiastica institutione cogitabant, sed de regibus id asserebant... Haud ergo hac parte saecularis potestas ab spirituali differt, sed hoc tantum, quod cum ambae eundem suis legibus debeant scopum supernae salutis praefigere, spiritualis supereminet saeculari: nempe, ut sacrorum leges instituat, et si saecularis princeps leges a vera felicitate deflexerit, eos emendet et corrigat, principesque ipsos cohibeat». *Q. 2*, art. 1.

ley verdadera, que no engendre obligación en conciencia o a culpa, que es la única a que se refieren filósofos, juristas y teólogos, cuando hablan de obligación, como efecto necesario de la ley, por el que se distingue del mero consejo.

Lo dicho nos fuerza a concluir que, si para Soto, toda ley manda o prohíbe algo eficazmente, o sea con obligación de conciencia, las Reglas y Constituciones de los Religiosos o similares, en las que expresamente se excluye la transgresión como pecado, no tienen carácter de verdaderas leyes. O si se prefiere, son leyes, sólo impropriadamente o en sentido lato.

No se puede sostener que la precedente conclusión esté fuera de la intención clara del Maestro, si se impone en virtud de sus razonamientos muy precisos y contundentes.

En efecto, en el lugar citado, cuestión segunda, art. 1.º, extiende la argumentación, que sigue el hilo de la del Angélico, a toda ley, aún a la *metafórica*. Por ley, únicamente metafórica, entiende de seguro, *las ordenaciones legítimas de cualquier superior, con autoridad para mandar*. Esto supuesto, y dando ya un alcance más general al principio de que *toda ley que se da o impone absolutamente obliga en conciencia*, interpretándole, conforme a la mente de Soto, de ley estricta o metafórica, las Constituciones, como procedentes de superiores provistos debidamente de poder para mandar, *de suyo*, habrían de inducir la misma obligación que causa la ley rigurosamente tal, y por idéntico motivo, pues fin de todo buen gobierno es que el súbdito procure la bondad integral de vida, sometiendo su voluntad al justo ordenamiento de su superior. Con todo, no siendo leyes verdaderas, sino sólo metafóricas o improprias, nada impide que, aunque *de suyo* habrían de producir obligación bajo pecado, no la causen por deseo expreso del superior, basado en buenas razones, ajenas a la propia naturaleza de la ley.

Las Constituciones, por lo tanto, en el pensamiento claro, aunque no del todo explícito de Soto, ni cuando obligan son leyes en su acepción rigurosa, ni se reducen a meros consejos, cuando no obligan, quedando en este segundo supuesto, en la categoría de normas u ordenaciones que, sin obligar como la ley o el precepto, solicitan el ánimo o la voluntad del súbdito, con mayor vehemencia que el puro consejo, debido a la autoridad excepcional del superior religioso o de la Iglesia.

Que no discurremos al margen del verdadero sentir de Soto se confirma por cuanto veremos en seguida acerca de la obligación de la ley penal.

Para el Maestro, toda ley penal es, al mismo tiempo, preceptiva o prohibitiva: *mixta*, según una acepción a que él alude luego. Por otra parte, las penas a que se refieren las Constituciones, que dicen obligar no a culpa, sino sólo a pena, no son tales, propia o legítimamente, sino convenciones o pactos; por cuanto el religioso se obliga, con voto o en virtud de su pro-

fesión, a someterse a la pena, si no cumple la ordenación penal de la Regla, igual que el perjuró habituado puede comprometerse, sin añadir nueva o mayor obligación a la que de suyo se sigue del juramento, a determinado castigo, cuando infringiere el juramento ²¹.

Luego, si para Soto, toda ley penal, que lo sea en su sentido estricto, obliga en conciencia a lo que manda o prohíbe; si, además, la pena a que obligan las dichas Constituciones, no lo es en su acepción propia, esas Constituciones no son leyes penales, ni, por lo tanto, leyes propiamente tales: *sino a manera de leyes*, por cuanto, al modo de la ley, contienen disposiciones que se convierten en normas de conducta para el religioso; por la autoridad de que goza el superior que las ordena, y por el compromiso, libremente aceptado por el súbdito, al emitir su profesión. Y en esto hay otra notable diferencia entre la ley y las Constituciones religiosas: la ley es norma de obrar, sin que para resultar tal, haya sido preciso un compromiso previo del súbdito. La Constitución lo es, según Soto, previo el compromiso del religioso, como hemos visto.

Hay otro detalle digno de tenerse en cuenta, que decide perentoriamente esta cuestión incidental, sobre la idea que Soto tenía formada de las Reglas y Constituciones de los religiosos. Admite él, como veremos luego, obligación en conciencia respecto de la pena, como consecuencia de la ley penal. Pues bien, es clarísima su opinión de que las penas contenidas en las Constituciones, y aceptadas por el religioso, previo compromiso, no obligan bajo pecado. «Las penas, dice expresamente, de aquellas transgresiones que no obligan a culpa alguna, si no se pagan en este mundo, tampoco se expiarán en el Purgatorio». Y antes había escrito: «porque en el Purgatorio, como su mismo nombre indica, sólo se cumplen aquellas penas que se deben a pecados, y se satisface por el mismo pecado venial» ²².

Luego si las Constituciones no obligan en conciencia a la pena, impropiamente tal, bajo la cual, se dice, urgir ellas únicamente, si no obligan bajo pecado al acto; si para Soto, la ley penal obliga en conciencia al

21. «Quod si contra nobis obiciantur institutiones nostrae... ubi poena sine culpa nominatur, respondetur tales non esse proprie ac legitime poenas, sed sunt quasi conventiones et pacta... Dicuntur autem non inepte poenae, quia propter res vetitas exiguntur ac rependuntur. Cuius instar in nostro libello *de Abusu iuramentorum cavendo*, dicebamus quod citra obligationem ad novam culpam potest quisque se adstringere ut quotiescumque iuramento fuerit abusus, tantum pendat». *Ibid.*, art. 5, in fine.

22. Escribe en su Opúsculo, *De cavendo iuramentorum abusu* (Salmanticae 1551). *Cap. 14: de institutione et regula fraternitatis divini nominis. Secunda constitutio*. «Et ita semper censui in ordine nostro Dominicano: nimirum quod earum transgressionum, quae ad nullam obligant culpam, si poenae non solvantur in hoc saeculo, neque solventur in futuro; sed Praelatis incumbit poenas exigere». Y refiriéndose expresamente al Purgatorio, había escrito antes: «quoniam illic (ut nomen ipsum sonat) non purgantur nisi poenae quae debentur peccatis, et venialis ipsa culpa».

acto y a la pena, es evidente que para él las tales Constituciones no son leyes penales, ni, por lo tanto, leyes en sentido estricto.

Luego el principio universal, por él admitido y demostrado, de que toda ley humana, incluida la civil, obliga bajo pecado, siendo justa, no admite excepción alguna.

II.—OBLIGACION BAJO PECADO DE LA LEY PENAL

Dando por buena la distinción de los actos de la ley, en mandar, prohibir, permitir y castigar, habremos de admitir cuatro diversas clases de leyes: las *preceptivas*, las *prohibitivas*, las *permissivas* y las *penales* o punitivas. No entra en la finalidad de este estudio la consideración del objeto o materia específica sobre que recae la obligación, común a toda ley, en cada una de las especies indicadas. Tratamos únicamente de demostrar, si en aquella ley en que se conmina alguna pena, si en la ley penal, se incluye necesariamente, igual que en la simplemente preceptiva o prohibitiva, una obligación de conciencia respecto a lo que se manda o se prohíbe.

Estamos de lleno en la cuestión de la ley meramente penal: si existe o no se da. Si demostramos que la ley penal causa, como efecto propio y esencial, obligación en conciencia al acto, que es la razón próxima de la pena, entonces se reduce, con todas las consecuencias, a la preceptiva o prohibitiva, aunque en su redacción material no se encuentre la forma externa del precepto o de la prohibición. En cambio, si se prueba que tal obligación no existe, o que puede no existir, habrá que admitir la existencia o la posibilidad de leyes humanas, penales, cuya transgresión voluntaria no constituirá pecado, que, por lo tanto, en rigor, nada mandan ni prohíben, cualquiera que sea su formulación material; de las cuales o no se seguirá obligación alguna o cuando más, la obligación en conciencia propia suya, se referirá únicamente a la pena, *si se aplica*. Estas serían las *meramente* penales, porque la pena o el temor de ella, sería el solo medio de hacer eficaz la ley.

Para Soto la solución es clarísima, ni habría por qué ponerla en duda, si se atendiera suficientemente a la naturaleza de la pena: para él no tiene sentido la ley meramente penal, o que no obligue en conciencia al acto o a la omisión, para urgir los cuales se conmina la pena.

Establece la siguiente conclusión general: «No hay ley alguna penal, que legítimamente haya de ser tenida por tal, la cual no obligue a culpa, a no ser que en ella se exprese la intención contraria de no obligar bajo pecado, o cosa semejante»²³.

23. «Quaestio haec. escribe al principio del art. 5, si natura poenae satis perpende-

No dejará de extrañar que nos volvamos a encontrar con una proposición de alcance, al parecer universal, que, sin embargo, pierde fuerza y extensión, por la excepción que se admite. Confesemos lo poco afortunado que anduvo el Maestro en la redacción de ella, pues evidentemente no responde, en su sentido primero u obvio, a su verdadero pensamiento, clarísimo a lo largo de toda la exposición de los argumentos con que acudirá a demostrarla.

Alude otra vez, y exclusivamente, a las Constituciones de los religiosos, de que se vuelve a ocupar en la segunda razón en contra de este art. 5, a la que responde más abajo, admitiendo la excepción, por estar clara la voluntad del legislador de no obligar en conciencia. Pero juega, también aquí, con conceptos distintos de la ley: con el propio y con el impropio o metafórico. Que así sea lo ve claro quien siga atentamente el hilo de su discurso; con todo la falta de una advertencia explícita, puede disminuir el vigor de la argumentación que se va a seguir, aunque, como indicamos ya más arriba, no prejuzgue, en un sentido o en otro, la teoría de la ley meramente penal. Insistimos, de consiguiente, en lo que ya hemos escrito, comentando al propio Soto, acerca de la relación entre ley propiamente dicha y Constituciones, las cuales no son excepción de la universalidad de la conclusión traída poco ha: *toda ley penal obliga a culpa*.

Para Soto esta conclusión es evidente: «adeo res per se ipsa liquet». En su favor aduce cuatros razones:

1) La pena estrictamente tal, dice, tiene tan estrecha conexión con la culpa que ni la razón, ni el nombre de tal pueden darse, sino en orden a ésta. Y es, que si la pena es castigo y vindicación, o restauración del orden, supone de necesidad una culpa que castigar y un desorden que compensar. Por eso, donde no se da la culpa, sólo se puede hablar de pena en sentido impropio.

Este es el primer argumento que trae Soto, de fuerza probatoria evidente, sin posible respuesta, como no sea la que él desconoció, aducida hoy por bastantes de los partidarios de la ley meramente penal, que distinguen entre culpa moral y culpa jurídica. Y en verdad, hay que afinar demasiado o retorcer mucho el natural significado de las cosas, para aplicar el nombre y la razón de culpa a un acto, más o menos desordenado, que

retur, non erat cur revocaretur in dubium: adeo res per se ipsa liquet. Sed quia vulgus nescio quo colore ait legem quae obligat ad poenam non obligare ad poenam (sic: error evidente de imprenta por *ad culpam*). Usamos la edición de Salamanca 1553: necesse est errorem hunc elidere... Nulla prorsus est lex poenalis, si legitime sit poenalis nominanda, quae non obliget ad culpam, nisi contrariam intentionem expresserit, dicendo, non intendimus obligare ad culpam, aut quid simile».

aunque perfectamente humano, no incluye responsabilidad ante Dios, y, sin embargo, es merecedor de castigo y exige una vindicación.

Cierto que Soto, con Santo Tomás, hace referencia a la conocida regla de derecho: «sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus»²⁴.

El Angélico, amparándose en dicha regla, no excluye la posibilidad de penas justificadas, por razonables, sin una culpa previa, que sea su causa o su explicación inmediata. Por ejemplo, cuando se infligen como medicina preservativa de futuros pecados; pero, entonces, vengan de Dios o de los hombres, se trata no de penas propiamente tales, sino de medios curativos, o de pruebas, que tienen de común con la pena, el dolor que producen.

Soto explica la citada regla diciendo, que no supone poder darse pena en sentido estricto, la cual no responda a una culpa moral, que castigar y vindicar; sino que, dando a la palabra *puniendus* un alcance amplio, se entiende que al margen de toda culpa, puede haber causas razonables, por cuya virtud se produzcan inhabilidades en las personas, prohibiciones o nulidades en los actos, que colocan en situación penosa o de inferioridad. Tal sucede en los casos de irregularidades e impedimentos, de irritación de actos y contratos, que tienen de parecido con la pena las consecuencias desagradables, que se sufren contra la voluntad del sujeto de ellas²⁵.

2) Arguye en segundo lugar, recordando que la conminación de la pena, ni cambia la naturaleza de la ley, en cuanto tal, ni supone la voluntad del legislador de no obligar. Pues bien; la obligación en conciencia al acto que se manda o prohíbe, es, como queda demostrado, efecto de toda ley humana, incluida la civil. Luego también de la ley penal.

En efecto, la conminación de la pena tiende a asegurar el cumplimiento de la ley, cuya propia razón de ser no depende de la pena, añadida a la prescripción preceptiva o prohibitiva. Por donde, no es ella indicio de haber desaparecido la culpa, o de la voluntad del legislador de no obligar, sino, por el contrario es claro testimonio de la gravedad del pecado que se comete obrando contra la ley, o dejando de hacer lo que la ley manda. Es, pues, explica Soto, la pena conminada, medio para facilitar el cum-

24. *S. Th.*, 2-2, q. 108, a. 4. El pensamiento del Angélico, en este punto, queda manifiesto en el cuerpo del artículo, y en la respuesta ad 2: «Poena autem, escribe en este último lugar, *damni punitur aliquis, etiam secundum humanum iudicium, etiam sine culpa, sed non sine causa. Et hoc tripliciter. Uno modo, ex hoc quod aliquis ineptus redditur sine sua culpa ad aliquod bonum habendum vel consequendum... Secundo, quia bonum in quo damnificatur non est proprium bonum, sed commune; sicut quod aliqua ecclesia habeat episcopatum, pertinet ad bonum totius civitatis, non autem ad bonum clericorum tantum. — Tertio, quia bonum unius dependet ex bono alterius; sicut in crimine laesae maiestatis filius amittit haereditatem pro peccato parentis.*

Es claro que la pena se toma aquí en un sentido muy impropio. «Loquimur enim hic, dice Soto, de poena iuridica pro eo quod est ultio et vindicta». *Ibid.*

25. Art. 5, *ad primum*.

plimiento de la ley: como el discurso de la razón es medio para sacar de los principios las conclusiones en ellos encerradas ²⁶.

Este argumento tampoco tiene respuesta capaz de atenuar su fuerza probatoria. Efectivamente, sólo dada la suposición gratuita de la ley meramente penal, puede afirmarse con seriedad científica, que la magnitud de la pena da cabalmente a entender la voluntad del autor de la ley, de procurar su observancia únicamente por el temor al castigo, sin comprometer la conciencia del súbdito; porque la pena, en cuanto castigo y vindicación, da a entender la importancia de la prohibición a que va unida, tanto mayor proporcionalmente, cuanto mayor sea ella. Siendo esto así, ¿cabe suponer razonablemente voluntad de no obligar en el legislador, exponiendo al incumplimiento un mandato o una prohibición de extraordinaria importancia, cuando es tan fácil ponerse al abrigo del castigo que la ley conmina?

Lo único razonable, en el caso, es suponer, como en el argumento aducido, que la pena conminada es indicio precisamente de la gravedad de la prohibición a que va unida, y en consecuencia, de una voluntad, en el legislador, más decidida y firme, de procurar su cumplimiento; pues demuestra la experiencia que en muchos hombres, no es bastante para hacer efectiva una ordenación necesaria, la persuasión de la obligación moral, siendo, además preciso inducir el miedo a un castigo proporcionado.

3) De aquí, concluye Soto, que no puede alegarse otra razón de la mayor o menor gravedad del castigo, que la proporción que él guarda con la culpa. Lo cual confirma apelando a la Escritura, en la cual vemos que se señalaban penas correspondientes a la gravedad de los delitos. Y añade: «sería torpe salida —cavillosum diverticulum— atribuir a Dios, como legislador, distinto estilo del que han de observar los hombres, cuando dan leyes, siendo así que las humanas han de ser imitación de las divinas». «Cierto, concluye, que no veo de dónde haya nacido esta más que vulgar sentencia, que no obliguen a culpa las leyes que obligan a pena, como quiera que la pena, de su naturaleza, sea efecto propio y claro argumento de culpa. No han sido, desde luego, autores de esta sentencia los que filosofan sobre la naturaleza de las cosas» ²⁷.

26. «Leges humanae... si absque poenae comminatione absolute ponantur, ad culpam obligant; at comminatio poenae legi apposita non est contrarii signum. Ergo tunc etiam eadem manet obligatio ad culpam. Probatu: minor, quia comminatio poenae natura sua illuc spectat, ut observantius lex custodiatur... Ergo non solum poena non est indicium ablatae culpae, verum contra apertum est testimonium gravitatis ipsius, quae de transgressionemissionemque legis contrahitur». Ibid., art. 5.

27. «Profecto non video unde haec plusquam vulgaris opinio prodire potuit, quod leges obligantes ad poenam non obligent ad culpam. Cum poena suapte natura, tum genuinus effectus, tum et apertum indicium sit culpae. Sed tamen qui eam invexerunt non sunt illi qui de natura rerum philosophantur». Ibid.

4) Se hace cargo de la distinción del Gandavense, probable creador de la teoría, a que venimos refiriéndonos en este estudio, y confiesa no entender la fuerza de esta diversidad entre leyes penales mixtas y leyes meramente penales; pues tiene por verdad inconcusa que nada puede tener razón de pena, sino en atención a una culpa moral, faltando la cual, lo que pudiera llamarse pena, es más bien precio, pacto o algo semejante.

Y respondiendo ya a la objeción que se encierra en la distinción dicha, persiste en no admitir pena que no responda a alguna culpa o algún delito, prohibido ya por otras leyes, o virtualmente contenido en esta ley penal, aunque no tenga forma expresa de precepto o prohibición ²⁸.

Puede, en algún caso, tener valor de concesión o de dispensa, y entonces, ni obligará a culpa la ley, que, en rigor, no será estrictamente tal, ni la pena que quizás se añada tendrá sentido de verdadera pena; sino de precio de la concesión o dispensa. Para Soto son penales, y obligan bajo pecado aquellas leyes que prohíben exportar o importar determinadas mercancías conminando penas proporcionadas. O puede admitirse que algunas de las que llaman leyes fiscales no son tales leyes, porque no entra en la mente del autor de ellas, prohibir, sino únicamente exigir el correspondiente impuesto, como compensación por el favor que en ellas se contiene o como contribución al bien común, del cual es participación dicho favor ²⁹.

Hoy día no deben considerarse leyes penales, aquéllas que regulan las importaciones de géneros extranjeros, que pudieran hacer competencia peligrosa a otros nacionales, o la entrada al mercado de productos que, aunque acercados al consumidor por la industria y el esfuerzo de los particulares, se benefician del Estado y deben refundir en éste alguna parte de las ganancias, por exigencia de la justicia legal y distributiva. En realidad, no prohíben la importación o la entrada de mercancías elaboradas o producidas fuera: imponen sólo una exacción, que es, o compensación justa de servicios públicos que la importación supone, o uso de un derecho legítimo a defender la propia economía contra invasiones extrañas o contra egoísmos de los de dentro. La obligación, en el caso, se reduce a no negarse

28. «Verumtamen (ut salva id auctorum existimatione dixerim, qui digni sunt pretio) callere mihi non videor vim huius distinctionis. Imo inconcussam arbitror universalem veritatem nostrae conclusionis: nempe, quod nihil habere potest rationem poenae, nisi ubi subest culpa, propter rationes factas. Sed absente culpa id quod fert imaginem poenae, potius erit pretium vel pactum, vel quid aliud». Ibid.

29. «Utendum ergo arbitror hac distinctione: quando poena applicatur culpae... obligatio fit sub reatu culpae; quando vero lex formam habet potius concessionis aut dispensationis, tunc talis lex non obligat ad culpam, sed tamen neque id quod sub imagine poenae subiungitur, habet veram rationem poenae, sed pretii aut conventionis. Subdamus exempla: haec lex, qui frumentum e regno evexerit illud perdat aut talem luat poenam, revera obligat ad culpam. Attamen, si intentio Regis non esset distractionem frumenti prohibere, sed illa ratione pecuniam colligere, lex tunc non obligaret ad culpam; sed tamen conditio subiuncta non esset poena, sed concessionis pretium, ut qui vellet evehere, tantum contribueret». Ibid.

al pago de dicha exacción, o a no valerse de medios fraudulentos, para impedir el uso del derecho que decimos. Tampoco se manda la declaración espontánea del que importa, siendo precisamente deber de los representantes de la autoridad el exigirla. No son éstas, de consiguiente, ni leyes penales, ni leyes prohibitivas, sino, leyes simplemente preceptivas, con objeto bien preciso.

Estas observaciones confirman el valor probatorio de los argumentos aducidos por Soto, para demostrar que toda ley penal, al igual que las leyes preceptivas o prohibitivas, obligan en conciencia al acto, que es la razón inmediata de la pena; porque evidencian que la teoría de la ley meramente penal cambia sustancialmente la propia razón de ser de la ley y de la pena: si la ley ha de seguir siendo lo que entendieron siempre los clásicos del derecho, de la filosofía y de la teología, induce necesariamente obligación de conciencia. Si la pena ha de seguir conservando su sentido específico de castigo y de vindicación, presupone necesariamente la culpa, haciendo imposible una ley penal que deje al súbdito en libertad, respecto al acto, por el que la pena se conmina.

III.—OBLIGACION MORAL DE LA PENA

Entre los partidarios de la ley puramente penal, no hay acuerdo sobre varios puntos. Por ejemplo, de entre las diversas opiniones que se han ido formando alrededor de la teoría, destacan tres como sentencias típicas, bastante diversas entre sí.

Para unos, *se trata de una obligación disyuntiva*: o al acto, o a la pena. Son quizás los menos, quienes se explican de este modo, que ofrece un inconveniente gravísimo, en atención al cual hoy día apenas se encuentra teólogo o canonista que le adopte, a pesar de contarse entre los seguidores de esta sentencia autores de tanto renombre, como D'Annibale y Maroto. La dificultad está en la indiferencia que supone en el legislador, respecto a lo que es objeto de la ley. Pero entonces si le es indiferente que se cumpla o no se cumpla la ley, con tal que se acepte la pena, caso de no cumplirse, ¿en dónde está la necesidad o conveniencia de la ley, y por lo tanto, su justicia? ³⁰.

Para otros, *la obligación al acto es absoluta, aunque sólo jurídica*. A la *pena la obligación es moral*. Esta es la explicación que más adeptos ha conquistado: salva la dificultad con que tropieza la anterior y, al fin, reconoce, en la intención al menos, la obligación, como efecto necesario de la ley. Dos cosas, sin embargo, no se entienden: lo que en realidad es la

30. Véase nuestro *Cursus Theologiae Moralis*, I, n. 368. Rodrigo, o. c., n. 340.

obligación que llaman *jurídica* y como no dándose culpa moral, pueda seguirse obligación en conciencia a la pena. La distinción entre obligación moral y obligación jurídica es *ingeniosa*, nada más: buena para salir del paso de las serias objeciones con que tiene que enfrentarse la famosa teoría. Con todo, no resuelve el cómo originándose la obligación de la potestad que el legislador humano recibe de Dios, no haya de ser obligación de responder ante Dios, o sea obligación en conciencia.

Por fin, para algunos, *la obligación, tanto al acto como a la pena, es sólo jurídica.*

Puestos a elegir entre esta diversidad de pareceres, que ya en si misma lleva entrañado el gusano roedor de la duda, admitiríamos como más lógico, el de los del tercer grupo. Pues que todos han de convenir en establecer alguna relación entre pena y culpa, no se ve por qué admitir obligación moral a la pena, cuando no existe respecto del acto mandado o prohibido. Y a su vez, reconocida la obligación jurídica al acto, se sigue igual obligación a la pena ³¹.

Para nuestro Soto, no cabe discusión acerca de la obligación moral a la pena. Y es natural, supuesto que su conminación pertenece a la propia materia de la ley, como algo que ha de seguirse necesariamente de su transgresión voluntaria y culpable. Luego es tan querida o intentada por el legislador, como el acto mismo que se manda o prohíbe, condicionando, naturalmente, su incursión al hecho de la infracción legal. Acabamos de indicar que, entre los defensores de la ley meramente penal, una gran mayoría —entre los más antiguos, la casi totalidad de ellos—, da por descontada la obligación en conciencia a la pena. Y hasta amparándose en ella, pretende mantener en pie el principio universalmente admitido de ser la obligación efecto esencial y primario de toda ley.

La obligación específica de la ley penal no se limita al sujeto que la infringe, sino que alcanza también a aquél o a aquéllos a quienes corresponde aplicarla; pues contra el parecer de algunos pocos, se hace necesaria

31. «Lex mere poenalis, dice Vermeersch, nobis concipienda videtur ut lex quae tota quanta conscientiam non obligat... Miram et parum congruam dixerimus voluntatem legislatoris qui parti principali legis, i. e. normae negaret vim obligandi, ut hanc propriam faceret partis secundariae quae est sanctio exterior». Ob. cit., n. 172, 3.

Por lo demás, ya Cayetano, en su comentario a 2-2 q. 186, a. 9, negaba que la obligación ad poenam de las Reglas fuera *obligatio sub peccato*: «Et ratio est quia lex universalis est non particularis, cum dicimus: *Nolumus quod statuta nostra obligent ad culpam sed solum ad poenam*. Constat autem quod, si transgressio in operando excusatur a culpa, et omissio poenitentiae non excusaretur a culpa, iam particularis esset lex ista et respectu agendorum, et non respectu patiendorum. Et consequenter cum religiosi non aliter teneantur ad huiusmodi poenitentias nisi ex vigore statutorum suorum, sequeretur quod statuta obligarent ad culpam sine contemptu et praecepto: cuius oppositum in eis habetur». Ya vimos que Soto es de este mismo parecer.

la distinción entre incursión y aplicación de la pena, por lo menos en el fuero exclusivamente civil ³².

Se incurre, en efecto, la pena, cuando se hace uno merecedor de ella al quebrantar la ley: desde ese momento, el infractor está sujeto al castigo y a la vindicación, en que consiste sustancialmente toda pena. *Se aplica*, cuando en el reo de delito comienza a dejarse sentir el efecto penal. Pues bien, la obligación moral o de conciencia, respecto de la pena, ¿urge de tal forma al reo que haya éste de comenzar a sentir el efecto penal, en cuanto incurre en la pena por el hecho de la infracción legal, de manera que la incursión lleve necesariamente unida la aplicación, por donde materialmente se identifiquen incursión y aplicación?

Para Soto, como para la inmensa mayoría de juristas y teólogos, la obligación moral, respecto de la pena, no se da anteriormente a la sentencia del juez, que es el ministro encargado de su aplicación; la cual, sin embargo, retrotrae las consecuencias jurídicas de la pena incurrida al momento mismo de cometido el delito. Y esto, aunque en la ley penal se diga explícitamente que se contrae la responsabilidad penal, o que se incurre en la pena, por el mismo derecho, o por el hecho de infringir la ley. En cualquier caso, la acción del juez es necesaria o para fulminar la pena, por sentencia condenatoria, o para declarar, por sentencia declaratoria, cometido el delito tal y como se requiere para la incursión de la pena.

Arguye, en primer lugar, atendiendo a la misma naturaleza de la pena, que es sufrimiento involuntario; por donde, aquella ley que incluyera la obligación de constituirse uno ejecutor de la pena, en que ha incurrido, sería contraria a la ley natural, y por eso, injusta. De ahí que el uso universal entiende corresponder al poder ejecutivo la inflicción o aplicación de las penas, por cuyo medio se da cumplimiento a lo mandado en la ley. Es claro, de consiguiente, que se da obligación en el súbdito, a quien se dirige el precepto o la prohibición legal, y además, en los ministros de la justicia cuyo es velar por el cumplimiento de las leyes, actuando o de oficio o por requerimiento de parte ³³.

32. «*Quaestionem praesentem pluribus quam forte par esset dissertam curabo: eo quod viri egregie docti illam controvertunt. Quorum est Alphonsus Castro Franciscanus, de litteris certe et religione benemeritus, ac mihi perinde observandus. Nam quamvis tum in aliis, tum etiam forsitan et in hoc certius me rem coniectaverit, videor mihi tamen paulo aliter sentire*». Art. 6: *utrum lex poenalis in foro conscientiae ante iudicis condemnationem obliget ad poenam.*

33. «*Lex, dice, regula est inanimis nostrarum actionum, quae per iustitiae ministros applicanda subditis est: ergo ad ministros pertinet suos subditos ad legis observantiam cogere: coactio autem fit per poenae inflictionem. Ergo talis animadversio ad iudicem pertinet, et contra naturam reo in seipsum committeretur... Quapropter si ego bene conicio, lex poenalis duobus membris ad diversos loquitur. Cum enim iubet ne quis quid faciat, subditos adloquitur. Cum vero addit contra faciens eo ipso dominium rerum perdat, aut ipso iure bona amittat, aut bona eius sint confiscata, non tam cum subditis lo-*

En segundo lugar, dice Soto, el reo tiene un derecho, concedido por la misma naturaleza, a ser oído, antes de hacerle sentir el peso del castigo; pues, en cada caso, puede encontrarse una excepción: o un motivo atenuante y aún excluyente de delito, que es, en la ley, una figura jurídica definida; pero sometida, en el sujeto, a lo contingente del acto concreto. Por eso, toca al juez examinar las circunstancias que rodean a la acción delictiva y aplicar la pena, guardando proporción con la gravedad de la infracción, o excusar totalmente de ella, si, en realidad, no ha de imputarse la materialidad de la transgresión ³⁴.

Y porque el recto orden de la justicia y el mismo bien común de la sociedad reclama la existencia de ministros con misión y autoridad para exigir el cumplimiento de las leyes y para hacer efectivas las penas que se conminan, como medio de conseguir más seguramente el fin a que se ordena la prescripción legal, nadie tiene obligación de declararse culpable, ni de haberse como castigado, mientras no haya tenido lugar una sentencia legítima condenatoria o declaratoria. Supuesta esta justa sentencia, urge ya la obligación en conciencia de someterse a la pena o de sufrirla; que no es, precisamente, obligación de aplicársela uno a sí mismo.

Conclúyese de lo dicho que ningún reo, legítimamente condenado, podrá oponerse a la acción de la justicia, por medios injustos o violentos: matando, por ejemplo, o corrompiendo a los ejecutores de la sentencia. Sin embargo, no se sigue que esté obligado a adelantarse a la acción de los ministros de la ley: a pagar la multa, no siendo requerido para ello, a ir a la cárcel espontáneamente, o a permanecer en ella cuando se descuida toda vigilancia, a marcharse al destierro por su cuenta, etc. ³⁵.

Hemos aludido más arriba a la posibilidad de atribuir carácter de ley penal, a disposiciones que mandan o prohíben, simplemente, sin conminación de pena verdadera, aunque, con la inducción acaso de determinados efectos aflictivos, que no suponen culpa o delito; pero que los exige el bien común y se incurren necesariamente por el hecho mismo de darse o de no darse la condición exigida por la ley. Hay, en efecto, normas legales que definen las condiciones del acto jurídico, para que éste tenga validez en el fuero externo, o las cualidades de la persona, para que pueda ejercer alguna función, gozar de algún privilegio, exención, etc. La invalidez del acto, en el primer caso, no es pena de algún delito, sino con-

quitum, quam cum iudicibus, iustitiae executoribus, quibus talem imperat animadversionem». *Ibid.*

34. «Et inde quoque alia sanctissima lex dimanavit, ut nemo nisi vel confessus condemnatur, vel convictus». *Ibid.*

35. *S. Thom.*, 2-2, q. 62, a. 3. «Nemo tenetur se prodere, añade aquí Soto, nisi quem infamia vel indicia vel accusatio, iudicis auctoritate compulsus prodiderit».

secuencia necesaria de una exigencia del bien común, concretada en una ordenación razonable y justa. Igualmente, la inhabilidad, total o parcial, de la persona, la incompetencia para actuar, con validez o eficacia jurídica, no es la pena de un delito, aunque puede suponerlo a veces, sino efecto querido positivamente por el legislador, en atención al bien de la sociedad, e independientemente de la responsabilidad que la posible transgresión delictiva, en que se funda la inhabilidad, lleve consigo.

La prescripción está universalmente admitida, como medio legítimo de adquirir la propiedad de bienes o de derechos, que pertenecen a otros hasta el momento mismo en que se cumplen las condiciones requeridas: cuando, en virtud de la usucapión, se trasmite la propiedad de la cosa o del derecho, el anterior propietario, que deja de serlo en ambos fueros, en el de la conciencia y en el externo, no es sujeto de pena alguna, en el sentido estricto de la palabra.

Las irregularidades canónicas de los ordenandos, los impedimentos matrimoniales, los casos reservados, etc., son, en la legislación canónica, ejemplos típicos de situaciones más o menos dolorosas que nada tienen que ver, en rigor con la pena jurídica, propiamente dicha.

Todos esos efectos, a que acabamos de aludir, y en los cuales pudiera verse algún parecido con la pena, se producen fatalmente, sin intervención de ministerio alguno, mientras se dé la carencia del requisito legal, por el solo hecho de estar el acto o la persona afectados por ella, cualquiera que sea, por otra parte, la actitud interna del sujeto con relación a la ley.

Creemos estar ya suficientemente declarada la mente de nuestro teólogo jurista Domingo Soto, en el interesante problema de la ley penal; por lo que se refiere, principalmente, a la existencia o a la posibilidad de las que han dado en llamar leyes meramente penales. Para él, ni existen, ni pueden existir, como no sea extendiendo el concepto de ley, hasta comprender en él las Reglas y Constituciones de los religiosos.

Vimos ya que, aunque hubiera pensado ser ellas verdaderas leyes, que ciertamente no lo creyó así, a despecho de algunos desaciertos de expresión, jamás podrá ser alineado el gran Maestro entre los que han contribuido, con el peso de su autoridad teológica o jurídica, a que tomara entre nosotros carta de ciudadanía una teoría, que se presenta, para muchos, con el negro estigma de la intrusión y de la ilegitimidad ³⁶.

36. Estas palabras han de sonar duras a algunos oídos. Van dichas, sin embargo, con el mayor respeto para sus patrocinadores, antiguos o modernos: que es perfectamente compatible la repulsión de una doctrina por obligar a ello honradamente el peso de unas razones que le son contrarias, y el reconocimiento leal de estar sus defensores

Pudiera, en efecto, haber dado ocasión a ella, la no obligación en conciencia de dichas Reglas. Su objeto, sin embargo, lo constituyen las leyes civiles, algunas al menos; o, aun todas las que no son pura aplicación de leyes positivo divinas o de la ley natural: que hay, entre los partidarios de ella, para todos los gustos. Pues bien, Soto habla claro, y sus afirmaciones son tajantes, refiriéndose expresamente a la ley civil.

Por una parte, toda ley justa incluye la obligación en conciencia a lo que manda o a lo que prohíbe. Por otra, el legislador civil no tiene porqué preocuparse de la responsabilidad ante Dios que sus leyes causan; puesto que no es árbitro de las conciencias de sus súbditos, como lo es el confesor o el superior eclesiástico. De aquí arranca su conclusión: «omnis lex quae absolute fertur, hoc est quae contrarium non explicat, obligat ad culpam, vel venialem vel mortalem secundum pretium operis». Como el legislador civil habla siempre en sentido absoluto, sin aludir a la obligación de conciencia, que ni se nombra ni se excluye expresamente, tenemos que toda ley civil justa obliga bajo pecado.

Además, es de todo punto evidente, que Soto pone la excepción: «quae contrarium non explicat», pensando exclusivamente en las Reglas de los religiosos.

Luego consta, con absoluta certeza, que en opinión de Soto, no es posible darse ley alguna civil que siendo justa, no obligue en conciencia. Esta conclusión es universal: aplicable, por igual, a toda ley: a la preceptiva, a la prohibitiva, y a la penal.

al abrigo de toda nota desprestigianete, por la grande autoridad de que merecidamente gozan.

Esa mínima consideración y respeto hubiéramos deseado, para nuestra posición y para sus defensores, en quien firma y en quienes estuvieran dispuestos a firmar las siguientes expresiones que tomamos de «Verdad y Vida», 17 (1959), 274. «La moderna reacción contra la teoría de las leyes meramente penales, que comienza con Guillet y Rénard, en Francia, cuenta, sobre todo, con los nombres de Linsenmann, Koch y Wagner en Alemania, y en España, por citar alguno, Peinador. Mas todos estos autores han procedido casi siempre sin exacto conocimiento de causa, sin comprender la amplitud del problema y con un casi total desconocimiento de la evolución histórica de la teoría de las leyes meramente penales en sus cuatro fases de *preformación* (hasta Castro), de *estructuración* (Castro), de *discusión* (de Castro a Suárez) y de *aceptación* (a partir de Suárez). Algo más de seriedad y de ponderación se necesita para proscribir una tal teoría que la que se nota en algunos de esos autores. Y como presupuesto, un perfecto conocimiento de los postulados fundamentales que sirvieron de base a sus ideadores y de las dimensiones del problema, para no fallar apresuradamente, pretendiendo singularizarse».

A pesar de esos *casus* y *algunos* que suavizan un poco lo áspero del parrafito, le falta precisamente seriedad y ponderación; y el fallo de *pretensión de singularizarse* con que se estigmatiza a los seguidores, vamos, a *algunos*, no sabemos con qué derecho, es muy apresurado. Son bastantes los que ahí se citan, para darse cuenta de que, sin pretender singularizarse, se puede uno alinear entre ellos. Y hay más, claro que sí; y nombres que suenan y pesan mucho actualmente en el campo de la teología. Para prestigiar a su héroe no necesitaba el autor de esas líneas desafortunadas cargar con esa violencia y falta de razón sobre los contrarios de la hora actual.

Repetimos lo que insinuamos al principio de nuestro trabajo: juzgamos honradamente, que no se hubiera llegado a la confusión presente y al absurdo filosófico, jurídico, teológico de la ley meramente penal, de haberse mantenido la línea clásica de la exposición de Soto, que es la de Santo Tomás, en su tratado sobre la ley, en donde campea, a lo largo y a lo ancho de él, el concepto genuino de ley humana, de culpa moral, de pena jurídica o estricta.

El error en los principios arrastra fatalmente a consecuencias falsas, que ofuscan con el oropel de lo verdadero, por la lógica de su deducción.