

SUAREZ Y LAS LEYES MERAMENTE PENALES

INTRODUCCION

SUMARIO :

1. Crisis de autoridad y deformación de la conciencia social.—2. Resaca de la guerra.—3. Parte que en esta responsabilidad corresponde al Estado mismo.—4. La parte que corresponde a los moralistas.—5. La teoría de las leyes meramente penales ha tenido ciertamente una influencia en esta crisis, por su origen y finalidad.—6. Síntoma: cómo plantean el problema de la obligación en conciencia de las leyes civiles los autores clásicos y los actuales.—7. Extremos inadmisibles a que algunos moralistas modernos llevan la teoría de las leyes meramente penales.—8. Inconvenientes que los mismos defensores de la teoría señalan en su aplicación práctica.—9. Estas acusaciones recaen particularmente sobre el P. Suárez. a) Por su influjo decisivo en la tradición de la teoría.—10. b) Porque algunos autores ven en la teoría de las leyes meramente penales una consecuencia lógica y una confirmación del funesto "voluntarismo jurídico" que le imputan.—11. Problemas objeto de este estudio: 1.º ¿Voluntarismo jurídico de Suárez por defender las leyes meramente penales?, y 2.º ¿Cohesión lógica de la teoría de las leyes meramente penales en el conjunto de su doctrina jurídica?—12. Interés científico.—13. Interés práctico en el momento presente.

I. Hace ya bastantes años que en las Semanas Sociales de Toulouse una voz autorizada—el P. GILLET, O. P.—clamaba por la formación de una conciencia social entre los católicos (1); "... l'expression de légale a perdu beaucoup de sa valeur morale", decía el mismo autor en otra parte (2).

Podríamos preguntarnos ahora, y no sin motivo, si acaso tiene todavía algún valor lo moral entre nosotros.

Es innegable que la postura normal del ciudadano frente al Estado es de recelo y con harta frecuencia de hostilidad. El Estado ya no es el ser

(1) GILLET, M. S., O. P., *Semaines Sociales de France*, Toulouse, 1921, pp. 141, 241, 248, 352, 451.

(2) GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, éditions de la "Revue des Jeunes", Paris, 1922, pp. 452 ss. Véase también DUTHOIT, E., *La crisis de l'autorité. Les symptômes. Les causes. La recherche des solutions*, "Semaines Sociales de France", Lyon, 1925, pp. 33-67.

de entelequia "que lo debe todo al ciudadano y al que nada se le debe". Es el autor de unas leyes que, al menos, se pueden burlar. Con frecuencia se creará un deber burlarlas y boicotearlas. Aun cuando el objeto de tales leyes lo constituyan la necesaria reglamentación y ordenamiento de las relaciones de los ciudadanos entre sí. Determinen y concreten deberes inalienables de justicia social o conmutativa. "Son leyes del Estado...—se dice—; la conciencia aquí no tiene nada que ver. La ley y la conciencia son dos cosas totalmente distintas; en planos separados por un abismo." Una cosa es la Moral y otra—así se cree con frecuencia en la práctica—el Derecho.

Dejemos a un lado la evidente confusión entre Estado y Gobierno, que representa a aquél, que se esconde en el fondo de tal mentalidad. El Estado no es el Gobierno. Sea éste el que sea, "se debe trabajar por la sustitución de la fórmula estrecha de una conciencia individualista que no reconoce más que individuos..., por una conciencia individual y social a la vez que, con la mirada fija en el bien de todos, lo respete como a bien privado y sienta la obligación de reparar el daño eventual que hubiera podido causarle" (3).

La labor es apremiante. Todos reconocemos—a poco que se ahonde en la visión del estado actual del mundo—que en vez de ir a aquella sustitución de la conciencia individualista con un sano sentido de responsabilidad social, en vez de adquirir la ley humana fuerza moral en la conciencia, por otra parte quizá timorata y recta de los cristianos, se ha recrudecido de un modo alarmante el individualismo frente a todo lo que pueda amenazar los intereses personales. Y la zanja que separaba la Moral del Derecho se ha hecho todavía mucho más profunda.

Asistimos a un fenómeno de deformación tal de la conciencia colectiva y privada, que ha de exigir a cuantos sientan la responsabilidad del deber o la vocación de acudir en su remedio, un esfuerzo titánico y prolongado (4).

(3) GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, p. 452.

(4) "Dès qu'il s'agit des rapports avec la communauté sociale, notre opinion publique est entachée d'un laxisme infiniment regrettable, auquel n'échappent malheureusement pas les bons catholiques eux-mêmes. Cette situation frappe particulièrement quiconque rentre au pays après avoir séjourné quelque temps dans certains pays étrangers." LITTE, F., *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), p. 153.

La Unión Internacional de Estudios Sociales, de Malinas, en la que tomaban parte moralistas, sociólogos nada sospechosos de hostilidad hacia las leyes meramente penales, no se contentó con deplorar el hecho innegable de esta deformación de la conciencia y pérdida del sentido social de los católicos. El artículo 121 del Código Social (París, 1927) dice: "Les lois fiscales justes et justement appliquées obligent en conscience. L'effort des catholiques sociaux doit tendre à corriger l'opinion abusée en cette matière et à provoquer au nom de la justice sociale, une loyale participation des gens de bien aux charges de l'Etat", p. 115.

2. Es evidente que a ello ha contribuido con eficacia máxima el prolongado y casi ininterrumpido estado de guerra en todo lo que llevamos de siglo.

De todas las consecuencias de las guerras y de las grandes sacudidas del orden social, quizá las menos importantes sean las que llenan de escombros las ciudades y de heridos y mutilados los hospitales... Son heridas éstas que no tardan en cicatrizar, por horribles que sean, en la carne doliente de la humanidad.

Estas grandes conmociones en el curso de la Historia, al trastornar la economía, al destruir la paz, al encender las pasiones en individuos y colectividades, provocan una disminución en unos y en otras del sentido moral.

La guerra, sin embargo, aun con influjo decisivo, no se puede considerar como causa adecuada y única del fenómeno de la deformación de la conciencia, particularmente frente a la ley y al Estado.

3. Al Estado mismo incumbe parte de esta culpa. Con repercusión remota, pero segurísima, con su legislación totalmente laica en muchas partes y en frecuentes ocasiones, difícilmente podía inspirar la sumisión reverencial a sus leyes, como sancionadas por el mismo Dios, según ha venido enseñando luminosamente la Teología católica, el Estado que intentaba borrar de la vida jurídica, del ambiente y de las mentes toda huella de Dios y de cristianismo.

Y de manera no menos eficaz, con una sobreabundancia de leyes, cargas e impuestos, cuya inspiración en el bien común era difícil adivinar muchas veces. Cuando no se descubría una abierta oposición con el mismo bien común. Intereses personales de inconfesable egoísmo han dictado no pocas leyes y han inspirado no pocas trabas a la actividad e iniciativas personales de los ciudadanos (5).

A la tendencia natural a defenderse de la intromisión del Estado, un exceso cualquiera bastará para dar pretexto a toda ocultación y a todo fraude. El medio más eficaz para inducir a la mentira en una declaración jurada es imponer para cosas menudas o de dudosa justicia muchas declaraciones juradas.

¡Es tan fácil pasar de la justa defensa en el caso particular de una ordenación legal y equitativa a la pasividad y hasta a la hostilidad y al

(5) MAÑARICÚA, A. E., *La obligatoriedad de la ley penal en Alfonso de Castro*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 4 (1949), p. 57.

deseo de revancha respecto al conjunto legislativo que forman las relaciones entre el Estado y el ciudadano!

Es fácil cuando el opresor es un individuo, persona física concreta, y lo es mucho más cuando es algo anónimo, impalpable, que sólo por los medios técnicos con que debe procurar el cumplimiento de sus leyes puede y llega a hacerse odioso. Si a esto se añade que con alguna frecuencia se le puede o se le debe positivamente resistir en sus mandatos...

Las funciones del Estado no tienen más razón de ser que la salvaguarda del bien común para la consecución de la finalidad individual en la comunidad civil. Aun el Estado más justo y mejor inspirado tendrá que enfrentar no pocas veces el bien común al bien privado. Provocará una colisión entre los intereses de la comunidad y los personales de sus ciudadanos. Debe esperarse, por tanto, que el egoísmo, con tan hondas raíces en la humana naturaleza, tienda siempre a ver un atropello de sus propios derechos, olvidando los propios deberes con la sociedad, de la que forma parte y que le salvaguarda, aun en leyes fundamentalmente justas.

Pero es fácil suponer lo que sucede cuando la misma autoridad se encarga de dar la razón a esta tendencia y poner en sus manos el arma potente de las leyes claramente injustas, de cargas excesivas o trabas totalmente injustificadas.

La crisis de autoridad que vivimos, con su definitiva desvinculación del orden jurídico respecto al orden moral, es el fruto de un largo proceso histórico.

A las causas apuntadas se les podrían añadir, sin duda, otras más, que, según los autores, serán juzgadas de más o menos decisiva influencia que aquélla.

4. "*Les moralistes y ont une certaine responsabilité*" (6). Moralista y sociólogo a su vez, el P. GILLET no podía lanzar esta acusación desde un principio sin la sordina de un cierto eufemismo. Pero, prosiguiendo en su lectura, se llega a la conclusión de que no es una *cierta* responsabilidad, sino una casi totalidad de responsabilidad la que hace recaer en este punto sobre los moralistas católicos.

Su ataque a la teoría de las leyes llamadas puramente penales (que no obligan en conciencia al acto que mandan, pero sí a la pena que imponen en el caso de omisión del acto mandado) es decidido, colocado siempre en

(6) GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, p. 141.

el punto de vista de las fatales consecuencias para la sociedad y para la formación de la conciencia ciudadana (7).

Los moralistas se habrían encargado, según él, de practicar en el muro de las leyes una pequeña hendidura. El público, con mentalidad simplista y utilitaria, se encarga de hacer la brecha para que su conciencia pueda pasar entera y tranquilamente por ella. "*Pas vu, pas pris*": es la fórmula vulgar ante todas las leyes del Estado. La teoría de las leyes meramente penales, admitida casi unánimemente por los moralistas católicos, consagra el reino del individualismo y la desaparición del sentido social (8).

La acusación es todavía más dura y más firme en la pluma del benemérito jurista de la Universidad de Nancy, ingresado posteriormente en la Orden Dominicana, GEORGES RENARD (9).

Dirige su ataque cerrado desde distintos puntos de vista.

"Copiosamente explotada por rencores políticos, la teoría de las leyes meramente penales—dice—ha alimentado pérfidas campañas de opinión pública; ha servido de pretexto para alegar el derecho de defensa legítima del Estado (10); sirve de asilo a la evasión ante el deber cívico, de refugio al fraude y, sobre todo, de excusa a los ocultamientos fiscales; en nuestros días particularmente se ofrece como medio preciso contra lo que se ha dado en llamar pomposamente "la revolución social por la legislación fiscal..." (11).

¿No habrá que llegar a enumerar la teoría de las leyes meramente penales—se pregunta RENARD—entre los orígenes lejanos e indirectos de la teoría kantiana sobre la separación absoluta del Derecho y la Moral? (12).

Cierto que el mismo autor trata de buscar una explicación histórico-psicológica al éxito de la teoría a su juicio tan malhadada y, por tanto, una

(7) "... ce sont eux (los moralistas) qui, longtemps après Saint Thomas et pour raisons que je n'ai pas à rappeler ici, ont introduit en théologie la fameuse distinction entre la *loi morale* et la *loi pénale*. Restreinte d'abord à certaines lois, cette distinction a été peu à peu étendue à presque toutes les lois par le public, qui y trouvait son intérêt. La plupart des citoyens, même parmi les catholiques, s'imaginent aujourd'hui que les lois civiles ou humaines, surtout si elles sont édictées par un gouvernement qui n'a pas leur faveur, n'obligent pas en conscience, mais que l'on s'expose seulement à des peines en leur désobéissant. Si l'on ne tient pas compte de cette mentalité déplorable..." GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, p. 141.

(8) GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, pp. 453 s.

(9) RENARD, G., *La théorie des leges mere poenales*, París, 1929. Las principales publicaciones de G. RENARD, en las que de paso, aunque frecuentemente, alude a la teoría de las leyes meramente penales, son: *La théorie de l'Institution*, París, 1930; *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, París, 1927; *La valeur de la loi*, París, 1928; *Thomisme et Droit social*, en "Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques", 23 (1934), pp. 40-81.

(10) RENARD, *La théorie...*, p. 73.

(11) RENARD, *La théorie...*, p. 7.

(12) RENARD, *La théorie...*, pp. 15 y 74.

justificación para los moralistas que la han patrocinado, que la han difundido y le han prestado la firmeza de sus argumentos y de su autoridad. “La concebían—dice—como un medio de combate en tiempo de las Monarquías absolutas contra la tesis romanista de la omnipotencia de la autoridad civil. Y se la concibió como arma de combate el pasado siglo, contra la separación kantiana del Derecho y la Moral. Algo así como un argumento *ad hominem* que colocaba al teólogo *en el mismo terreno de los adversarios*. Si lo que el Príncipe quiere es ley, y la Moral nada tiene que ver con el Derecho, no peca el súbdito que desobedece a una ley que la autoridad quiere no obligue en conciencia...

Por dos veces en la historia de las ideas políticas tuvo esta teoría de los moralistas la significación utilitaria de una brecha en la doctrina autoritaria de una soberanía irresponsable... Puede ser éste un nuevo título a las circunstancias atenuantes para los errores, de los que no está exenta, y para los servicios que ha prestado a causas menos recomendables” (13)

5. ¿Es justa una apreciación tan severa sobre las consecuencias de la teoría de las leyes meramente penales?

“Ai posteri l'arduo giudizio”. ¿En los lamentables efectos que padecemos ha influido de modo tan decisivo una teoría de los moralistas, inventada no precisamente ayer, ni anteayer? Sistemáticamente expuesta y abiertamente defendida desde el siglo XVI, ¿sólo en nuestros tiempos y por su exclusiva influencia habría producido los frutos deplorables que en germen contenía?

No obstante, alguna causalidad parece que debe admitirse. El proceso histórico, esbozado por RENARD y que el jesuita BRISBOIS acepta plenamente y confirma, el tránsito fácil de la legítima desobediencia a una ley civil injusta en un caso determinado a la desobediencia casi sistemática y a la resistencia pasiva a toda legislación civil, resultan, atentamente considerados, algo más que verosímiles.

“Se comprende fácilmente—dice BRISBOIS—que ciertos moralistas, más preocupados de la práctica que de la teoría y demasiado inclinados a no ver en el Estado más que a un enemigo y en el orden social una fuerza fácilmente tiránica, no hayan dudado demasiado en dar este paso. Nacida de la práctica la concepción de la ley meramente penal, ha buscado inmediatamente su racionalización” (14). Por eso cree justificada la posición

(13) RENARD, *La théorie...*, p. 15.

(14) BRISBOIS, E., S. J., *A propos des lois purement pénales*, en “Nouvelle Revue Théologique”, 65 (1938), pp. 1.072-74.

de RÉNARD, para quien "el concepto de la ley meramente penal implica una verdadera herejía filosófica, suponiendo entre la Moral y el Derecho una solución de continuidad que no puede menos de perjudicar a una y otro" (15).

6. Es sintomático el modo de proponer la cuestión de la obligatoriedad de las leyes humanas en los moralistas y juristas católicos en el transcurso de los siglos de vida de la teoría de las leyes meramente penales.

Los autores clásicos—padres de la teoría—se preguntaban si podía haber alguna ley que no obligase en conciencia (16).

Los actuales podrían preguntarse en sus tratados más o menos casuísticos si hay alguna ley civil que obligue en conciencia... (17).

Aquéllos partían del principio inconcuso de que toda autoridad viene de Dios y que toda ley justa obliga en conciencia. Y encontraban una como atenuación a la rigurosidad aparente del principio, admitiendo la posibilidad y el hecho de las leyes humanas que no ligaran moralmente a los súbditos.

Estos—los que admiten las leyes meramente penales y los que las combatén—deben partir del hecho actual del descrédito de toda legislación civil y de la mentalidad común de un orden jurídico totalmente separado del orden moral..., y esforzarse en demostrar no sólo los principios a los que han sido fieles la totalidad de los moralistas y juristas católicos, sino el hecho de la obligación moral de algunas leyes civiles...

7. Hay más: sin negar que las leyes civiles puedan obligar y algunas obliguen en conciencia, algunos moralistas, quizá no del todo inconsecuentes con los principios comunes de la teoría de las leyes meramente penales, van más adelante: la obligación de tales leyes es sola y exclusivamente de carácter jurídico: no atan la conciencia en nada y para nada. Son normas jurídicas y jurídica es la culpa que nace de su infracción (18).

Sólo falta un criterio un poco liberal para considerar penales la mayor parte o todas las leyes civiles, y se ha consumado el divorcio absoluto del

(15) BRISBOIS, I. C., p. 1.072.

(16) Véanse, por ejemplo: ENRIQUE DE GANTE, *Quodlibeta* (2 vols.), Venetiis, 1613, Quodlibetum 3, quaestio 22; ALFONSO DE CASTRO, O. M., *De potestate legis poenalis* (2 vols.), Lugduni, 1554, v. 1, caput 4; SUÁREZ, S. J., *De legibus* (tomos V y VI de la edición Vivés), Paris, 1876, liber 5, c. 4, en el que se propone la cuestión: "An possint dari leges humanae solum ad poenam obligantes."

(17) Cf. PEINADDER, P. A., C. M. F., *Cursus brevior Theologiae Moralis*, I, Madrid, 1945, número 357. "De facto dantur leges civiles quae obligant in conscientia", es la tesis que se propone demostrar, después de probada la posibilidad de que obliguen en conciencia las leyes civiles (n. 356).

(18) Cf. VERMEERSCH, A., S. J., *Theologia Moralis*, I, Romae, 1933, nn. 172-3.

orden jurídico y del orden moral... ¡Aunque siga siendo incontrovertible que el legislador humano pueda dar leyes que obliguen en conciencia! (19)

El orden jurídico, según estos autores, debe bastarse a sí mismo y a una infracción en este plano debe corresponder una sanción en el mismo plano, no en otro superior, como sería la obligación moral a la pena. Son disposiciones legales *infra-rationales* (como las reglas de los religiosos que se citan también como leyes meramente penales, lo son *supra-rationales*), de cuya infracción no puede derivarse, en modo alguno, una culpa moral.

Porque la obligación de procurar el bien común incumbe a la autoridad legal. A ella incumbe la elección de medidas técnicas, coercitivas... Constituyen un orden jurídico que da derecho a castigar a los transgresores (20).

Con razón pueden alarmarse juristas y teólogos ante las consecuencias inevitables de semejantes conclusiones, por otra parte no totalmente faltas de lógica (21). Más bien parece el resultado final de un proceso largo, y tímido al principio por devota fidelidad a la tradición, de una teoría cuya estructura no resiste los embates actuales y el peso que lógicamente debería soportar. Cuando se estudia a fondo en su estado actual, apenas se puede evitar la impresión de estar ante un andamiaje endeble, sosteniendo una aparatosa construcción, pero cuyas apariencias de firmeza no pueden impedir el derrumbamiento inminente.

8. Siendo esto así, no deben admirarnos lo más mínimo los hechos siguientes, extraordinariamente significativos:

a) La teoría de las leyes meramente penales nació *en íntima conexión* con las Reglas de los religiosos. Tan íntima que, comúnmente, se ha venido afirmando hasta ahora que fueron éstas las que le dieron origen. Casi todo el peso de la tradición en favor de la teoría de las leyes meramente penales gravita sobre la afirmación de esta otra proposición: "Como las Reglas

(19) El P. VERMEERSCH aplica este criterio de la responsabilidad estrictamente jurídica a las leyes ordinariamente reconocidas por meramente penales y a la mayor parte de las preceptivas. GÜENECHEA, N., S. J., afirma que otros lo extienden a toda la legislación civil (*Principia Iuris Politici*, II, Romae, 1939, n. 250).

(20) Así LEDRUS, M., S. J., *Le problème des lois purement pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 59 (1932), pp. 45-56.

(21) "... De ahí a la completa anarquía no media ni media pulgada, ni siquiera sería viable poniendo a cada uno un policía, porque como en semejante suposición las mismas leyes de policía no obligarían sino a sufrir la sanción, si ésta llegase a imponerse, fíjese la seguridad del cumplimiento de las mismas..." SOTILLO, L. R., S. J., *La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 1 (1946), pp. 686 s. Véase también: LITT, *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclésiastique de Liège", 30 (1938), páginas 153 s.; VAN OBERDEKE, P., O. P., sin embargo, no aprecia este peligro en la teoría de las leyes puramente penales mientras se mantenga firme el principio de su obligación en conciencia o algo (al acto o a la pena), aun aceptando la "culpa jurídica" proveniente de la infracción de las leyes meramente penales. Cf. *De relatione inter ordinem iuridicum et moralem*, en "Ephemerides Theologicae Lovanienses", 11 (1934), pp. 289-346.

de los religiosos son leyes meramente penales, que no obligan en conciencia al acto que mandan, pero sí a la pena que imponen, también algunas leyes civiles pueden ser consideradas como tales."

No obstante esto y aun sin negar la teoría en sí, lo que ya se niega ahora valientemente, en contra de las máximas autoridades y de toda una tradición que lo sostienen, es que sean leyes meramente penales las Reglas de los religiosos (22).

b) No ha faltado moralista que previendo en la misma teoría que defendía las fatales consecuencias que podían deducirse en la práctica, ha querido poner un remedio (!) a las mismas. Después de enumerar entre las leyes que, probablemente, son meramente penales, las que se refieren al contrabando, tributos indirectos, aduanas, fielatos, etc., *advierte que no es conveniente hablar de esto públicamente a los fieles*. Está muy expuesto quien falte a estas leyes, sobre todo si es habitualmente, a herir derechos de tercero, a dar escándalo y hasta a faltar a la caridad consigo mismo por el deber de hacerlas cumplir hasta por la violencia que incumbe al encargado de velar por el cumplimiento de las mismas (23).

c) No son *pedagógicas*..., viene a decir un director espiritual del Colegio de Propaganda Fide de Roma, las leyes meramente penales aplicadas a los Reglamentos de Colegios y Seminarios, *aunque lo sean las Constituciones de los religiosos*. Destruyen la sinceridad, base de la formación, y fomentan la vigilancia policiaca; impiden la visión de fe...; obligarán grave o levemente, pero no debe cabernos la menor duda que tales reglamentos obligan a los alumnos en conciencia. Pero las leyes meramente penales pueden existir y existen (24).

¿No equivalen estos hechos a una confesión más o menos explícita y clara, en labios de los mismos propugnadores de la teoría, o de la ineptitud práctica de la misma o de que no eran totalmente infundadas y apriorísticas las acusaciones de los que la impugnan, al creerla apta para la deletérea deformación de la conciencia frente a la autoridad humana legítima y frente a la ley?

9. Ahora bien: 1) Por la representación e influencia del teólogo-moralista-jurista español FRANCISCO DE SUÁREZ, en toda la Filosofía del Derecho, y particularmente en este capítulo de las leyes meramente pena-

(22) Toda la cuestión amplia y eruditamente tratada podrá verse en MAZÓN, C., S. J., *Las Reglas de los Religiosos. Su obligación y naturaleza jurídica*, Roma, 1940; propugna la tesis: "Las reglas de los religiosos no son leyes puramente penales", en el c. 3, pp. 291 ss.

(23) MERKELBACH, B. H., O. P., *Summa Theologiae Moralis*, I, Paris, 1931, n. 287.

(24) CANESTRI, A., *De lege canonica mere poenali*, en "Apollinaris", 3 (1930), pp. 318-322

les; y 2) Por la imputación nominal que sobre él hacen recaer los principales autores que las impugnan en uno o en otro sentido, viene a ser SUÁREZ el blanco de estas acusaciones. Reconociendo su buena fe y su intención sanísima, no le consideran libre de culpa por su papel decisivo en la concepción, solidificación y difusión de una doctrina de frutos tan amargos y deplorables.

1) SUÁREZ ha sido llamado "*hombre de encrucijada*" (25). Su misión en la Historia y la proyección definitiva de su mente en los problemas complicados del espíritu y de la vida le han hecho acreedor a este excepcional calificativo. Si no se le puede aplicar en toda su exactitud en este punto concreto de su doctrina jurídica, pues existen antes de él propugnadores de las leyes meramente penales, lo que sí puede afirmarse es que su influencia fué de las más decisivas para consagrarlas definitivamente entre los teólogos y juristas católicos.

El monumento *aere perennius* de su tratado "*De Legibus*", "trabajo inmenso que bastaría él solo para llenar la vida de un escritor ordinario. suma o enciclopedia metódica del Derecho, le acredita como una de las inteligencias más robustas que actúan en la historia del Derecho natural" (26). El influjo de su autoridad y de su doctrina le acreditan también en este punto como hombre *de encrucijada*.

MAZÓN lo reconoce así y lo prueba ampliamente, refiriéndose solamente a la tesis que considera a las Reglas de los religiosos como leyes meramente penales. Con la misma o mayor razón se puede sostener refiriéndonos al conjunto de toda la teoría, considerado su desarrollo histórico y la íntima vinculación que entre sí guardan ambas proposiciones en los teólogos, a partir de ENRIQUE DE GANTE († 1293) hasta nuestros días (27).

Si reconocen esta influencia de hombre de encrucijada los autores que siguen a SUÁREZ en la defensa de la teoría de las leyes meramente penales, implícita, aunque no menos claramente, la confiesan los que para impugnarlas tienen casi exclusivamente ante los ojos los argumentos del gran jurista granadino (28).

(25) ARBOLEYA, E. G., *F. Suárez*, Granada, 1946, p. 6.

(26) FRANCK, A., *Les publicistes du XVII siècle*, citado por SCORRAILLE, R., S. J., *El P. Francisco Suárez*, trad. esp. de HERNÁNDEZ, P., S. J., 2 vol., Barcelona, 1917, v. 2, p. 148.

(27) "Los esfuerzos de Suárez para defender que las Reglas son verdaderas leyes no fueron inútiles. Gracias a ellos cambia casi por completo el rumbo de la discusión y ahora son va mayoría los que defienden la tesis del Doctor Eximio. Y es tal el influjo de Suárez en este punto, que para muchos es ya como axiomático que las Reglas son leyes meramente penales; asientan esto como un principio..." Unos le citan, "otros no hacen sino repetir alguna de las razones que ha dado Suárez, y no son pocos los que no aducen más prueba que el testimonio del Doctor Eximio..."; MAZÓN, *Las Reglas de los Religiosos*, pp. 286 s. Se verá más adelante con claridad cómo puede hacerse un argumento paralelo a éste para demostrar su influjo en toda la tradición posterior de las leyes meramente penales.

(28) Cf. PEINADOR, *Cursus brevior Theologiae Moralís*, nn. 368, 371.

2) Pero, además, SUÁREZ es tenido por algunos autores como *Padre del voluntarismo jurídico*. Postura doctrinal ante la fuente de la obligatoriedad de la ley, que le pondría, según estos autores, enfrente de SANTO TOMÁS y de la escuela genuinamente tomista. Según ellos, para SUÁREZ la razón última de la obligación de la ley está en la voluntad del legislador, mientras que para SANTO TOMÁS y la escuela tomista, en la relación estrecha de la ley, que se supone justa, con el bien común. Base subjetiva aquélla; base objetiva, ésta. Nadie ignora, afirman, que SUÁREZ definió la ley como acto de la voluntad del legislador. Y es interminable la enumeración de las perniciosas consecuencias prácticas que de este error fundamental derivan estos autores (29).

Como era de suponer, no han caído en el vacío acusaciones de tanta envergadura en contra de SUÁREZ (30), y quizá podría darse por cerrado el debate ante la claridad y contundencia de las razones en pro del objetivismo o idealismo, como quieren otros, de la concepción suareziana de la ley del más rancio abolengo tomista, de no terciar un elemento del que no se hace mención en estos últimos estudios. Este elemento son precisamente las leyes meramente penales.

10. "La teoría de las leyes meramente penales es la expresión más osada de toda una concepción del acto jurídico fundamentalmente equivocada" (31). Semejante teoría, según RENARD, sólo es posible en el marco ideológico del voluntarismo jurídico; es decir, es posible mientras la obligación, efecto primario de la ley, dependa de la voluntad del legislador. Si la raíz última de la obligación de la ley fuese su intrínseca ordenación al bien común, no habría posibilidad de que el autor de la ley quisiese *no obligar* al acto que la ley determina y sí sólo a la pena o coacción de aquel acto.

(29) Son los principales: DELOS, J. T., O. P., *La société internationale et les principes de Droit Public*, París, 1939, c. 6, pp. 226-283, en el que se puede encontrar abundante bibliografía sobre esta cuestión; IDEM, en "Bulletin Thomiste", 3 (1929-30), pp. 491-496 (crítica del libro de ROMMEN, H., *Die Staatslehre des Franz Suarez, S. J.*); BESAIDE, TH., O. P., *Bulletin de Philosophie Sociale*, en "Revue des Sciences Philosophiques et Theologiques", 20 (1931), páginas 147-165; LACHANCE, L., O. P., *Le concept de Droit selon Aristote et Saint Thomas*, Montreal-París, 1933, pp. 396 s.; RENARD, D., *La théorie des leges mere poenales*, pp. 33, 48, 53, etc.

(30) Han defendido a Suárez de la acusación de "voluntarista" y de "padre del voluntarismo jurídico" de los tiempos modernos, principalmente, JOMBART, E., S. J., *Le voluntarisme de la loi d'après Suárez*, en "Nouvelle Revue Theologique", 59 (1932), pp. 38-44; BLIC, J. DE, S. J., *Le voluntarisme juridique chez Suárez*, en "Revue de Philosophie" (1930), pp. 213-230, y más recientemente, ESTEBAN ROMERO, A. A., Ph.D., *La concepción suareziana de la ley*, tesis doctoral presentada en la Facultad Teológica de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, Sevilla, 1944.

(31) RENARD, *La théorie...*, pp. 33, 46, 48, etc.

Y como representante principalísimo y propugnador acérrimo de las leyes meramente penales, SUÁREZ es, por este nuevo título, proclamado representante máximo—Padre—del voluntarismo jurídico. Junto a RENARD, algunos otros autores, según veremos oportunamente, han creído que no tiene cabida más que en una teoría voluntarista y subjetivista de la Ley y del Derecho. El Poder público pasa a ser formalmete "*le pouvoir d'une vouloir*" (32).

Más o menos abiertamente oponen a esta concepción suareziana la concepción de SANTO TOMÁS y de su escuela, cuyas fuentes objetivas de la fuerza moral en las leyes morales cierran el paso a toda arbitraria intervención del legislador para quitar o poner la obligación en conciencia al promulgar una ley.

II. La teoría de las leyes meramente penales, causa de una profundísima y lamentable crisis de la autoridad y de una no menos deplorable deformación de la conciencia cívica; SUÁREZ—eminente jurista, filósofo, cofundador del Derecho de gentes—, defensor acérrimo de la teoría de las leyes meramente penales, y, por este motivo, padre de un supuesto "voluntarismo jurídico", que permite a la voluntad de un Príncipe toda arbitrariedad en la confección de sus leyes; SUÁREZ, antitomista en punto tan vital y estratégico para la Filosofía del Derecho y la concepción política y social como el de la definición misma de la ley.

Todo esto plantea una serie abundante de problemas, todos ellos interesantes y vitalísimos, en torno de una teoría todavía hoy común entre los moralistas católicos y en torno del eminente jesuíta español SUÁREZ, cuya figura y cuya resonancia agiganta con su paso el tiempo. Problemas para el teólogo y el historiador, para el sociólogo y el director de conciencias, para el gobernante y el filósofo del Derecho; problemas para el simple hombre de la calle, súbdito de una autoridad que con sus leyes puede ligar ante Dios su conciencia cristiana.

Descuellan entre todos ellos dos de sumo interés científico, por una parte, y no sin repercusión en el terreno de la práctica. Intimamente ligados entre sí.

1.º ¿Es voluntarista SUÁREZ por defender la teoría de las leyes meramente penales? ¿Viene a confirmar esta teoría el voluntarismo jurídico que se deduce lógicamente—dicen—de su definición de la ley?

2.º Si hay que aceptar algún voluntarismo en SUÁREZ por propugnar las leyes meramente penales, ¿las propugna lógicamente como consecuen-

(32) DELLOS, J. T., O. P., *Comptes-rendues*, en "Bulletin Thomiste", 3 (1929-1930), p. 403.

cia de toda su doctrina jurídica o menos lógicamente respecto a este su conjunto doctrinal? (33).

En otras palabras, las acusaciones en contra de SUÁREZ, jurista y teólogo, en bloque, son de excesiva importancia para no ser tomadas en consideración y hasta para no ser puestas en tela de juicio. Y si no es científico acusar sin causa suficiente a un autor o a una doctrina, tampoco sería científica la defensa que de ellos se hiciera con afirmaciones ditirámicas sin descender al análisis y a la crítica de aquellas acusaciones, rechazando, sólo por rechazar, todo lo que los adversarios afirman.

Al proponernos estas dos cuestiones como objetivo de nuestro trabajo se desmenuza aquella requisitoria contra SUÁREZ, negando decididamente lo que en realidad de verdad debe negarse y aceptando para SUÁREZ lo que a nuestro parecer, sinceramente, se debe aceptar.

La respuesta a la primera cuestión mostrará qué queda de las acusaciones—las de mayor trascendencia doctrinal—sobre el concepto equivocado antitomista que SUÁREZ ofrece de la ley y del Derecho, al demostrar que la teoría de las leyes meramente penales que acepta y defiende no supone ni confirma el “voluntarismo jurídico” que se le atribuye.

La respuesta a la segunda será un paso más: su concepción jurídica no sólo no exige el tener que admitir y defender la teoría de las leyes meramente penales, sino que lógicamente parece rechazarla, aunque SUÁREZ realmente las admite.

Sea el que haya sido el influjo de SUÁREZ, los defensores de la teoría de las leyes meramente penales forman una tradición quizá no tan unánime y universal como se cree, pero tradición al fin.

Si la teoría de las leyes meramente penales ha tenido un influjo pernicioso en la formación de las conciencias, hay que demostrarlo eliminando otras causas históricas y probando la influencia efectiva de elementos doctrinales que intrínsecamente aquélla contenga.

Por esto, las acusaciones sobre las consecuencias perniciosas—una vez comprobadas—que la teoría de las leyes meramente penales haya podido tener en el transcurso de los tiempos:

(33) El tema, refiriéndolo en general a la teoría de las leyes meramente penales en sí, ha sido tratado brevemente por VAN HOVE, A., *De legibus ecclesiasticis*, I, Romae, 1930, t. II, páginas 156 y s., y por KISELSTEIN, G., *La repercussion de la loi civile dans la conscience*, en “Revue Ecclésiastique de Liège”, 25 (1933-34), pp. 82-95. Pero dejan intacta, como oportunamente podremos subrayar, la raíz de la dificultad, como los demás autores que se limitan a afirmar que la teoría de las leyes meramente penales nada tiene que ver con el voluntarismo. Cf., por ejemplo, LITT, F., *Les lois dites purement pénales*, en “Revue Ecclésiastique de Liège”, 30 (1938), p. 141.

a) Pueden, con la misma o parecida razón con que se lanzan contra SUÁREZ, lanzarse contra todos y cada uno de los autores que las admiten y las propugnan.

b) No debe echarse al olvido la aplicación personal que de la teoría haya hecho el mismo SUÁREZ.

Pero si la teoría de las leyes meramente penales se presta, por una parte, por su imprecisión y peculiar estructura, a ampliaciones indefinidas y aplicaciones laxistas, y por otra tampoco parece sólido todo su armazón doctrinal, según los mismos principios jurídicos de SUÁREZ, comunes a toda la escolástica, rechácese la teoría en hora buena y tiéndase a su sustitución por otra que no ofrezca aquellos inconvenientes, pero no se haga ni a un autor ni a dicha teoría *exclusivamente* culpables de estados de cosas que reconocen una múltiple causalidad y un proceso no tan simplista como a veces se da a entender.

Parece inevitable, decíamos, deber admitir una cierta relación entre el hecho actual que lamentamos, aun entre los buenos católicos, y la teoría de las leyes meramente penales. Lo que no puede admitirse sin más pruebas es el influjo hasta ser la causa única y el hacer objeto de estas acusaciones a un solo autor.

12. El interés científico que entrañan una y otra cuestión estriba:

a) En el estudio crítico que inevitablemente se nos impone de la doctrina jurídica de FRANCISCO SUÁREZ en relación con la doctrina común escolástica: la obligación efecto de la ley; causa próxima y remota de la obligación moral de las leyes humanas.

b) En la precisión de términos con que se debe estudiar (en autor tan fecundo y a veces difuso como SUÁREZ y en los demás autores, los predecesores suyos, principalmente) teoría tan imprecisa en la mayor parte de ellos y tan discutida hoy como la teoría de las leyes meramente penales.

c) En los elementos de juicio que ambas cuestiones ofrecen para juzgar serena e imparcialmente el "voluntarismo jurídico" imputado a SUÁREZ

Será una humilde aportación que viene a añadirse a los valiosos estudios y trabajos científicos que a lo largo del IV Centenario de su nacimiento han visto la luz pública en España.

13. El interés práctico de las dos cuestiones, objeto del presente estudio, se refiere a la necesaria revisión de la teoría de las leyes meramente penales y a la contribución que a esta revisión pueda aportar el ensayo de crítica que de la misma haremos en SUÁREZ.

Para la crítica de esta teoría hay dos puntos de vista, dos enfoques distintos, que constituyen otros tantos problemas de vital interés.

Uno, eminentemente practicante: sea lo que sea de la cuestión teórica (“¿Pueden darse leyes meramente penales?”), *en la práctica no se dan*: a) Porque los criterios que se ofrecen para reconocerlas y determinar cuáles son meramente penales son totalmente ineptos (34); y b) porque la teoría es *inútil*, al no servir para lo que fué concebida, y *perjudicial*, al prestarse a un total divorcio del orden jurídico y del orden moral.

A los autores que enfocan así el problema incumbe, en consecuencia, la otra labor positiva, interesantísima, que consiste en dar explicación y solución al hecho de tantas ordenaciones de la autoridad civil, distinguiendo claramente por criterios de base objetiva cuáles son realmente leyes (por tanto, con obligación en conciencia) y cuáles pueden y deben considerarse como normas de policía, que se refieren más bien a los agentes de la autoridad para ayudar a los ciudadanos a la observancia de aquellas normas (35).

Este es el punto de vista que no entra en la finalidad del presente trabajo. Pertenece a los moralistas, juristas y sociólogos que desde su punto de vista práctico quieran aportar su esfuerzo en esta labor de recuperación y formación del sentido social, aclarando conceptos y afianzando y aplicando a los tiempos presentes los principios perennes de la Teología y Filosofía cristianas del Derecho.

(34) Este es el punto de vista de los notables artículos del P. ULPIANO LÓPEZ, S. J., *Theoria legis mere poenalis et hodiernae leges civiles*, en “Periodica de re morali, canonica, liturgica”, 27 (1938), pp. 203-216; 29 (1940), pp. 23-33. A este autor hay que considerar sin duda, pese a la excesiva modestia de sus artículos en “Periodica”, como el promotor de la creciente corriente actual hacia una revisión de los principios de la moral católica, hástos para una eficaz deontología cívica y política. El mismo criterio práctico guía a LITT, F., *Les lois dites purement pénales*, en “Revue Ecclésiastique de Liège”, 30 (1938), pp. 141-156 y 359-372.

(35) Cf. LÓPEZ, *Theoria legis mere poenalis et hodiernae leges civiles*, en “Periodica...”, 27 (1938), pp. 215-6, y GILLET, *La conscience chrétienne...*, p. 435. Alguien podría objetar que *prácticamente se va a una sustitución de nombres, quedando en pie la misma realidad*: ordenaciones de la autoridad civil que no obligan en conciencia, llámense como se llamen. Sin prejuzgar desde este momento la cuestión ni pretender dirimirla, observaremos, no obstante: 1.º Aunque laxismo y rigorismo pueden fácilmente compaginarse lo mismo con la teoría de las leyes meramente penales que con la tesis de los moralistas que de ellas prescindien, es evidente que por su misma naturaleza, la teoría de las leyes meramente penales se presta a una lenta y fácil relajación de los criterios morales frente a la autoridad y a la ley (cf. LITT, *Les lois dites purement pénales*, en “Revue Ecclésiastique de Liège”, 30 (1938), p. 141); y 2.º Al pretender ofrecer los criterios que en la práctica deben ayudarnos a distinguir las leyes que no obligan en conciencia al acto objeto de la ley y los que entrañan esta obligación moral, los moralistas defensores de las leyes meramente penales vienen a recaer en el *objetivismo* que por sistema se excluye de aquella teoría, al decir que son tales *las que da como tales el legislador*. Ahora bien, como el legislador, en nuestros días por lo menos, en lo que menos presta al dar una ley es en si quiere obligar o no con ellas en conciencia a sus súbditos, no queda más camino para averiguar (?) aquella intención—que realmente no tiene!—que la relación más o menos estrecha que la materia de la ley guarde con el bien común. Es decir, *hay que acudir al fundamento objetivo, que sin este rodeo de la teoría de las leyes meramente penales buscan los moralistas que las impugnan y tienden a su suplantación. Como se ve, por tanto, sin fundamento suficiente se afirmaría que se trata de una discusión puramente verbal*.

Otro punto de vista, *teórico en sí*, pero íntimamente ligado con el anterior, es éste: ¿Pueden existir leyes meramente penales? ¿No son una herejía filosófica, una contradicción en sí mismas? Así plantean la cuestión, entre los autores modernos, PEINADOR (36), RENARD (37), LINSERMANN (38), BRISBOIS (39), KOCH (40), VAGNER (41), ASPIAZU (42), ARROYO (43), y entre los clásicos, ARAGÓN (44), SAN BELARMINO (45), SAIRO (46), CONCINA (47).

A esto equivale, concretándolo en SUÁREZ, el segundo punto del presente trabajo. Equivale, porque dudamos pueda presentarse autor más representativo y de más decisivo influjo en este punto que el gran jurista de Granada. Lo que pueda decirse de la teoría de las leyes meramente penales en SUÁREZ se podrá aplicar casi enteramente a la misma teoría en general, por lo menos en lo que se refiere a los principios básicos de la misma.

Si son eficaces y convincentes las razones que prueben la inconsistencia lógica de esta teoría, el interés práctico de nuestro trabajo consistirá en aumentar la convicción de que puede y debe ser sustituida por una construcción doctrinal clara, sólida, que cierre el paso a tanta evasiva fraudulenta de la ley cuando aquélla resulta no sólo prácticamente inepta, sino hasta teóricamente endeble.

Y el P. SUÁREZ, que no procuraba otra cosa en todos sus trabajos, sin retroceder ante ninguna dificultad, que conocer y hacer conocer la verdad, y que no deseaba buscasen otra cosa los que leyesen sus obras,

(36) PEINADOR, *Cursus brevior Theologiae Moralis*, I, n. 369: "Thesis: *Leges pure poenales, quocumque intelligantur sensu, intrinsece repugnant.*"

(37) RENARD, *La théorie des lois mere poenales* (cf. nota 9).

(38) LINSERMANN, F. X., *Lehrbuch der Moraltheologie*, Freiburg, 1878, n. 169.

(39) BRISBOIS, E., S. J., *A propos des lois purement pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 65 (1938), p. 1.073: "Dés lors, si on veut rester fidèle aux principes rationnels qui sont à la base de la morale, il faut conclure qu'une loi purement pénale n'est pas possible."

(40) KOCH, A., *Zur den Lehre von den sog. Pönalgesetzen*, en "Theologische Quartalschrift", 82 (1900), p. 231. El mismo autor, sin embargo, presenta una tesis algo más mitigada en *Lehrbuch der Moraltheologie*, Freiburg, 1910, pp. 74-75.

(41) VAGNER, F., *Die sittlichen Grundsätze Bezüglich der Stenrpflicht*, Regensburg, 1906, página 52.

(42) ASPIAZU, J., S. J., *Moral profesional católica*, Madrid, 1941, pp. 29-31 (admite la posibilidad de las leyes meramente penales en *Los precios abusivos ante la moral*, Madrid, 1941, página 120).

(43) ARROYO, B., *Obligación de las leyes civiles*, en "Ilustración del Clero", 35 (1942), páginas 10-15.

(44) ALMAGÓN, P. DE, O. S. A., *De Injustitia et ture*, Venetis, 1541, q. 62, a. 3.

(45) BELARMINO, San R., S. J., *De controversiis Christianae Fidei*, Mediolani, 1721, t. 2, l. 3 de laicis, c. 11, prob. 5.

(46) SAYRUS, G., O. S. B., *Clavis regia sacerdotis ad Censuram conscientiae*.

(47) CONCINA, D., O. P., *Theologia christiana dogmatico-moralis, De iure naturali et gentium*, l. 1, d. 5, c. 3, n. 3, 6.

tomará también como un homenaje a su memoria este trabajo llevado a cabo sobre una mínima parte de su ingente labor científica.

Siguiendo las huellas del teólogo "eximio y piadoso", quisiéramos poder estampar con la verdad con que él las estampó en el proemio del Tratado "*De Religione*" (48) estas palabras: "Hic semper fuit meorum laborum scopus, ut Deus ab hominibus et cognoscatur magis, et ardentius sanctiusque colatur."

(48) SUÁREZ, *De Religione*, Ed. Vivés, t. 13, Proemium, p. 1.

CAPITULO PRIMERO

DOCTRINA DE SUAREZ SOBRE LAS LEYES MERAMENTE PENALES

SUMARIO:

1. El tratado "De Legibus" del P. Suárez.—2. División de las leyes humanas y ley meramente penal "condicional".—3. Ley meramente penal "disyuntiva".—4. El legislador puede hacer leyes meramente penales: no repugna al concepto y esencia de la ley.—5. No son además contra la justicia.—6. De hecho se dan leyes que se tienen por meramente penales.—7. Aunque sea cuestión de nombre, pruébase que pueden llamarse "leyes".—8. Obligación a la pena de las leyes meramente penales.—9. Criterios para discernirlas.—10. Extensión que del concepto de ley meramente penal hace Suárez; algunas de las que cree meramente penales o morales y penales a la vez.—11. El argumento de la autoridad en pro de la teoría de las leyes meramente penales según el P. Suárez.

1. Al inaugurarse el curso académico en la Universidad de Coimbra, el año 1601, el P. FRANCISCO SUÁREZ empezaba a dictar sus lecciones sobre las leyes. El Rector de aquella Universidad había conseguido, a fuerza de ruegos, enfocar la mente privilegiada del insigne teólogo granadino sobre la ciencia del Derecho (1).

Diez años más tarde, abril de 1611, siendo ya Profesor de Prima, en la misma Coimbra, comunica el P. SUÁREZ al P. JUAN FERRER, Rector del Colegio de Barcelona, que está preparando su obra sobre las leyes, estando ya en imprenta su primer volumen (2).

Así nació esta obra gigantesca, que abarca todos los aspectos de la ciencia jurídica. Es Filosofía del Derecho y es Casuística práctica, es un tratado teológico y obra de juriconsulto, fundamento del Derecho internacional y manual práctico de confesores.

(1) UGARTE DE ERCILLA, E., S. J., *El P. Suárez y el Tratado De Legibus*, en "Razón y Fe", 54 (1919), p. 44.

(2) SCORRAILLE, R. de, S. J., *El P. Francisco Suárez*, trad. Hernández, P., II, Barcelona, 1917, p. 145.

Una parte no despreciable del Tratado "De Legibus" es el objeto del presente estudio. Aunque en otras de sus obras se encuentran referencias frecuentes a la doctrina jurídica, en este Tratado desarrolla ampliamente su pensamiento acerca de las leyes meramente penales que queremos sintetizar y sistematizar en este capítulo (3).

2. Tomando la obligación moral como criterio en la distinción de leyes, éstas pueden ser:

Ley moral: la que obliga en conciencia, sin añadir pena alguna.

Ley penal mixta: moral y penal a la vez, que encierra virtualmente dos preceptos: uno, el de hacer o evitar tal acto; otro, el de sufrir la pena si aquello no se cumple.

Ley meramente penal: la que no contiene más que un precepto casi hipotético de sufrir tal penalidad o molestia si no se cumple esto o aquello, aunque no se imponga la obligación de realizar el acto, del que depende tal condición (4).

La ley meramente penal no impera algo de modo absoluto, sino *bajo la condición* de que no se haya cumplido el acto que primariamente constituye la intención del legislador (5).

La obligación moral afecta, por tanto, solamente a la pena, "cuasi pena" o molestia por la que se pretende hacer cumplir la ley (6).

Puede compararse perfectamente con la obligación que en un voto puramente penal surge, de verificarse la condición a que la pena se somete. Quien con voto se obliga a dar una limosna, si vuelve a jugar otra vez, no se obliga propiamente con voto a no jugar. De hecho, si juega no peca contra el voto. Pecaría si, habiendo jugado, no diera la limosna que con voto se obligó a dar (7).

Sucede lo mismo con la proposición condicional. No se afirma de modo absoluto la verdad de ningún miembro; se afirma la ilación; es decir, si se cumple la condicional antepuesta (8).

(3) Citamos, de no advertir otra cosa, la Edición Vivés, París, 1856, en la que los diez libros del Tratado *De Legibus* ocupan los tomos 5 y 6.

(4) *Lex pure moralis...* "est illa quae obligat in conscientia, et poenam non adjicit", *De Legibus*, tomo 5, libro 5, capítulo 4, n. 2.

"*Mixta* vero dicitur, quae simul moralis est et poenalis, et duo praecepta virtute includit, unum, faciendi vel vitandi talem actum; alium, sustinendi talem poenam si id non fiat" (ib.).

"*Lex autem pure poenalis* dicitur, quae solum habet unum praeceptum quasi hypotheticum sustinendi talem poenam, vel incommodum, si hoc vel illud fiat, etiamsi de actu substrato tali conditioni praeceptum non imponatur" (ib.).

(5) L. 3, c. 22, n. 6.

(6) L. 3, c. 22, n. 8; l. 5, c. 4, n. 2 y n. 8.

(7) L. 3, c. 22, nn. 6, 8 y 10; l. 5, c. 4, n. 8. Cf. también Tratado *De virtute et statu religionis*, tomo 14, edic. Vivés, Tract. 6 De voto, l. 1, c. 3, nn. 3, 7 y 10.

(8) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 8.

3. Puede concebirse también la fuerza moral de las leyes meramente penales—ya que viene a ser lo mismo, dice SUÁREZ—*como una obligación en conciencia a la disyuntiva* que presenta: o hacer lo que manda (acto “*primo intentus*”) o pagar—o sufrir, según los casos—la pena que impone (9).

Tiene razón de ley *respecto a su conjunto* (10). Por esto la pena en estas leyes meramente penales no tiene carácter estricto de pena rigurosamente hablando, sino como de parte de un precepto *disyuntivo*..., o es una pena tal que sólo requiere una culpa civil (11).

4. Siendo algo intrínseco a toda verdadera ley el obligar en conciencia (12), lo es también a la ley humana que merezca este nombre (13).
¿Puede darse, por tanto, una ley que no obligue en conciencia?

(9) “... potest (legislator) hanc vel illam materiam, aut determinate, aut *disjunctim*, aut absolute, aut sub conditione praecipere... Quando ergo dicitur intendere non obligare in conscientia, sed ad puram poenam, hoc intelligitur respectu *actus immediate praecipiti* vel prohibiti; tamen eo ipso talis actus non est adaequata materia illius legis, sed vel hoc disjunctum, aut facere tale opus, aut sustinere, vel exequi talem poenam, vel (*et in idem redit*) est lex conditionata solvendi talem poenam, si hoc fiat, et tunc a toto disjuncto non excluditur obligatio in conscientia”, l. 3, c. 27, n. 3.

(10) L. 3, c. 22, n. 7.

(11) L. 5, c. 12, n. 4: “Nam vel illa (poena) non est rigurosa poena, sed *velut pars disjunctivi praecipiti*..., vel est talis poena quae solum requirit *culpam juridicam*.” Pueden verse además los textos siguientes: l. 1, c. 14, n. 7; l. 3, c. 22, n. 11; l. 5, c. 4, n. 2; l. 5, c. 13, n. 11.

MAZÓN (*Las reglas de los religiosos*, p. 248, nota 28) recoge una idea bastante difundida entre los autores. (Cf. VERMEERSCH, *Theologia Moralis*, I, n. 172; GÖNECHEA, *Principia Iuris politici*, II, p. 58, quien después de citar los autores que conciben como disyuntivas las leyes meramente penales, añade: “Ast plures generatim antiqui doctores, post Suarez, non sic legem poenalem concipiunt.”) “El concepto que de las leyes meramente penales—dice MAZÓN—se tuvo desde que se comenzó a hablar de ellas, (es) bien distinto del que prevaleció en el siglo pasado. Para los autores antiguos el legislador, al dictar una ley meramente penal, intentaba principalmente que se cumpliera lo prescrito en aquella ley, y para conseguir su fin añadía una sanción penal, que no tenía otro objeto que dar eficacia a la parte dispositiva de la ley. Para una gran parte de los autores del siglo XIX, la ley puramente penal no significa sino que al legislador le es indiferente que se cumpla lo preceptuado o que se pague la pena, de suerte que se deja a elección de los súbditos, o cumplir la ley o someterse a la sanción impuesta.” (Cita a BOUQUILLON y a D’ANNIBALE.) En nuestros días prevalece el concepto antiguo y tradicional.

No de forma tan absoluta como lo afirma MAZÓN de los autores del siglo XIX, pero de que SUÁREZ, *junto a la forma condicional*, admitía también—lógica o ilógicamente—*la forma disyuntiva*, no hay, a nuestro parecer, lugar a duda. Para demostrar que no hay injusticia en una pena, que no es propiamente tal, afirma que el príncipe, si quiere, puede no permitir un acto sino mediante *tal carga impuesta* (*De virtute et statu religionis*, t. 16, De obligatione religiosorum, l. 1, c. 2, n. 5). Por lo que a SUÁREZ se refiere, sólo impropriadamente se puede hablar de “concepto antiguo y tradicional”, contraponiéndolo a la forma disyuntiva de la ley meramente penal.

Así lo interpretan también LAYMAN, P., S. J. (+ 1625), *Theologia Moralis*, Venetis, 1719, l. 1, tract. 4, c. 15, nn. 1, 3, y más recientemente RANWEX, E., *Sur la notion de loi purement pénale*, en “*Collationes Namurcenses*”, 19 (1925-5), p. 304, y LITTE, *Les lois dites purement pénales*, en “*Revue Ecclesiastique de Liège*”, 30 (1938), p. 145; PACE, G., *Le leggi mere penali*, Torino, 1948, p. 19.

(12) El capítulo 14 del l. 1.º está destinado a probar que la obligación moral es efecto adecuado de la ley.

(13) Que la ley civil puede obligar, y de hecho obliga, en conciencia, lo prueba en los capítulos 11 y 12 del l. 3.

Prescindiendo de la ley fundada en la presunción, cuando ésta no se verifica—ya que en este caso, y en la medida en que no se verifique, tampoco obligará y dejará de ser ley (14)—, la discusión se entabla en torno de las leyes meramente penales.

Según el Doctor Eximio, hay aquí una doble cuestión: real la una: ¿puede haber ordenaciones de un superior que no obliguen en conciencia?; y puramente verbal la otra: si se dan, ¿pueden llamarse propiamente leyes? (15).

Las pruebas que aduce para probar la cuestión real o de fondo (“pueden darse”), son las siguientes:

I. *Pueden darse leyes meramente penales:*

a) No repugnan a la razón o concepto recto de ley.

b) No son contra justicia.

a) *No repugnan al concepto de ley.*

Es cierto que la obligación es un efecto intrínseco y adecuado del hecho jurídico, de modo que pudiendo el legislador hacer o no una ley, no puede impedir que obligue una vez ha legislado (16); pero el modo de la obligación, como su cantidad (grave o leve), depende de la intención del que hace la ley (17), de tal suerte que así como puede mandar sólo bajo pecado venial, aun cuando la materia de la ley sea en sí grave, puede hacer que esta obligación moral recaiga no en el acto, que principalmente se intenta, sino o en la pena, en caso que aquél no se cumpla, o disyuntivamente sobre el acto o sobre la pena.

Ambos modos de obligar caen bajo su potestad (18); como está en la libre determinación del que hace un voto el obligarse de esta o de esta otra manera (19).

Tampoco repugna por parte de la obligación esencialmente requerida por el concepto de ley.

En cualquiera de las modalidades en que se la quiera concebir, como ley condicional o disyuntiva, hay obligación suficiente para salvar este efecto intrínseco que posee toda verdadera ley. Siempre se resuelve en alguna obligación moral, la que afecta a la pena en caso de incumplimiento del acto primario, o también, indistintamente, o al acto o a la pena (20).

Es un cierto modo de obligación (obligación en un sentido amplio)

(14) L. 3, c. 22, n. 3.

(15) L. 3, c. 22, n. 5.

(16) L. 3, c. 22, n. 2.

(17) L. 3, c. 22, nn. 3 y 6; l. 5, c. 4, n. 3.

(18) L. 5, c. 4, n. 3.

(19) L. 5, c. 4, n. 8. Cfr. además l. 3, c. 27, n. 12.

(20) L. 3, c. 22, nn. 10 y 11; l. 5, c. 4, n. 4.

ésta con que el legislador puede coaccionar y presionar al súbdito al cumplimiento de un precepto suyo (21). Aduce en confirmación de su tesis el ejemplo ya indicado del voto, haciendo notar en el tratado "De Virtute et statu religionis" (22) una diferencia que los distingue. En la ley ordinariamente no surge la obligación a la pena mientras no la imponga el Juez, mientras que en el voto, que no se apoya en la fuerza coactiva, surge de la misma ley natural en conformidad con las exigencias de la materia del mismo.

5. b) *Las leyes meramente penales no son contra justicia.*

Quien está exento de culpa, afirma SUÁREZ repetidas veces, en todo rigor está excusado de la pena, aunque inferida por el Derecho mismo. Hablamos de pena propiamente dicha (23).

En este caso de las leyes meramente penales se trata no de una pena propiamente dicha, sino de una "cuasi pena" o coacción. Para merecerla basta una causa justa, aunque no haya culpa. Podría llamársele "cierta culpa civil" suficiente para una pena humana, leve (24). No tiene aquí la pena, como de ordinario sucede, carácter de vindicativa (25).

6. II. *Se dan de hecho leyes que sean meramente penales.*

Llámeselas como se las quiera llamar, el hecho es que existen leyes sin obligación en conciencia al acto inmediato que ordenan. A pesar de ser, a juicio de SUÁREZ, una cuestión puramente verbal, él averigua si son o no son leyes, argumenta ampliamente para demostrar que existen y que llenan perfectamente las exigencias de la definición de ley.

Hecho de las leyes meramente penales.

No sólo se da innegablemente este hecho en el uso de las constituciones de muchas Ordenes religiosas (26), sino que en muchas leyes civiles

(21) "Priori modo (legis mere poenalis disjunctivae) late obligat in conscientia ad talem actum", l. 3, c. 22, n. 9. En otros muchos lugares expresa SUÁREZ la misma idea en formas distintas, p. e.: l. 3, c. 22, n. 3: "potest nolle obligare in conscientia, sed tantum alto modo necessitatis, seu coactionis"; l. 3, c. 22, n. 5: "... possit aliquo modo inducere vel obligare sub aliqua alia necessitate"; l. 5, c. 4, n. 4: "ad rationem legis satis est, quod inducat necessitatem sive ad culpam, sive ad poenam"; l. 5, c. 4, n. 6: Puede convenir "*hoc tantum modo cogere ad actum alias convenientem communitati*".

(22) *De virtute et statu religiosorum*, l. 14, tract. 6, de voto, l. 4, c. 4, n. 16.

(23) *De Legibus*, l. 3, c. 14, n. 6. Cf. también l. 3, c. 14, n. 9; l. 3, c. 20, n. 7; l. 3, c. 21, n. 8; l. 5, c. 12, n. 4; l. 5, c. 4, n. 5.

(24) l. 3, c. 22, n. 10: "Haec... causa, licet non sit culpa apud Deum, tamen apud humanam communitatem, quatenus pars discordat a toto, saltem in exteriori seu civili observantia, dice potest *quaedam culpa civilis*, seu humana, ac proinde sufficiens ad *levem poenam humanam infligendam* (l. 3, c. 22, n. 10). Es a modo de coacción para hacer obedecer a una ley (l. 5, n. 5, c. 5). Culpa civil o legal (l. 5, c. 12, n. 4). "Poena late sumpta, requirit culpam etiam lato modo, scilicet civilem, seu in eo foro in quo imponitur poena, esto non sit necessaria culpa in foro Dei" (l. 5, c. 19, n. 3).

(25) l. 5, c. 4, n. 5.

(26) l. 3, c. 22, n. 5.

puede suceder lo mismo. Son las leyes que no preceptúan algo de modo absoluto, sino bajo condición (27).

Las Reglas de los religiosos son verdaderas leyes, como emanadas de quien tiene potestad de jurisdicción, y no es injusta la pena porque puede considerarse como el precio de un permiso que el soberano no concede sino con aquella condición o carga (28).

Por consiguiente, concluye SUÁREZ, de hecho se dan estas leyes meramente penales.

De modo parecido a como aconseja la prudencia en los Estatutos de los religiosos, mandar de esta forma y no con mayor severidad, puede aconsejarlo en la legislación civil el buen sentido para evitar peligros a las almas (29).

7. ¿Pueden llamarse leyes?

Si las Reglas de los religiosos son leyes, siendo meramente penales, no hay por qué dudar de que no lo sean también estas leyes civiles meramente penales. Lo son unas y otras, porque la obligación nace de la jurisdicción y de ésta proceden ambas (30).

Si las Reglas de los religiosos no fuesen leyes, arguye, serían meros consejos, ya que no se da entre ambos término medio (31).

En los Ordenes religiosos—y lo mismo puede aplicarse a cualquier Comunidad o República—se supone un pacto virtualmente contenido en el voto de obediencia y en la profesión de aceptar tales penas si fuese sorprendido en la infracción de las Reglas. Puesto este pacto por la potestad de jurisdicción, puede emplear el Superior esta forma de mandato e imponer semejante obligación, sin sombra siquiera de injusticia, en una pena sin culpa (32).

(27) "Idem contingere potest sine dubio in multis legibus civilibus seu politicis, quae non absolute aliquid praecipunt, sed quasi sub conditione statuunt, ut qui hoc fecerit solvat hanc vel illam poenam" (l. 3, c. 22, n. 6); "... in legibus humanis, pure poenalis censetur illa quae poenam imponit fugienti de carcere, scindenti ligna de sylva communi, etc." (l. 5, c. 4, n. 7). A pesar de la unanimidad de las ediciones del Tratado de *Legibus* que hemos podido ver, creemos un "lapsus calami" el "regionibus" por "religionibus" en el texto de l. 3, c. 22, n. 3. En el transcurso de la obra no presenta SUÁREZ una ley civil en que declare el legislador no querer obligar en conciencia, al paso que repite incesantemente el hecho de las Constituciones de los religiosos como argumento de la existencia de leyes meramente penales: "tum etiam quia ita videmus observari in multis regionibus (religionibus) in quibus verae leges, seu statuta feruntur, et in eis declaratur non obligare ad culpam sed ad poenam".

(28) *De virtute et statu religionis*, t. 16, ed. Vivés, *De obligatione religiosorum*, l. 1, c. 2, n. 5: "... hic modus necessitatis non involvit repugnantiam, nec excedit humanam jurisdictionem, quia multo maior est necessitas sub obligatione ad culpam, et quia princeps potest non permittere aliquem actum, nisi cum tali onere."

(29) *De legibus*, l. 5, c. 4, n. 6.

(30) L. 5, c. 4, n. 4; y *De obligatione religiosorum*, l. 1, c. 2, n. 1.

(31) *De legibus*, l. 3, c. 22, n. 7.

(32) "In quibus (communitatibus religiosorum) supponitur virtuale pactum in voto obedientiae et professione inclusum, acceptandi talem poenam, si in hac vel illa regulae

8. *Obligación a la pena en las leyes meramente penales.*

La pena a que vincula la conciencia del infractor una ley meramente penal puede ser *latae* o *ferendae sententiae*. Puede estar promulgada la ley con tal rigor que por el solo hecho de haber infringido el acto, objeto del primer miembro, surja la obligación de someterse a la pena (33). En sí no repugna, ya que cae plenamente bajo la potestad humana, si no en todas las penas, en alguna por lo menos (34).

Prácticamente en las leyes civiles no existen leyes meramente penales que obliguen en conciencia antes de la sentencia del Juez (35).

En las Constituciones de los PP. Dominicos la Regla que excluye la obligación en conciencia es universal. Siguiendo al Cardenal TOMÁS DE VÍO, CAYETANO, SUÁREZ sostiene que en este caso queda excluída toda obligación a la pena hasta que el Superior la imponga.

En los posibles modos de ser impuesta será siempre *ferendae sententiae*. Con estas diferencias: si la pena es determinada por la misma ley o regla y el Superior no la inflige, no hay mayor obligación a aplicarse la pena que a no faltar al precepto. Si, por el contrario, lo que la ley hace es dar al Superior derecho a que la señale e imponga, la obligación se ajustará a la forma de este segundo precepto. A su vez puede ser también de dos maneras: es una pena que debe ejecutar el mismo transgresor, o debe simplemente sufrirla, y en este caso ni de este precepto ulterior se dará obligación directa en conciencia como no sea la de no resistir por la violencia al que la inflige.

Esquemáticamente (cuando hay una Regla general declarando unas leyes como meramente penales):

| | | | | |
|--|--|-----------------------|---|---|
| Pena (su- pues- ta la in- fracción) | } | “latae sententiae” | } | determinada en la ley m. penal: si no se inflige, ninguna obligación en conciencia. |
| | | “ferendae sententiae” | | |
| } | (rigurosamente = obligación a ejecutarla. | | | |
| | (no rigurosam. = obligación a no resistir. | | | |

transgressione, quis comprehendatur...; quod extendi etiam potest ad quamcumque communitatem, seu republicam, quia inter eam et singula membra eius intercedit, vel saltem supponitur talis conventio ad civilem unionem in uno corpore; illa tamen supposita, ex vi potestatis jurisdictionis, sequi potest talis modus imperandi et imponendi talem obligationem, quia per se est justus et utilis communitati” (l. 5, c. 4, n. 6).

(33) Cf., sobre todo, *De voto*, t. 14, l. 4, c. 4, n. 16, y *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 4; l. 3, c. 22, n. 8, y l. 3, c. 27, n. 3.

(34) Cf. c. 5 del l. 5: “Utrum lex humana possit obligare in conscientia ad poenam ante condemnationem iudicis.” En los siguientes c. 6 y 7 explica ampliamente cómo poder determinar cuándo son de una u otra índole.

(35) *De voto*, t. 14, l. 4, c. 4, n. 16.

Si el caso se diere, podría aplicarse a una legislación civil, como puede aplicarse evidentemente a cuantas reglas contengan esta declaración. Siendo universal la exclusión, no deben buscarse excepciones y es suficiente esta obligación, dice SUÁREZ, saliendo al encuentro de una duda que se ocurre fácilmente; porque se funda "radicaliter" en la Regla. Ella hace que aquella penalidad, a modo de suplicio o vindicación, sea materia de obediencia justamente impuesta (36).

9. *Criterios para discernir las leyes meramente penales.*

Son leyes meramente penales las que el legislador quiere que sean tales.

Esta es la mente de SUÁREZ. Esta es su concepción de ley meramente penal, porque *la que es verdadera ley, por su naturaleza, produce este efecto (obligación en conciencia) si no es excluido* (37), y sólo puede este efecto natural, intrínseco, esencial de la ley, ser impedido por la voluntad del legislador, que por razones de buen gobierno no quiera que la ley por él promulgada lo produzca.

Toda la dificultad radica en la averiguación de esta intención en el autor de la ley: "Supuesta la necesidad de la intención, preguntamos cómo se conocerá y por dónde nos constará que la intención del legislador fué imponer un solo precepto hipotético", y no un precepto moral con su sanción correspondiente (38).

a) La primera y más segura norma sería *la declaración expresa* del legislador hecha para una ley particular o por medio de una norma general, o también podría constar de tal intención por tradición o por costumbre (39).

b) *La forma de la ley.*

Si las palabras de una ley que contiene una pena no declaran con suficiente claridad el precepto que propiamente obligaría al acto, debe presumirse la intención del legislador de dar una ley meramente penal.

(36) "... regula tunc facti ut illa poenaltas per modum supplicii et vindicationis sit materia obedientiae iuste impositae... Et ita obligatio in conscientia, quae ibi intervenire potest, radicaliter fundatur in regula, et in declaratione ejus" (*De obligationibus religiosorum*, l. 1, c. 2, n. 13).

(37) *De Legibus*, l. 3, c. 27, n. 1. El principio invocado para probar el carácter de verdadera ley y los efectos de obligación moral cuando son dadas por un legislador infiel o que no piensa siquiera en la fuerza de obligar de sus propias leyes, tiene, por su universalidad, perfecta aplicación a nuestro caso.

Cf. también l. 5, c. 4, n. 8, donde declara depender de tal manera de la intención del legislador el que sea ley meramente penal o no, que es cuestión independiente de la que concede al príncipe facultad para obligar levemente, aun cuando sea grave la materia.

(38) "Supposita ergo necessitate intentionis, inquirimus quomodo cognoscatur, et unde constabit, intentionem principis fuisse, unum tantum praeceptum hypotheticum imponere", l. 5, c. 4, n. 8.

(39) "Talis consuetudo... potest in aliqua republica... introduci, et illa erit optima interpres cujuscumque legis talis communitatis" (ib.).

Es decir, cuando ni las palabras son preceptivas, ni por la materia, circunstancias o la naturaleza de la pena pueda deducirse un precepto virtual, incluido en la prescripción penal, no consta suficientemente de la intención de obligar en el legislador. Lo mismo cabe suponer cuando las palabras suenan a condicional: "Si alguno fuera sorprendido sacando trigo del reino..., pierda aquel trigo o el doble." A esta norma que toma de CASTRO, SUÁREZ no pone más limitación que la de una ley, cuya pena, gravísima, supone culpa ya de por sí (excomunión), pues en este caso es clara la intención del príncipe aunque suenen a condicional las palabras con que está formulada (40).

c) *La gravedad de la materia.*

Debe ser tenida ésta en cuenta, aunque las palabras de la ley o la pena y demás circunstancias no indicaran la intención de obligar en conciencia. Es de suponer que el legislador quiere ajustarse a las exigencias del bien común. Así, si la materia de la ley se refiere a las buenas costumbres del reino, cohibir los vicios o a los medios necesarios para conseguirlo, para la paz, para evitar graves inconvenientes a la sociedad, hay gran fundamento para presumir que se da la ley con la intención de obligar en conciencia, aunque por su forma literal pudiera parecer otra cosa (41).

10. *Extensión de las leyes meramente penales.*

Es interesante para reflejar fielmente la concepción y uso que de las leyes meramente penales propugna SUÁREZ conocer no sólo sus criterios para discernirlas, sino a qué leyes extendía esta presunción de la intención del legislador.

A lo largo de su obra pone ejemplos de leyes que considera meramente penales o morales, dando los motivos de tal parecer.

Considera meramente penales:

- a) Las Reglas de los religiosos que así lo establecen.
- b) Las leyes condicionales (42) o disyuntivas dadas como meramente penales por el legislador.
- c) Alguna ley irritante (43).

(40) L. 5, c. 4, nn. 9 y 10.

(41) L. 5, c. 4, nn. 11 y 12.

(42) Por su forma y la costumbre que las tiene por tales, serían meramente penales las leyes de caza y pesca, de no cortar leña en los bosques comunales, de no sacar algo determinado fuera del reino, etc., que "sunt multo minoris momenti (que los tributos) ordinarietate loquendo et extra causas gravis necessitatis regni", l. 5, c. 13, n. 12.

(43) "Quae irritationem inducunt in odium alterius transgressionis seu culpae", l. 5, c. 19, n. 7.

d) Las que dan forma a los contratos (44).

No considera como leyes meramente penales (de las que se podría dudar, o alguien opina lo contrario):

a) La mayor parte de las leyes irritantes (45).

b) La ley permisiva o que concede un privilegio privado (46).

c) Las leyes tributarias. No son penales ni meramente penales (47).

d) Las leyes de la milicia (48).

e) Las que tasan el precio de las cosas (49).

f) Las que fijan jornales y sueldos de los soldados (50).

g) Las que prescriben cierta formalidad para efectos legales (51).

II. La vastísima erudición del P. SUÁREZ no podía prescindir del argumento de la autoridad en favor de su doctrina sobre las leyes meramente penales. A lo largo del desarrollo de las cuestiones cita con mucha frecuencia en pro o en contra de sus argumentos, aplicaciones, dificultades, a varios autores. Podríamos sistematizar así la visión que de ellos nos da SUÁREZ en torno de las leyes meramente penales:

A) *Adversarios*

a) *Niegan la posibilidad de la ley humana sin obligación proporcionada a la materia de la ley:*

SILVESTRE PIREIRAS, *Summa*, v. *Inobedientia*.

SOTO, *Liber de Iustitia*, quaestio 6, ats. 3.

ESELIO, *Expositio decalogi*, praeceptum 4, cap. 36, quien consecuentemente parece afirmar que las Reglas de los religiosos no pueden obligar a la pena sin obligar a la culpa.

A éstos hay que añadir a cuantos indistintamente niegan que la obligación en su calidad y cantidad pueda ser distinta de la que en sí lleva la materia de la ley (52).

(44) L. 3, c. 22, n. 9.

(45) L. 5, c. 19.

(46) L. 3, c. 22, n. 9.

(47) El tributo "continent veluti justum stipendium, seu subsidium reddendum regibus ad sustentanda onera muneris sui", l. 5, c. 13, n. 7. Dedicada a esta importante materia seis interesantísimos capítulos del l. 5 (del 12 al 18). La causa, cantidad, duración de los tributos están determinadas por su relación con el bien común, l. 5, c. 15, n. 3.

(48) L. 5, c. 13, n. 7.

(49) La ley humana en esta materia señala y determina el "medium virtutis", en este caso, de justicia conmutativa, a la que hay que someterse; l. 5, c. 13, n. 7.

(50) *Ibid.*

(51) L. 5, c. 19, n. 5.

(52) L. 3, c. 22, n. 4. Las referencias de estos autores se transcriben aquí literalmente de las citas de SUÁREZ.

b) *Niegan la posibilidad de una ley penal sin culpa previa:*

SILVESTRE.

ARMILLA, v. *Lex*; mas no parece hablar en consecuencia.

SOTO, que más que en la sustancia, difiere en el modo de hablar si se lee con atención.

SILVESTRE cita a STO. TOMÁS.

BELARMINO, quien al parecer se aviene a la misma opinión, Liber 3 de laicis, cap. II, probat 6 (53).

c) *Rechazan, además, la distinción entre leyes morales, penales y mixtas:*

NAVARRO, como novedad.

SILVESTRE y ARMILLA, como pueril, verbal e inútil (54).

B) *Fautores de las leyes meramente penales*

a) *Admiten el hecho de ordenanzas o estatutos que no obliguen en conciencia al acto inmediato que ordenan:*

SANTO TOMÁS, 2, 2, Q. 186, art. 9 ad 2,

ANGEL, *Inobedientia*, n. 1.

ENRIQUE DE GANTE, *Quodlibetum* 3, Q. 1, 2, y

CASTRO, L. 1, *De lege poenali*, c. 5, 8, 9 (55), quienes—los tres últimos—usan también la triple división de leyes meramente penales, morales y mixtas (56).

b) *Pueden interpretarse como en favor de las leyes meramente penales* todos los autores que, no excluyendo toda obligación moral de los efectos de la ley, dicen que ésta no obliga en conciencia si el príncipe declara suficientemente ser ésta su intención;

CASTRO, quien lo explica profusamente, y lo admiten:

SILVESTRE, v. *Lex*, Q. 9, casus 1;

SOTO, Q. 6, a. 4;

NAVARRO, Casus 23, n. 48 et 49;

COVARRUBIAS, *In reg. peccatum*, P. 2, § 5, y

(53) L. 5, c. 4, n. 1.

(54) L. 5, c. 4, n. 2.

(55) L. 3, c. 22, n. 5.

(56) L. 5, c. 4, n. 2.

DRIEDO, L. I, *De libertate christianorum*, c. 3 (57).

c) *Suponen claramente la posibilidad de leyes que obliguen bajo pena, sin obligación moral al acto por cuya transgresión se impone:*

NAVARRO,

VICTORIA, *Relectiones de potestate civili*, n. 20,

CASTRO, y los que admiten la triple distinción de la ley (58).

En otras cuestiones secundarias reseña SUÁREZ alguna que otra discrepancia de opinión respecto a algún otro autor.

En lo nuclear del problema de las leyes meramente penales lo referido refleja el estado de opinión de los teólogos principales *según* SUÁREZ.

(57) L. 3, c. 22, n. 10.

(58) L. 5, c. 4, n. 2.

CAPITULO II

PREDECESORES Y CONTEMPORANEOS DE SUAREZ EN LA TEORIA DE LAS LEYES MERAMENTE PENALES

SUMARIO :

1. Razón de un esbozo histórico sobre la teoría de las leyes meramente penales.—2. Constituciones de la Orden de Predicadores.—3. Humberto de Romanis, O. P.—4. Santo Tomás de Aquino, O. P.—5. Enrique de Gante.—6. Medios de averiguar la intención del legislador en Enrique de Gante.—7. Las "Summas" y otros documentos.—8. Silvestre Prietas.—9. Cardenal Cayetano, O. P.—10. Juan Driedo, S. J.—11. "Summa Armilla", O. P.—12. Francisco de Vitoria, O. P.—13. Alfonso de Castro, O. F. M.—14. Domingo Soto, O. P.—15. Diego de Covarrubias.—16. Martín de Azpilcueta, Doctor Navarro.—17. Algunos contemporáneos de Suárez: Gregorio de Valencia, S. J., Gabriel Vázquez, S. J., Juan de Salas, S. J., Bartolomé Miguel Salón, O. S. A., Roberto Belarmino, S. J.—18. Conclusiones del esbozo histórico de la teoría de las leyes meramente penales. I) Evolución del concepto de ley meramente penal.—19. El hecho que las origina y la teoría sobre este hecho.—20. II) Algunas observaciones sobre el origen histórico de la teoría de las leyes meramente penales.—21. Influencia de las Reglas de los religiosos en el origen de la teoría de las leyes meramente penales.—22. ¿Es Enrique de Gante el verdadero autor de esta teoría?—23. III) Crítica del argumento de autoridad aducido por Suárez en pro de las leyes meramente penales.

I. RAZÓN DE UN ESBOZO HISTÓRICO SOBRE LA TEORÍA DE LAS LEYES MERAMENTE PENALES.

RÉNARD (1) cree poder señalar como causa de la decadencia y crisis de la teoría de las leyes meramente penales, entre otras, su sutileza e imprecisión...

Realmente, a poco que se ahonde en el estudio de esta construcción jurídica en los autores de hoy y en los de ayer, es inevitable la sensación de imprecisión de términos y con no poca frecuencia hasta de ambigüedad y confusión.

(1) RENARD, *Le théorie des leges mere poerales*, p. 58.

Se citan autores precedentes y se repite fragmentariamente unas veces y otras con sentido distinto la doctrina que se tiene por tradicional.

El resultado es, desde luego, una confusión mayor y una diversidad de *conceptos* de ley meramente penal que bien poco o nada se parecen unos a otros, salva la coincidencia en la nota sustancial generalísima: "Leyes que no obligan en conciencia".

¿Cuál es el concepto verdadero de ley meramente penal? ¿A qué autor se puede atribuir la paternidad del verdadero concepto de modo que pueda imponerlo como patrón o punto de referencia para los demás autores?

La diferencia estriba en que unos autores se contentan con admitir las leyes meramente penales y dar su opinión en los puntos doctrinales o prácticos que plantean, mientras que otros tienen la preocupación de la lógica en la estructura ideológica que visten sobre la teoría.

La crítica de la teoría de las leyes meramente penales exige, ante todo, la precisión de la noción misma de ley meramente penal.

Reputamos sería de la mayor importancia un estudio completo de la evolución histórica del concepto y de la teoría de las leyes meramente penales (2). Imperfecto y todo, el esbozo que la índole de nuestro trabajo nos impone y permite dará pie a observaciones de gran utilidad no sólo para vislumbrar el proceso evolutivo de ley meramente penal, sino para la crítica que podría hacerse de la teoría en general y para la que intentaremos en SUÁREZ.

2. CONSTITUCIONES DE LA ORDEN DE PREDICADORES. (Capítulo General de París, 1236.)

"Recuerdo haber oído a los más antiguos, aun antes de ser escrita la declaración del Capítulo General de París, que ésta era la intención de la Orden, a saber: que las constituciones no obligasen bajo culpa. Por esto Sto. Domingo, en el Capítulo de Bolonia (1220 ?, 1221 ?), para consuelo de los hermanos pusilánimes, declaró que las mismas Reglas no obligan siempre bajo pecado; pues que si esto se creyese, querría andar siempre por los claustros para borrar con su navajita todas las Reglas. Me lo dijo un hermano que lo oyó" (3).

La declaración del Capítulo General de la Orden de Predicadores tenido en París en 1236, a que hace referencia aquí el que fué su quinto Maestro General durante nueve años, HUMBERTO DE ROMANIS, y que cons-

(2) Cf. los interesantes trabajos sobre el origen de las leyes meramente penales: VAN-GHELUWE, L., en "Ephemerides Theologicae Lovanienses", 16 (1939), pp. 383-429, y MAZON, *Las Reglas de los religiosos*, pp. 237-266.

(3) HUMBERTO DE ROMANIS, *Opera de vita regulari*, II (Romae, 1888), p. 46.

tituía un caso insólito en la historia de la legislación eclesiástica, era la que *declaraba ser voluntad del Capítulo que las constituciones no les obligasen bajo culpa, sino bajo pena, a no ser que interviniese algún precepto o se infringieran por desprecio* (4).

3. HUMBERTO DE ROMANIS († 1277) (5).

Esta declaración capitular—según HUMBERTO DE ROMANIS—contribuyó a la unidad de la Orden, eliminando la diversidad de pareceres acerca de la obligación moral de las constituciones, y a la paz de las conciencias turbadas por no pocos escrúpulos que nacían de aquí.

Pero, se pregunta, ¿podía hacer esto el Capítulo?

La respuesta afirmativa se basa en el principio de la voluntad o intención del legislador, que puede querer mandar de esta forma y no de otra (6).

Y no es injusta, porque aunque es cierto que no se puede castigar a nadie sin culpa; *quien lo quiera puede perfectamente obligarse a la pena sin culpa previa*. Así lo hacen los hermanos que se someten a esta ley (7).

A nuestro propósito conviene subrayar particularmente dos ideas en este comentario de HUMBERTO DE ROMANIS a las constituciones:

a) El principio de la necesidad de la intención del legislador para determinar el modo de la obligación de la ley (8).

b) La libertad con que los religiosos se someten para su santificación a la legislación de una determinada Orden religiosa.

¿Es esta constitución que comenta HUMBERTO DE ROMANIS la base y el fundamento de la teoría de las leyes meramente penales?

(4) Item confirmamus hanc constitutionem, quod in constitutionibus ubi dicitur: "ea propter unitati et pacti", etc. volumus et declaramus ut constitutiones nostrae non obligent nos ad culpam sed ad poenam, nisi propter contemptum vel praeceptum", *Monumenta Historica O. P.*, T. 3, Acta Capitulum Generalium, v. 1, p. 8.

(5) Su comentario incompleto a las Constituciones parece haberlo escrito después del Capítulo de Londres de 1263, casi contemporáneamente a la *Summa Theologica* de Santo Tomás (1265-72). Cf. QUETIF-ECHARD, *Scriptores Ordinis Praedicatorum*, I (París, 1719), pp. 141-148.

(6) "Respondeo: quod sic, quia in mandatis et statutis maxime attenditur intentio voluntatis mandantis vel statuentis. Unde si nullo modo vult ita obligare quod surgat ex transgressione peccatum, nullo modo ex transgressione sola incurretur peccatum", *Opera de vita regulari*, II, p. 46.

(7) "... volens bene potest obligare se ad poenam sine culpa. Et sic faciunt fratres qui voluntarie se subiciunt huic legi" (ib.).

(8) "Con claridad meridiana—comenta MAZON (*Las Reglas de los religiosos*, p. 239)—establece un principio que, aunque será combatido con el correr de los tiempos, jamás será echado por tierra: la fuerza de obligar que tiene la ley, depende de la intención del legislador." Pero HUMBERTO DE ROMANIS, como manifiesta el mismo MAZON (p. 241), "no menciona siquiera las leyes civiles". Limitemos, por tanto, también a la legislación de los religiosos el principio "que jamás será echado por tierra". No lo discutimos ahora, pero puede permanecer intacto aplicado a una peculiar legislación y ajustarse menos lógicamente a otra...

4. SANTO TOMÁS. (*Summa Theologica*, escrita entre 1265-1272.)

Como en muchas cuestiones disputadas en el campo de la Teología católica, no podía suceder de otro modo con la teoría de las leyes meramente penales. Santo Tomás, ¿las defiende o las impugna? ¿Sus principios, al menos, favorecen a la teoría de las leyes meramente penales? (9).

Creemos sinceramente, con VANGHELUWE (10) y MAZÓN (11), que el Doctor Angélico, como HUMBERTO DE ROMANIS, no tuvo más preocupación que el estudio de sus Reglas y las aplicaciones que sugería la peculiar declaración de sus propias constituciones. Y, además, es tan impreciso su lenguaje que, para sacar de sus afirmaciones alguna posible aplicación a las leyes civiles, deberán hacerse suposiciones y ver hipotéticas alusiones en donde positivamente no se puede probar que existan (12).

Discute SANTO TOMÁS (13) la obligación de las Reglas y Constituciones religiosas y a la objeción que dice: Imponiéndose la Regla como ley, pecará mortalmente el monje que la quebranta, contesta: No todo lo que en la ley se contiene se dicta a modo de precepto, sino que algo en ellas se propone *a modo de ordenación o estatuto que obliga a cierta pena*; del mismo modo que la transgresión en la ley civil de un estatuto legal no hace siempre al culpable digno de la pena de muerte (14).

SUÁREZ (14 bis) ve en estas palabras una confirmación del hecho de las leyes meramente penales, aunque el Angélico difiera en la cuestión puramente verbal, no llamando a las leyes sino ordenaciones o estatutos.

Según SUÁREZ, se contrapone aquí el precepto estricto que obliga en conciencia y el estatuto y ordenación que no obliga.

Esto no lo dice SANTO TOMÁS. "Obligan—dice—*a cierta pena*"; no, sólo a la pena.

(9) En favor de la teoría aducen la autoridad de Santo Tomás, VERMEERSCH, *Theologia Moralis*, I, n. 172; VAN HOVE, *De Legibus Ecclesiasticis*, I, Mechliniae-Romae, 1930, n. 148; en contra, invocan a Santo Tomás como propugnador de un concepto objetivo del derecho: RENARD, *La theorie...*, p. 22; GILLET, *Conscience chrétienne...*, p. 241; KOCH, *Zur den Lehre den sog. Pönalgesetze*, in "Theologische Quartalschrift", 82 (1900), p. 247; BRISBOIS, *A propos des lois purement pénales*, en "Nouvelle Revue Théologique", 65 (1938), p. 1.072.

(10) VANGHELUWE, *De lege mere poenali*, en "Ephemérides Theologicae Lovanienses", 16 (1939), p. 393.

(11) MAZÓN, *Las Reglas...*, p. 246.

(12) Así, a pesar de su afirmación anterior, MAZÓN (p. 261), para confirmar su tesis, da como muy probable que Santo Tomás aluda en el lugar que vamos a citar de la *Summa* a ciertos estatutos y ordenaciones civiles que no obligaban más que a la pena.

(13) *Summa Theologica*, 2, 2, q. 186, art. 9.

(14) "Ad secundum, dicendum quod non omnia quae continentur in lege traduntur per modum praeccepti, sed quaedam proponuntur per modum ordinationis cuiusdam, vel statuti obligantis ad certam poenam: sicut in lege civili non facit semper dignum poena mortis corporalis transgressio legalis statuti. Ita nec in lege Ecclesiae omnes ordinationes vel statuta obligant ad mortale. Et similiter nec omnia statuta regulae" (ib. ad 2). Cf. casi con las mismas palabras en Quod. I, a. 20.

(14 bis) *De Legibus*, I, 3, c. 22, n. 5.

Además, como veremos en su lugar, ¿es sólo cuestión de nombres lo que en este punto se debate?

El pensamiento del Doctor Angélico sobre punto tan importante de las doctrinas de las leyes no debe escudriñarse, a nuestro juicio, sometiendo al análisis de la lupa crítica un texto aislado, conciso en palabras y vago en su sentido. ¿Cuál es su doctrina general sobre la ley positivo-humana? ¿Qué principios rigen los efectos del acto jurídico? ¿Cuáles son las fuentes—causas próximas y remotas—de la fuerza moral que tienen para ligar la conciencia de los súbditos? ¿Qué criterios prácticos ofrece para determinar la justicia interna y, por tanto, la relación de las leyes con el bien común? Y si en el conjunto luminoso de toda su doctrina jurídico-moral, formando un todo lógico, solidísimo, no aparece ni una alusión clara a las leyes particulares que nos ocupan, ¿no será razón suficiente su silencio para al menos no invocar la autoridad de su doctrina en favor de las mismas?

5. ENRIQUE DE GANTE († 1293).

La historia de la teoría de las leyes meramente penales, puede decirse sin exageración, se desarrolla toda en torno a ENRIQUE DE GANTE, el Doctor Solemne.

El tercero de sus “quodlibetos”, surgidos de las disputas públicas que se tenían en la Universidad de París, pocos años después de la muerte de SANTO TOMÁS (15), lo consagra a esta cuestión: “¿Se pueden infringir, sin pecado, los estatutos puramente penales, pagando la pena?” (16).

Veremos acudir a los textos que vamos a estudiar en este “quodlibeto”, de modo indefectible, a los defensores de las leyes meramente penales, y a los enemigos de la teoría para impugnarla, como primer sistematizador de la misma, aun cuando unos y otros deformen muchas veces su pensamiento y olviden el íntimo sentir del autor.

Mientras no aparezcan vestigios doctrinales anteriores, habrá que reconocerle como padre de la terminología, al menos en parte, de la teoría de las leyes meramente penales y de la doctrina misma, más que por ofrecer ya en un todo lógico y perfecto la teoría de tales leyes, por ser el primero en expresar las ideas que son indudablemente el principio sobre el que las vistieron concienzudamente el franciscano ALFONSO DE CASTRO y el jesuíta FRANCISCO DE SUÁREZ.

(15) Cf. GLORIEUX, *La littérature quodlibétique* (Kain, 1925), p. 350, y *Repertoire des Matres en Théologie de Paris au XIII siècle*, (Paris, 1933), p. 388. Sobre Enrique de Gante se encontrará abundante bibliografía en MAZON, *Las Reglas...*, p. 246, nota 25.

(16) “Utrum absque omni peccato, solvendo poenam, possit homo transgredi statuta pure poenalia”, *Quodlibet.*, 3, q. 22.

Como a máxima autoridad en la materia, le cita este último (17) entre los defensores de la triple división de las leyes y entre los que aceptan el hecho de ordenanzas que no obligan en conciencia.

Pero probablemente el mismo ENRIQUE DE GANTE se habría espantado ante las proporciones que, cultivado por CASTRO y SUÁREZ, adquiriría e iba a adquirir entre los autores modernos el grano de mostaza de aquellos principios expuestos con cierto temor vacilante y con las precauciones de mil distingos de conciencia timorata.

Parece que obrando así (no obedeciendo a la ley penal, pero pagando la pena)—dice—no se peca. “Porque *una cosa semejante, al parecer, acontece* en los estatutos de los Príncipes y de las religiones. Y el que quebranta estos estatutos de los Príncipes pagando la pena, no peca desobedeciendo en algo al legislador... (“in aliquo provocando principem”); luego...”

Pueden equipararse—viene a decir—las Reglas de los religiosos a estos estatutos penales y civiles en los que, aunque no se cumplan, si se paga la pena que imponen, no se peca.

“A los que obedecen hay que honrarles como a ángeles. Pero a los que desobedecen, azotarles como asnos. *La intención principal del legislador en todo estatuto penal no mira a la pena; sería tiranía y crueldad*; mira, por el contrario, a la observancia de algún acto de virtud y de costumbres en materia de leyes; al que añade una pena para forzar más eficazmente a los súbditos a que no lo infrinjan... Por consiguiente, de modo absoluto debemos afirmar que no existe estatuto penal, sin que al propio tiempo obligue de algún modo bajo culpa a los que a él se sometan.”

Pero esto, ¿cuándo y cómo?

“Conviene saber, para inteligencia de lo que decimos, que el estatuto penal puede darse de dos maneras: una por separado del estatuto de la observancia legal, de modo que sean dos estatutos (por ejemplo, nadie hable después de completas, y quien hablare, rece los salmos penitenciales)... Su transgresión obliga siempre bajo culpa...”

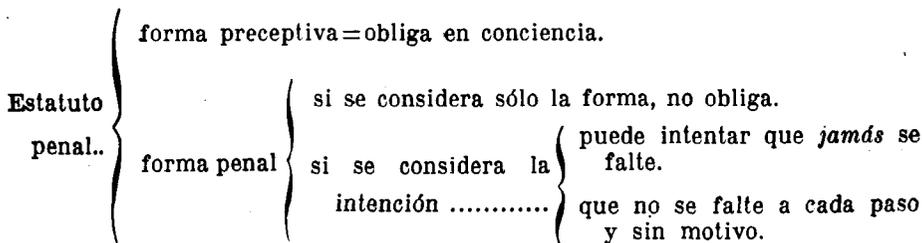
De otra manera, puede dictarse un estatuto penal, de modo que en uno mismo se encierre aquella observancia, por cuya transgresión se impone la pena, y así no sea más que un decreto (por ejemplo, quien hablare después de completas, rece los siete salmos penitenciales). Sobre este modo de mandar conviene considerar dos cosas: la forma o modo de mandar y la intención del que manda.

Considerando el estatuto penal en cuanto a la forma y al modo de mandar, obliga sólo a pagar aquella pena, y en modo alguno a la culpa,

(17) *De Legibus*, l. 3, c. 22, nn. 5 y 10; l. 5, c. 4, n. 2.

como no sea *per accidens*, si lo hace por desprecio o no quiere pagar la pena debida y establecida del modo como se señala en el estatuto. Pero si se considera un precepto semejante *refiriéndolo a la intención del que manda*, entonces hay que tener por entendido que en este o semejante estatuto la intención del legislador puede ser o reforzarlo por medio de aquella pena y por el temor de la misma conseguir que en modo alguno se falte en lo que la pena afecta, o puede ser la de reforzar e inducir con el temor de la pena no a que en modo alguno se quebrante, sino sólo a que no se haga a cada paso, y sin causa racional, o por una causa leve (18).

Reducido a esquema:



(18) "Circa primum arguitur quod absque omni peccato solvendo poenam possit homo transgredi statuta pure poenalia. Quia simile quoad hoc (ut videtur) est in statutis Principum, et Religionum. Sed transgrediens statuta Principum, et solvens poenam non peccat in aliquo provocando principem... etc." "Obedientes... oportet honorare ut angelos. Inobedientes autem flagellare ut asinos. In omni ergo statuto poenali, principalis intentio statuentis non attendit ad poenam; hoc enim tyrannidis esset, et crudelitatis, sed attendit ad alicuius operis virtutis, et legalis consuetudinis observantiam, ad quam ut legi subjectos fortius astringat, ne per inobedientiam transgrediantur, poenam adiungit... Dicendum est igitur absolute, quod non est aliquod statutum poenale, quin etiam transgressores obliget aliquo modo ad culpam. Sed quando hoc, et quomodo? Ad cuius intellectum sciendum, quod statutum poenale dupliciter potest institui. Uno modo, seorsum a statuto observantiae legalis, ut sint duo statuta (v. g., nadie hable después de completas, y el que hable, rece los siete salmos penitenciales)... ejus transgressio obligat semper ad culpam...

... Alio vero modo potest institui statutum poenale simul implicando circa ipsum observantiam illam propter cuius custodiam poena statuitur propter ejus transgressores circa talem casum necessitatis iam dictum, ut non sit nisi unum statutum (v. g., el que hablare después de completas, rece los siete salmos penitenciales). In quo modo statuendi est duo considerare, et formam et modum statuendi, et intentionem statuentis. Si quidem consideremus hujusmodi statutum primo modo, scilicet quantum ad formam, et modum et formam statuendi, patet quod in eo poena principaliter statuitur, et observantia propter quam statuitur, scilicet ne quis post completorium loquatur, nullo modo ex forma statuti instituitur, sed solum tamquam factum materiale, quo contingente poena reddenda est, quae in statuto implicatur. Et ideo dicendum quod hujusmodi praeceptum poenale, quantum ad formam, et modum statuendi obligat solummodo ad poenam illam solvendam, et nullo modo ad culpam; nisi per accidens propter contemptum, si debita, et statuta poena ab eo modo quo statuta est, non solvatur. Si vero hujusmodi praeceptum consideretur, referendo ipsum ad intentionem statuentis, tunc intelligendum quod in hujusmodi, vel consimili statuto intentio statuentis potest esse per poenam statutam astringere, et timore poenae ex obliquo inducere, ne omnino fiat illud factum, circa cuius transgressionem poena illa statuitur, vel potest esse ejus intentio astringere, et inducere timore poenae non ne omnino fiat, sed solum ne fiat passim, et sine rationabili aut ex levi causa". *Quodlibet.*, 3, q. 22.

6. ¿Cómo llegar a conocer si la intención del legislador es absolutamente prohibitiva o sólo para que no se falte a cada paso y sin causa que lo justifique?

El primer modo se da en cosas simplemente ilícitas y malas por su naturaleza (si alguno fuese acusado por el Sínodo de fornicación, pague nueve libras al Obispo). Aunque por la forma y calidad del estatuto no obligase más que a la pena, por la intención y naturaleza del objeto de la pena, obliga bajo culpa.

El segundo modo es cuando se trata de cosas en sí indiferentes (hablar después de completas).

Tratándose de algo indiferente en sí, la intención del que manda, si ha de ser racional, no puede ser que en modo alguno y por nada alguien hable después de completas, pues podría ser esto en algún caso de grave daño; sino que no se hable a cada paso y temerariamente por motivos leves.

Cuando ocurre esta causa verdadera y racional, no sólo no peca el que habla rezando luego los siete salmos prescritos, ni desmerece, sino que obra meritoriamente. La pena entonces será cumplida, sin culpa, ciertamente, pero no sin causa (19).

Esta es la doctrina del Doctor Solemne, ENRIQUE DE GANTE. A su propósito queremos, de momento, subrayar las ideas siguientes, de mayor trascendencia en la materia que nos ocupa:

a) Nótese la consideración *verbal* de la ley ante la que, sin embargo, *prevalece la fuerza interna de la intención del legislador*, que, a su vez, se supone querrá ajustarse a la naturaleza de la materia objeto de la ley.

b) Por esto puede preguntarse: ¿el que un estatuto penal obligue siempre, sin excepción, o sólo cuando no hay causa racional para la infracción, de qué depende, en último término, de la intención del legislador o de la naturaleza de lo prescrito? Indudablemente, de esta última, ya que es éste el criterio objetivo que ENRIQUE DE GANTE ofrece para la averiguación de la intención del que la promulga. Se supone que racionalmente no ha querido que obligase su ley, cuando ni la materia lo imponía, ni era racional la obediencia por una causa objetiva excusante. La pena (sin culpa).

(19) "Secundum primum modum fit statutum poenale super illo, quod simpliciter sit illicitum, et de natura sua malum... Tale statutum poenale cum hoc, quod solum obligat ad poenam determinatam ex forma et qualitate statuti, tamen ex intentione statuentis, et naturae rei, quia est de simpliciter malis, obligat ad culpam, quae ex solutione hujusmodi poenae non statim explatur."

"Secundum alium modum fit statutum poenale super illo quod est de se indifferens, ut in proposito est, loqui post completorium, quia hoc in casu aliquo potest vergere in magnum damnum. Et etiam debet esse intentio ejus non solum ut non loquatur in casu magnae necessitatis, de quo iam dictum est, sed quod non loquatur in multis casibus inferioribus, scilicet ne passim, et temerarie, aut ex levi causa loquatur." *Quodlibet.*, 3, q. 22.

pero no sin causa) tiene la misión de evitar que los súbditos consideren a cada paso como legítimas causas de poca monta. Sin embargo, *hay en el Gandavense una referencia clara a la intención del legislador.*

c) Hay ordenanzas civiles que, al parecer, no obligan en conciencia, como sucede con las Reglas de los religiosos. Pero en uno y en otro caso vale el criterio ofrecido anteriormente: se supone que no urge la obligación moral al acto cuando se trata de materia indiferente y *no hay una causa legítima que excuse la obediencia hasta el punto de obrar meritoriamente faltando a lo prescrito.* Lo cual no es afirmar simplemente, como quiere SUÁREZ al alegar la autoridad del Doctor Solenne (20), que admita el hecho de ordenanzas que no obligan en conciencia.

d) Aunque aplique su doctrina a ambas legislaciones (21), el ejemplo aducido para explicar cómo en algún caso el legislador puede haber tenido, dada la materia de la ley, la intención de obligar en aquellas condiciones, es siempre de las Reglas de los religiosos.

7. LAS "SUMMAS" Y OTROS DOCUMENTOS.

Período de comentarios más o menos amplios y de referencias más o menos afortunadas a la doctrina sobre la ley del Doctor de Aquino o del Gandavense.

a) *Summa Confessorum* (1314), de JUAN DE RUMSIK o de FRIBURGO, O. P. († 1317). La recordamos porque en ella se apoya casi toda la serie de *Summas* que en siglos posteriores la siguieron (22).

Su doctrina sobre la fuerza moral de la ley y sobre la obligación de las constituciones es la misma de SANTO TOMÁS (23).

b) *Decretales Clementinas* (1317), publicadas por el Papa JUAN XXIII (24). A ellas alude SUÁREZ (25), después de enumerar los autores que "admiten el hecho" de mandatos que no obligan en conciencia:

(20) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 5.

(21) "Et simile est de statutis Principum, et Praelatorum in consimili materia", *Quodlibet.*, 3, q. 22.

(22) Siguen, por ejemplo, a la *Summa Confessorum*, la *Summa Pisana*, de F. BARTOLOMÉ DE PISA, dispuesta ya como después se hizo comúnmente, por orden alfabético. Con los principios de Santo Tomás demuestra la injusticia de algunas leyes imperiales de su tiempo, que, por tanto—dice—, no pueden obligar en conciencia, *Summa Pisana* (Venetiis, 1481), v. *Lex et constitutio*, y la *Rosella Casuum* o *Summa Baptistina* de F. BAPTISTA TROVAMALA, O. F. M. († 1495), Argentora, 1516, que en *Lex et constitutio* reproduce la doctrina del Angélico sobre la obligación de las leyes humanas.

(23) RUMSIK, J., O. P., *Summa Confessorum*, Lugduni, 1519, *De Legibus et consuetudine*, l. II, tit. 5, q. 204, en la que resume la q. 98, art. 4, de la Prima Secundae; y *De sententia praecepti*, l. III, tit. 33, q. 11.

(24) Cf. FRIEDBERG, AEMILIUS, *Corpus Iuris Canonici*, II (Lipsiae, 1881), col. 1.194.

(25) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 5.

“Et sumitur ex Clementinis. *Exiit de paradiso* vers. Non tamen, de verborum significatione” (26).

En el lugar citado, sin embargo, no se encuentra al propósito más afirmación que ésta: no se puede creer que San Francisco quisiera obligar a sus hijos del mismo modo en todo lo contenido en su Regla; al contrario, claramente distinguió que acerca de algunas cosas la transgresión por la fuerza misma de las palabras es mortal, y de otras no; ya que para algunas usa palabras que denotan un precepto o algo equivalente, y para otras se contenta con otras palabras” (27).

Se trata, por tanto, del Superior religioso que en sus Reglas puede obligar según las palabras que emplee, bajo pecado mortal o pecado venial.

La extensión, primero, a la facultad de obligar no en grado distinto, sino a culpa o a pena, y segundo, en toda legislación—canónica o civil—es de SUÁREZ, no de las Decretales Clementinas.

c) Concilio Provincial de Toledo (1355).

Por su singularidad merece ser recordado aquí este documento. Este Concilio provincial, presidido por el Arzobispo Blas, ordena que lo mismo las constituciones de sus predecesores que las que emanen en el porvenir, de no expresar en ellas claramente lo contrario, no obliguen bajo culpa, sino bajo pena, con la intención de no abrumar las conciencias de los fieles (28).

No lo cita SUÁREZ, pero es un hecho histórico que puede ser indicio del conocimiento y difusión de la declaración de las constituciones de los PP. Dominicos, ya que parece tiene el mismo sentido de la declaración de aquellas constituciones y es en materia de legislación eclesiástica (29).

(26) C. 1, V, 11 in Clem., vers. *Nec tamen*, de verb. signif.

(27) “Nec tamen putandum est quod B. Franciscus professores hujus regulae quantum ad omnia contenta in regula, modificantia tria vota, seu ad alia in ipsa expressa intenderit aequaliter esse obligatos; quin potius aperte discrevit (decernit), quoad quaedam ipsorum ex vi verbi transgressio est mortalis, et quoad quaedam alia non, quum ad quaedam ipsorum verbum apponatur praecepti vel aequipollentis eidem, et quoad aliqua verbis illis sit contentus” (l. c.).

(28) “Ne onerentur culpae pondere ex transgressione constitutionum provincialium Christiani fideles, quibus (quos) divina pietas jugo suavi et oneri leviori sopperere misericorditer est dignata; sacro approbante concilio ordinamus, quod constitutiones provinciales praedecessorum nostrorum, et quae in futurum condentur, nisi aliter in condendis expresse fuerit ordinatum, non ad culpam, sed ad poenam tantum, eorundem obligent transgressores”. MANSI, T. 26, col. 411 (11-12, A). Cf. HEFELE-LECLERQ, *Histoire des Conciles* (Paris, 1915), VI, p. 933.

(29) El Arzobispo Juan, predecesor de Blas, había promulgado las Constituciones del anterior Concilio de Toledo (1324) referentes a disciplina eclesiástica, beneficios, etc., con estas palabras: “*Praecipimus* constitutiones per dominum legatum editas in concilio per eundem apud Vallemoleti celebrato, cum infrascriptis, per nos in praesenti concilio editis, *observari*...” (MANSI, T. 25, c. 730). Por no contener algunas verdadero precepto, por faltarles a todas, según el parecer de algunos, suficiente promulgación, parecía muy duro urgir la obligación en conciencia de aquellas Constituciones. Esto dió pie indudablemente a declaración tan semejante a la que el Concilio General de París añadió a las Constituciones de los Padres Dominicos.

d) *Summa Angélica*, de ANGEL CARLETI DE CLAVASIO, O. F. M. († 1493).

La frecuencia con que en SUÁREZ y en general en los autores del siglo XVI se la encuentra citada indica bien a las claras que la *Summa Angélica* tuvo una enorme influencia. Lutero, por su parte, le concedió los honores de la pública combustión y el dicitario de la sustitución del título de Angélica por el de *Plus quam diabólica* (30).

Hace un resumen claro, breve y fiel de la doctrina de ENRIQUE DE GANTE, al que cita, añadiendo sólo por su cuenta que en ninguno de los dos casos (dos preceptos en la misma ley o uno solo penal con el que el legislador quiere evitar la infracción injustificada y frecuente), la pena no obliga más que después de ser impuesta, supuesta la falta (31).

En otro lugar (32), al enumerar las leyes *que no obligan* en conciencia, repite esta idea: "Cuando la ley es penal: porque antes de la sentencia nadie tiene obligación de pagar la pena en el fondo de la conciencia."

Su autoridad en materia de las leyes meramente penales puede ser invocada en la medida que le corresponda a ENRIQUE GANDAVENSE.

8. SILVESTRE PRIEIRAS († 1523).

SUÁREZ cuenta al autor de la *Summa Sylvestrina* ("quae Summa summarum merito nuncupatur", se dice en el mismo título de la obra) (33), entre los principales adversarios de su doctrina de la ley meramente penal. Niega—dice (34)—la posibilidad de una ley humana sin obligación proporcionada a su materia, la posibilidad de una ley penal sin culpa previa, y rechaza como pueril é inútil la triple distinción de ENRIQUE DE GANTE, pero—afirma en otra parte (35)—se puede interpretar su doctrina de modo favorable a la teoría de las leyes meramente penales, al decir que la ley no obliga en conciencia si el legislador no declara suficientemente la voluntad de obligar.

Ponderemos estas afirmaciones de SUÁREZ, comprobándolas en la obra de PRIEIRAS.

(30) Cf. HURTER, *Nomenclator litterarius Theologiae Catholicae* (Oeniponte, 1906), II, 1072-3.

(31) ANGELUS CARLETI DE CLAVASIO, *Summa Angelica* (Venetis, 1478), v. *Inobedientia*.

(32) *Summa Angelica*, v. *Lex*.

(33) SYLVESTRE PRIEIRAS, *Summa Sylvestrina* (Lugduni, 1533), cf. HURTER, II, 1345.

(34) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 4; l. 5, c. 4, n. 1.

(35) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 10: "Atque in hoc sensu dixerunt multi auctores legem non obligare in conscientia, quando legislator sufficienter declarat, hanc esse intentionem suam, ut tractat late Castro..., et admittunt Sylvester, verb. *Lex*, q. 9, a. 1, etc."

1.º Es cierto que rechaza la distinción de leyes expresadas con palabras imperativas o sólo con la conminación de la pena (36), y lo hace con un desenfado que CASTRO (37) le reprocha por ligero e inmodesto. Pero quizá por no haber leído a ENRIQUE DE GANTE o por haberlo hecho rápidamente, como le reprocha ALFONSO DE CASTRO, también es cierto que la interpretación que PRIEIRAS da a la distinción del Gandavense es inexacta. Es para negar la distinción, pero la presenta insistiendo sólo en la forma externa del precepto, prescindiendo de la intención que según ENRIQUE DE GANTE, como hemos visto, era en el legislador de capital importancia. Tenemos, a nuestro juicio, un paso, y no de poca trascendencia, en el proceso evolutivo en la formación de la teoría de las leyes meramente penales. La consideración de la forma verbal de la ley tenía en el Gandavense un sentido inocente que, a partir de SILVESTRE PRIEIRAS, no le darán los autores que le citen y en él se apoyen.

2.º La segunda afirmación de SUÁREZ es que puede interpretarse al Prierate en favor de las leyes meramente penales cuando dice que una ley no obliga al acto si el legislador declara suficientemente ser ésta su intención. La referencia, a nuestro modo de ver, y la interpretación son inexactas. No vemos la aplicación posible del texto—si no es forzándole y dándole un sentido que no tiene—a la opinión de SUÁREZ.

PRIEIRAS (38), copiando la *Summa Angélica* (39), enumera los once casos en los cuales una ley canónica o civil, hasta preceptiva, no obliga en conciencia. “El primero es cuando la ley civil distingue entre el fuero de la conciencia y el contencioso; porque no será observada en el fuero de la conciencia por la autoridad de la misma ley” (40). Y citan PRIEIRAS y la *Summa Angélica* el c. 26, X, de *sponsalibus et matrimonio*, IV, 1, de las Decretales de Gregorio IX.

Se trata de una causa matrimonial en la que se presume en el fuero externo el consentimiento dado con palabras ambiguas, simulando el nombre del contrayente; evidentemente, en el fuero interno la obligación sigue

(36) “... ista distinctio est verbalis tantum et puerilis; quia nullus apponit poenam statuto, nisi quia vult aliquid fieri vel omitti; ideo dicit indistincte cum Sto. Thoma, quod omnes leges humanae obligant in conscientia sive ad culpam, modo sint justae... *Summa Sylvestrina*, v. *Inobediencia*.”

(37) “Ut tamen rem hanc legitime tractasset, debuisset prius Henrici litteram legere, et bene illius sensum perscrutari, qui si illi ob aliquam iustam causam displicisset, merito ab illo discedere potuisset; sed cum modestia et christiana urbanitate, qualis decet virum theologum...”, *De potestate legis poenalis*, 2 v. (Lugduni, 1554), l. 3, n. 9.

(38) *Summa Sylvestrina*, v. *Lex*, quaer. 9, cas. 1.

(39) *Summa Angélica*, v. *Lex*, 4.

(40) “In casibus undecim lex canonica, civilis aut etiam praeceptiva, in foro conscientiae non est servanda. Primo quando lex civilis distinguit inter forum conscientiae et contentiosum, quia non servabitur in foro conscientiae auctoritate ipsius legis, c. tua, et quod ibi notatur de spons.” (ib.). Cf. FRIEDBERG, *Æ.*, *Corpus Iuris Canonici*, II (Lipsiae, 1881), col. 670.

a la verdad, siendo ilícito atenerse a la sentencia del contencioso. SUÁREZ mismo expone este caso clarísimamente en el l. 3, c. 23, nn. 1-2 del Tratado *De Legibus*.

¿Puede decirse ésta una ley que no obligue en conciencia por excluir esta obligación la intención del legislador?

Además, si el sentido de este texto de PRIEIRAS es el que SUÁREZ le da, ¿es compatible con las ideas que según el mismo SUÁREZ le constituyen impugnador y adversario de las leyes meramente penales y que hemos transcrito más arriba? (41). Rechaza como pueril e inútil una distinción que él mismo explícitamente enseñaría más adelante.

9. CARDENAL CAYETANO, TOMÁS DE VIO, O. P. († 1534).

SUÁREZ (42) asiente plenamente a las afirmaciones del célebre comentarista de la *Summa*, sobre la universalidad de la constitución que quita toda obligación en conciencia de las Reglas de la Orden de Predicadores: a la culpa y a la pena (43).

10. JUAN DRIEDO, S. J. (1480-1535).

En su obra inacabada *De Libertate Christiana* ofrece el jesuíta DRIEDO una fase más adelantada e importantísima en el desarrollo de la teoría de las leyes meramente penales.

No sin razón le puede citar SUÁREZ entre los propugnadores del principio: la obligación en conciencia de una ley depende de la intención del legislador.

Sin citarle, se ve claramente que glosa, paso a paso, el conocido pasaje de ENRIQUE DE GANTE, para determinar la obligación que hay a la pena.

Cuando en la ley penal hay dos preceptos—dice (44)—, el transgresor, aunque faltando al acto mandado peque, no tiene obligación de cumplir la pena, a no ser que la intención del legislador hubiese sido que el tal pre-

(41) Véase la nota 36 de este mismo capítulo.

(42) *De virtute et statu religionis*, T. 16, *De obligat. religios.*, l. 1, c. 2, n. 13.

(43) CAYETANUS, *Commentaria in Summa Theologica*, Ed. Leonina (Romae, 1899), in 2, 2 q. 186, a. 9, VI.

(44) "Ceterum hoc sciendum est, quod in statuto poenali plerumque duo sunt in praecepto veluti si dicatur: Statuimus ne quis tale quid faciat, quod si fecerit talis imponatur illi poena aut ad arbitrium superioris sic vel sic puniatur. Transgressor constitutionis hujus generis non obligatur poenam solvere, nisi ad solvendam illam condemnatur, quamvis peccet etiam, etsi paratus sit poenam solvere, nisi intentio statuentis fuerit tale statutum non obligare transgressorem ad ullam culpam, sed solum ad solvendum poenam, ubi a superiore fuerit taxata et imposita, quae admodum statuta Praedicatorum in quorum regula dicitur: nolumus quod statuta nostra obligent ad culpam, sed solum ad poenam. Quod si vigor statutí poenam taxet et impositam explicet secundum rationabilem statuentis intentionem, jubens transgressorem debere

cepto no obligue al que ha faltado, bajo culpa alguna, sino a pagar la pena..., etc. Si el rigor del estatuto da a entender que la intención del legislador ha sido imponerla de modo que el que falta tenga que pagar espontáneamente, antes de que nadie se la imponga, peca si no obra. Cita en ambos casos las constituciones de los PP. Dominicos y el ejemplo de los siete salmos penitenciales.

Cuando la constitución penal no tiene más que un precepto solo, si no se falta por desprecio a la ley no se peca, con tal que se esté dispuesto a pagar la pena si fuera sorprendido infringiendo *ocultamente* aquel estatuto penal (45). Tales son los estatutos de los Rectores de las Universidades y de los Magistrados, que imponen el asistir a la misa solemne "sub poena trium grossorum" o prohíben andar sin luz por la calle después del toque del Angelus, bajo pena de un ducado, o que nadie lleve armas, bajo pena de perder las armas o los vestidos.

Es fácil observar en el texto transcrito de JUAN DRIEDO, con una claridad que no hemos visto en ningún autor precedente:

1.º Depende de la intención del legislador el que la ley obligue sólo a la pena, o a la pena y al acto, y la clara aplicación de este principio a otros estatutos civiles del mismo modo que se verifica en las constituciones dominicanas.

2.º Considera casi exclusivamente la forma de la ley sin tener en cuenta la intención primaria del autor de la misma: que se cumpla el acto por cuya transgresión la pena se impone. Por esto hay que suponer e in-

poenam ultro et ex semetipso debere solvere sub reatu culpae, jam peccat transgressor non solvens poenam, etiam ad illam non condemnatus per Superiorem, veluti si dicatur horis et locis debitum silentium teneatur, si quis in oratorio fregerit silentium, legat septem psalmos poenitentiales.

Interdum vero constitutio poenalis continet unum solum praeceptum, veluti cum dicitur: statumimus si quis tale quid fecerit, talem luat poenam. Et transgressor statuti hujus generis non peccat, modo absque contemptu transgrediatur, paratus poenam solvere aut luere, ubi fuerit deprehensus. Et quia nemo obligatur ante condemnationem solvere poenam, quae aut lege taxata non est, aut si lege sit taxata, decernitur imponenda a Superiore, ideo non peccat sine contemptu transgrediens occulte poenale illud statutum. Hujusmodi sunt statuta et praecepta rectorum in Universitatibus, quibus praecipitur unumquemque generalibus conciliis, congregationibus et missarum solemnibus debere adesse, sub poena trium grossorum, aut neminem post pulsam campanae posse foras ire sine lumine, sub poena unius ducati, et alterius mulctae pecuniarum, aut nemo posse portare arma sub poena amissionis armorum et vestum." *De Libertate christiana* (Lovanii, 1540), l. 1, art. 3.

(45) Por todo comentario a estas palabras de DRIEDO, reflejando y traduciendo a la realidad práctica el concepto teórico de ley meramente penal, véanse estas ideas de JANSSEN, *Des lois pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 50 (1923), p. 122: "On rendrait donc très mal le véritable aspect d'une loi pénale, on la caractériserait très imparfaitement, en disant qu'elle se contente de déclarer au citoyen: "Evite de te laisser prendre en faute; pour le reste fais ce que tu veux." Jamais, pensons-nous, un theologien sérieux, un moraliste conscient de sa mission n'a avancé une pareille énormité; tous les auteurs, au contraire, sont d'accord pour insister sur la nécessité d'obéir à la loi, qu'elle soit pénale ou non; *il faut*, si la loi et le *devoir* ne sont pas de mobiles suffisants, qu'on le fasse au moins pour éviter la peine." "Il faut", "amour à la loi", "devoir"... ¡sin ninguna obligación moral para la conciencia!

terpretar que el legislador las ha dado con esta intención cuando no la manifiesta claramente.

3.º De aquí la conclusión que saca el mismo DRIEDO: con tal que esté dispuesto a pagar la pena, si es sorprendido, no peca el que *ocultamente* la infringe.

Cierto es—y es fuerza reconocerlo—que los ejemplos que JUAN DRIEDO aduce de leyes meramente penales son un tanto inocentes y no sería difícil explicar su misma existencia y naturaleza sin esta teoría, pero no es menos cierto que los principios quedan sentados y que de la aplicación a otros casos menos inocentes se encargarán los autores posteriores y la opinión pública por ellos formada. La cosa se reduce a una mayor o menor destreza para poder obrar ocultamente en contra de lo que la ley establece.

Aquí aparece, a nuestro juicio, en esqueleto, pero ya formado y trabado, la verdadera teoría de las leyes meramente penales.

II. *Summa Armilla* de BARTOLOMÉ "FUMMUS", (O. P. († 1545).

De gran prestigio e influencia en su tiempo. Según SUÁREZ (46), niega la posibilidad de una ley penal sin previa culpa: "Licet non videatur consequenter loqui"; no dice por qué, pero entendemos que se refiere a que rechaza como inútil la distinción del Gandevense (47). Aunque en otra parte (48) refiere la misma distinción sin que parezca rechazarla.

Advirtamos que ARMILLA apoya el principio de la intención que limita la obligación en las Reglas de los religiosos, concretamente, las de su Orden.

12. FRANCISCO DE VITORIA, O. P. (1480-1546).

La posición en este punto jurídico del eminente fundador del Derecho Internacional es rectilínea, y Vitoria—según SUÁREZ (49)—supone claramente la posibilidad de leyes que obliguen bajo pena. Veamos la doctrina de FRANCISCO DE VITORIA:

"En cuanto a la obligación, no importa que las leyes sean humanas o sean divinas" (50).

(46) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 1.

(47) "Et sicut dictum est de praeceptis statutorum, est de praeceptis praelatorum, quod ad culpam, quia obligant, sive sint poenalla, sive non, nisi quando lex vel praeceptum declarat non obligare ad culpam, sed tantum ad poenam, sicut fit in Constitutionibus Fratrum Praedicatorum... Distinctio quam ponit Henricus de Gandavo in qua de praeceptis statutorum est inutilis", *Summa Armilla* (Venetiis, 1578), v. *Inobedientiae*.

(48) *Ib.*, v. *Constitutio*.

(49) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 2.

(50) VITORIA, F. de, O. P., *Relecciones teológicas*, ed. crítica por el P. GETINO, O. P., Madrid-Valencia, 1934. *Relectio de potestate civili*, n. 17.

¿Bajo pecado mortal o venial? “Hay que deducirlo totalmente de la materia de la ley...” “No depende esto de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza y cualidad de la cosa y la materia” (51).

¿Y si el Rey no quiere obligar en conciencia? “Puede indudablemente hacerlo, lo mismo que el legislador eclesiástico, pues a veces lo mismo en uno que en otro no quieren exigir obediencia, sino simplemente ordenan lo que hay que hacer, *indicando* y *dirigiendo* más que mandando; como, según parece, pasa con muchas leyes y pragmáticas civiles y eclesiásticas, lo mismo que cuando un acreedor pide el dinero no siempre le pide como queriendo obligar” (52).

1.º VITORIA *no habla de obligación alguna a la pena: “Sine quaquamque obligatione.”*

2.º Cuando el legislador ordena así, “dicens, dirigens, quid faciendum sit potius quam praeciens”, ¿hace propiamente una *ley*, según los principios tomistas sobre la ley a los que es tan fiel FRANCISCO DE VITORIA?

13. ALFONSO DE CASTRO, O. F. M. († 1558).

La significación e influjo de la persona y de la obra del franciscano acompañante y predicador de Felipe II, ALFONSO DE CASTRO, han merecido ya abundante y reciente literatura (53). Para SUÁREZ, en el punto de las leyes meramente penales constituye CASTRO como el nervio de la argumentación y el apoyo principal (54). Hay, no obstante, entre la doctrina de ambos diferencias no despreciables, como será fácil apreciar.

La intención principal que guió a ALFONSO DE CASTRO en su obra, considerada por algunos como la base del Derecho Penal, *De Potestate legis poenalis*, fué la de un apologista del carácter obligatorio de la ley civil contra estados de opinión que minaban su fuerza y su eficacia.

(51) *Ib.*, n. 19.

(52) “Sed adhuc superest dubium: Si rex vellet non obligare ad culpam, an posset? Respondetur, quod non est dubium, sicut potest ecclesiasticus legislator, qui quandoque facit aliqua statuta, sine quacumque obligatione, ut praelatus religiosorum inter fratres suos. Esset enim contra rationem dicere, quod constitutiones Praelati ecclesiastici, non semper obligent ad culpam, et saecularium non possint non obligare. Aliquando enim legislator, sive ecclesiasticus, sive saecularis non vult in suis legibus exigere obedientiam debitam a subditis, sed simpliciter ordinat quid faciendum sit, dicens, et dirigens potius quam praeciens, qualiter multa videntur esse in legibus et pragmaticis civilibus, et ecclesiasticis, sicut non semper cum petit pecuniam creditor, exigit tamquam volens obligare” (*Ib.*, n. 20).

(53) Cf. MAÑARICÓA, *La obligatoriedad de la ley penal en Alfonso de Castro*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 4 (1949), pp. 35-64; CASTILLO, S., *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas*, Salamanca, 1940; OLARTE, T., *Alfonso de Castro (1495-1568): su vida, su tiempo y sus ideas filosófico-jurídicas*, San José de Costa Rica, 1946; CORTS Y GRAU, J., *Los juristas clásicos españoles*, Madrid, 1948, páginas 101-6; ROSAL, J. DEL, *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid, 1948, pp. 17-32.

(54) *De Legibus*, l. 3, c. 22, nn. 5 y 10; l. 5, c. 4, n. 2.

Habrá quien piense que, lejos de conseguir la finalidad propuesta en el transcurso de unos siglos por lo menos, lo que CASTRO ha conseguido ha sido todo lo contrario, lo más opuesto que se pueda imaginar a su sanisima intención: corroborar y dar consistencia doctrinal a los errores mismos que quería debelar y combatir estructurando la teoría de las leyes meramente penales.

Sea de esto lo que fuere, consignamos su propósito:

En el primer libro quiere combatir abiertamente el error de los que dicen que ninguna ley penal obliga a las conciencias de los súbditos bajo culpa, sobre todo bajo culpa grave, y en el segundo el de los que quieren que la ley penal no obligue nunca antes de la sentencia del juez (55). Es ya un estado de opinión proverbial, asegura en el mismo prólogo, que ninguna ley penal obligue en conciencia y que ya es bastante que el transgresor se exponga al peligro de la pena impuesta.

Podemos reducir lo más importante de CASTRO, a nuestro propósito, en los puntos siguientes:

1.  La ley meramente penal en cuanto tal nunca obliga en conciencia, porque sus palabras no contienen ningún precepto (56) (a veces la gravedad de la pena puede dar a entender que por otro motivo est  mandado o prohibido). Nadie puede estar obligado por la ley que no exprese suficientemente la obligación a la culpa, como ley insuficientemente promulgada (57). De obligar por sí misma la ley penal al acto por el que castiga, podría suceder que castigara un acto no prohibido o mandado antes por ninguna ley moral precedente, humana o divina, y esto es imposible (58).

2.  De que la ley contenga una pena no se sigue—dice—, como pretenden ENRIQUE DE GANTE y SILVESTRE, que el legislador quiera que se haga lo que manda o se omita lo que prohíbe. Puede quererlo sólo por el temor de la pena, como en las Constituciones de los frailes menores y de los PP. Dominicos (59), si es que pueden estas Constituciones llamarse leyes (60).

3.  Es verdadera ley, porque contiene o la obligación para el juez que ha de imponer la pena o para el transgresor si ha de pagarla espontáneamente. Es cierto, como dice SANTO TOMÁS, que las leyes obligan en con-

(55) CASTRO, *De potestate legis poenalis*, 2 v., Lugduni, 1554, edición que citamos siempre de no advertir lo contrario, I Praefatio, fol. 2 C.

(56) "Lex pure poenalis est illa quae nihil facere praecipit aut prohibet, sed tantum imponit poenam illi qui aut aliquid fecerit aut facere omisserit", l. 1, c. 9, fol. 40.

(57) *De potest. leg. poen.*, l. 1, c. 9, fol. 49.

(58) *Ib.*, fol. 52.

(59) *Ib.*, fol. 50.

(60) *Ib.*, fol. 51 B, y l. 1, c. 3, fol. 14 D.

ciencia, pero no más allá que lo que la ley determina, y en la ley penal no se manda otra cosa que la pena (61).

4.º La ley penal mixta obligará o no en conciencia al acto del precepto moral según contenga o no esta misma parte de la ley palabras que indiquen mandato o prohibición, o equivalgan (menos en el caso que sea muy grave la pena que impone) (62).

5.º En todo caso, la obligación en conciencia depende de la intención del legislador, que "no puede provenir de otra parte más que de la libertad e intención del que establece la ley, como la bondad del acto exterior depende del acto interior que lo impera" (63).

Esta parece la etapa definitiva hacia la construcción de una teoría cuyo éxito hasta nuestros días no se puede negar.

SUÁREZ perfilará algún razonamiento, mitigará algún extremismo, introducirá modificaciones accidentales que contribuirán—dado el influjo de su autor—a darle firmeza y prestigio: Pero substancialmente puede decirse que su doctrina de las leyes meramente penales será la de ALFONSO DE CASTRO (64).

A la simple lectura de la síntesis anterior salta a la vista y llama la atención:

a) *La consideración casi exclusiva de la forma externa de la ley.* Esto dicen y esto no dicen las palabras contenidas en ella. La intención del legislador de que se cumpla el acto que manda desaparece casi por completo. Exceptúa el caso de una pena muy grave. Y entonces—dice—la obligación vendrá siempre de un precepto moral anterior, o habrá que convenir que el legislador no ha expresado debidamente su pensamiento al hacer aquella ley penal (65). Este extremo es el que SUÁREZ suaviza dando más importancia a esta intención primaria, para la que ofrece algunos criterios más para averiguarla: la pena, la materia, las circunstancias, además de los términos en que está concebida.

La consideración puramente verbal de la ley ha sido una pendiente, insinuada con timidez por ENRIQUE DE GANTE, y que CASTRO ha recorrido hasta el final. En aquél la intención de que se cumpliese el acto lo era todo o casi todo; en éste, es nada o casi nada.

(61) *Id.*, fol. 52 C.

(62) L. 1, c. 12, fol. 60.

(63) "... illa (obligatio) allunde pendere non potest, quam ex intentione et voluntate legislatoris, quia vult obligare illos quibus legem statuit... sicut bonitas actus exterioris pendet ab interiori actu imperanti, sic obligatio legis scriptae vel prolatae ab intentione legislatoris pendet", l. 1, c. 12, fol. 60.

(64) Cf. VANGHELWE, *De lege mere poenali*, en "Ephemérides Theologicae Lovanienses", 16 (1939), p. 429.

(65) *De potest leg. poen.*, l. 1, c. 12, fol. 60.

Pero una vez introducida, para interpretar la fuerza de una ley, la intención subjetiva de su autor, ocurre preguntar si lo más lógico no es acaso atenerse a la manifestación natural de esta intención, que son las palabras...

b) Son leyes—CASTRO tiene la preocupación de demostrarlo—por la obligación moral que imponen al juez o al culpable si debe expiarla espontáneamente. También este punto lo modifica SUÁREZ. ¿Más o menos consecuentemente? Porque SUÁREZ quiere demostrar que son leyes en relación con los súbditos.

14. DOMINGO SOTO, O. P. († 1560).

Dos años más tarde que ALFONSO DE CASTRO, moría el eminente autor del *De Iustitia et Iure*. Constaba en ella con disgusto la creencia común en el vulgo de que una ley con una pena no obliga en conciencia.

Realmente, como SUÁREZ advirtió ya (66), su disgusto se traduce en una enérgica conclusión: "No hay ninguna ley penal, si ha de merecer el nombre de penal, que no obligue en conciencia." Pero deja abierta la misma puerta e intacta la cuestión cuando añade: "Si el legislador, no expresa una intención contraria diciendo: no pretendemos obligar en conciencia, o algo semejante" (67).

Que es lo mismo que dice SUÁREZ. Si una ley penal no obliga en conciencia, es porque ésta y no otra es la intención del legislador.

Pero conviene advertirlo, pues DOMINGO SOTO puede salvar toda la lógica en esta cuestión, haciendo constar que en este caso la ley tiene más bien carácter de concesión o dispensa y la pena, más que de pena, tiene de precio o convenio. Con la pena impuesta al que saque trigo del reino, puede querer dos cosas distintas—dice SOTO—: o que en modo alguno se saque el trigo, o *recoger dinero por este medio*. Lo primero sería una ley moral y lo segundo—decimos nosotros—¡un permiso de exportación!

Por esto las penas de los religiosos por infracciones de su Regla son como acuerdos mutuos y pactos por los que los monjes se obligan a ello en caso de faltar (68).

En la ley civil son una especie de pacto, a elección del súbdito, conforme a las ventajas que le reporte un miembro u otro.

(66) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 1.

(67) SOTO, D., O. P., *De Iustitia et Iure*, Lugduni., 1582, l. 1, q. 6, n. 5.

(68) *Ib.*, l. c.

15. DIEGO DE COVARRUBIAS († 1577).

Colocado en un terreno más bien práctico, supuesta y admitida la teoría y sin discutir el carácter de leyes en las meramente penales, el gran maestro DIEGO DE COVARRUBIAS acepta que por la sola fuerza de los términos—"ex ipsa verborum forma"—no obligan en conciencia las leyes meramente penales, pero "opino que muchas veces de ellas se puede deducir la intención en el legislador de obligar a culpa mortal o venial" (69).

SUÁREZ (70) le enumera justamente entre los que admiten la posibilidad de tales leyes.

16. MARTÍN DE AZPILCUETA, DOCTOR NAVARRO († 1586).

Rechaza como pueril la triple división de las leyes, pero su doctrina supone evidentemente las leyes meramente penales. Esta referencia de SUÁREZ (71) es exacta.

En su famosa "Summa Confessorum", el DOCTOR NAVARRO, moralista práctico, deja reducida la cuestión a una ampliación de criterios para conocer esta intención de excluir la obligación bajo culpa, el hecho de haber añadido la pena (72).

El GANDAVENSE apenas veía diferencia—mirando la intención de obligar al acto—entre la ley penal mixta y la ley meramente penal. NAVARRO, por la presencia de la pena en ambas, tampoco ve entre ellas una mayor diferencia. ¡Sólo que interpreta la pena como señal de no obligación moral!

17. ALGUNOS OTROS AUTORES CONTEMPORÁNEOS DE SUÁREZ.

a) GREGORIO DE VALENCIA, S. J. († 1603).

Construye toda una filosofía de la ley para encuadrar en ella las leyes meramente penales, buscando su coordinación lógica con los mismos principios que ha comentado de la "Prima Secundae" del ANGÉLICO.

El concepto de ley, para VALENCIA, es más amplio que el de ley que obliga en conciencia, como cuando la ley obliga a hacer algo para evitar la pena. En este caso no son preceptos "simpliciter", sino "secundum quid", ya que no proceden "adaequata Superioris auctoritate, secundum totam suam rationem" (73). Son dos órdenes, dos planos distintos de obligación.

Equivale, diríamos, a confesar que no son propiamente leyes; y además podría averiguarse cómo se puede probar por los principios de SANTO TO-

(69) COVARRUBIAS, D. DE, *Opera D. Covarrubias*, 2 vols., Genevae, 1540, pars II, relect. c. Peccatum, de reg. iuris in 6, § V, De gabellis et vectigalibus solvendis, t. I, p. 617.

(70) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 10

(71) *De Legibus*, l. c. y l. 5, c. 4, n. 2.

(72) NAVARRO (MARTÍN DE AZPILCUETA), *Opera*, 3 vols., Romae, 1590, *Summa Confessorum*, casus 23, nn. 48 y 49, y c. *Fraternitas*, 12, q. 2, n. 22.

(73) VALENCIA, G. DE, S. J., *Commentaria Theologica in 1, 2, 4 vol.*, Venetis, 1608, t. 2, disp. 7, q. 1, punct. 2.

MÁS el principio "Jegem veram latius patere quam legem obligantem in conscientia".

Sigue en la concepción de las leyes meramente penales a NAVARRO, cuya doctrina en este punto explica y defiende extensamente.

b) GABRIEL VÁZQUEZ, S. J. († 1604).

Según VÁZQUEZ, las leyes meramente penales tienen fuerza "cuiusdam ordinationis" propuesta más que impuesta: en la potestad del Superior está no el que puesto el precepto pueda obligar o no, sino en mandar o sólo proponer, orientar y dirigir por medio de consejos (74). Así se observa en las órdenes religiosas (75).

En una palabra: no son leyes.

c) JUAN DE SALAS, S. J. († 1612).

Para percatarse de las proporciones que va adquiriendo entre teólogos y juristas la discusión sobre este punto del Tratado de leyes hay que hojear al jesuita español, de tan vasta erudición como el P. JUAN DE SALAS. Hace ya una clasificación de las diversas opiniones en este punto, siendo su doctrina fundamentalmente la que considera tradicional; entre las dos tendencias extremas, la que tiende a considerar principalmente la intención que inspira toda pena y la que tiende a interpretar el sentido literal de la ley, se inclina más hacia la primera que a la segunda: Cuestión de matiz, pues la teoría sigue en pie.

Cuando el legislador no quiere obligar en conciencia, lo expresa en la misma ley (Reglas de los frailes menores, de los PP. Dominicos y de la Compañía de Jesús), por lo cual—añade—MEDINA, SALON, ARAGÓN, SOTO y CASTRO dicen que dichas constituciones no son propiamente leyes (76).

Si en la ley aparece la sanción y no manifiesta lo contrario, obliga en conciencia: Esta es ley propiamente penal.

Otras veces no es penal, sino condicional, *cuando no permite algo, si no es con la condición de pagar o sufrir una pena si fueran sorprendidos*. Son convencionales o pactos. En caso de duda hay que inclinarse por estas últimas.

(74) VÁZQUEZ, G., S. J., *Commentarium ac disputationes in 1, 2 Sti. Thomae*, 2 vol., Lugduni, 1731, t. 2, disp. 159, c. 2, n. 17: "... hoc autem non fit, quia in potestate legislatoris sit, posito praecepto, obligare aut non obligare subditos, sed quia in potestate ipsius est praecipere, ut superior praecipit inferioribus, vel solum proponere et (ut dici solet) ordinare et dirigere per modum consilii."

(75) *Id.*, c. 3, n. 12.

(76) SALAS, J. DE, S. J., *Tractatus de Legibus, in 1, 2 Sti. Thomae*, Lugduni, 1611, disp. 15, sect. 1.^a

d) BARTOLOMÉ MIGUEL SALÓN, O. S. A. (1538-1620).

El sabio agustino, al que dedica tan lisonjero juicio el P. MONTES (77), sigue en su largo estudio sobre la ley penal las huellas de ENRIQUE DE GANTE. Pone especial interés en interpretar fielmente su pensamiento.

Desde el momento en que una ley tiene una pena, es señal que obliga en conciencia, salvo que el legislador manifieste abiertamente su intención contraria; en este caso, no obligará posiblemente bajo pecado mortal, pero sí, aunque leve, bajo pecado. Porque toda ley, desde el momento en que contiene alguna sanción, es que obliga bajo alguna culpa en conciencia.

Defiende resueltamente su opinión como respondiendo ciertamente al pensamiento del Gandavense. Si por la forma escueta de la ley no obligan más que a la pena, no obstante por la asignación de la pena—signo de la intención diría el Gandavense—siempre obligan (78). Hace una magnífica aplicación de esta doctrina en materia de tributos (79).

e) El Cardenal ROBERTO BELARMINO, S. J. (1542-1621).

Niega, en efecto, el Cardenal BELARMINO, como dice SUÁREZ (80), la posibilidad de una ley meramente penal que imponga una sanción sin culpa previa, y al propio tiempo las leyes que podrían llamarse meramente penales, como las constituciones, obligan “per modum pacti”. Más que pena es “poenalis afflictio suscepta in auxilium spiritus” (81).

18. CONCLUSIONES DEL ESBOZO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DE LAS LEYES MERAMENTE PENALES.

I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LEY MERAMENTE PENAL.

A pesar de la pequeña minoría de autores (82) que actualmente combaten la teoría de las leyes meramente penales, puede decirse todavía comunísima entre los actuales teólogos y juristas católicos (83).

(77) MONTES, J., O. S. A., *Estudios de los jurisconsultos y moralistas españoles acerca de la ley penal*, en “La Ciudad de Dios”, 122 (1920), p. 247.

(78) SALÓN, M. DE, O. S. A., *Controversiae de justitia et jure*, Lugduni, 1582, art. 1, n. 17.

(79) *Ib.*, n. 12.

(80) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 1.

(81) BELLARMINUS, S. R., S. J., *De Controversiis Christianae Fidei*, 3 vol., Mediolani, 1721, t. 2, l. 3 de laicis, c. 11 probatur 6.

(82) Véanse enumerados en la Introducción, pp. 517-518, notas 34 a 47.

(83) Así AERTNYS-DAMEN, C. SS. R., *Theologia Moralis*, I, Taurini, 1932, n. 155; S. ALFONSO M. DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, I, Romae (Ed. Gaudè), 1905, n. 145; D'ANNIBALE, CARD. J., *Summula Theologiae Moralis*, I, Romae, 1894, n. 207; BILLUART, C. R., O. P., *Cursus Theologiae*, III, Lyon-París, 1852, n. 495; BOUQUILLON, TH., *Theologia Fundamentalis*, I, Brugis, 1890, n. 131; BUCCERONI, J., S. J., *Institutiones Theologiae Moralis*, I, Romae, 1908, págs. 110-111; GENICOT, E., *Theologia Moralis Institutiones*, I, Lovanii, 1900, n. 106; MAROTO, PH., C. M. F., *Institutiones Iuris Canonici*, I, Romae, 1921, n. 220; MERKELBACH, B., O. P., *Is. I*, Oeniponte, 1939, n. 164; PRÜMMER, D., O. P., *Manuale Theologiae Moralis*, I, Friburg, 1923, nn. 209 s.; VERMEERSCH, *Theologia Moralis*, I, Romae, 1933, n. 173.

Divide a estos defensores entre sí el modo de concebirlas. La forma de las leyes meramente penales que más priva es indudablemente la que llamaríamos condicional: la obligación moral afecta a la pena si se falta al acto que la ley ordena (84).

Se rechaza la llamada forma *disyuntiva*, patrocinada por D'ANNIBALE (85) y BOUQUILLON (86), porque estiman incongruente y cruel que el legislador esté indiferente a la pena o al acto. Lo racional, según la mayor parte de los autores, es que desee sinceramente un fin y a ello ponga los medios conducentes, en este caso la sanción de la ley (87).

Con mayor energía se ha rechazado la más reciente opinión del P. VERMEERSCH (88), que en las leyes meramente penales no admite más que la obligación jurídica, al tenor que CAYETANO (89) lo hizo para las Reglas de los religiosos que contienen una norma general que declara la intención de que no obliguen en conciencia aquellas constituciones.

Se ve, consumada en esta última sentencia, la separación del orden moral y el orden jurídico, sobre todo cuando el concepto de ley meramente penal se extiende a todas o casi todas las leyes del Estado (90).

Si en la concepción misma de la ley no hay unanimidad, mucho más se hace desear cuando se trata de la extensión de este concepto. ¿Qué criterios ofrecen los autores de hoy para conocer cuáles son y cuáles no son meramente penales y qué leyes en las vigentes legislaciones civiles se consideran tales, las de tasa, milicia, tributos, circulación, etc., etc., o cuáles no se consideran meramente penales?

Ahora bien, sea de esto lo que fuere, es cierto que hasta llegar a la completa formación de esta noción de ley "que no obliga en conciencia por

(84) AS. S. ALFONSO, o. c., n. 145; WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, I, Romae, 1938, n. 165, nota 152.

(85) D'ANNIBALE, o. c., n. 207.

(86) BOUQUILLON, o. c., n. 144.

(87) ¿No será injustificado el gesto de escándalo con que rechazan hoy comúnmente los autores la forma disyuntiva de la ley, que, según vimos, SUÁREZ admite junto a la forma condicional? Por razones de orden metafísico, estos dos conceptos difieren sin duda alguna. Teóricamente, no es lo mismo una *condicional* (ley o proposición) que una *disyuntiva*. Pero estos autores no lo rechazan por razones de este género, sino de orden práctico: la intención del legislador no puede estar indiferente... Y la intención, argüimos, se exterioriza por la ley que da. *Prácticamente*, y así lo ve lógicamente SUÁREZ, si el legislador dicta una ley condicional, para el súbdito ¿no será lo mismo estar obligado a pagar una pena si falta a lo mandado por la ley, o bien estar obligado o a cumplir el acto mandado o, si no quiere cumplirlo, a someterse a la ley que impone? (Cf. LITR, *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), p. 146).

(88) VERMEERSCH, *Theologia Moralis*, n. 172.

(89) CAYETANUS, *In 2, 2*, q. 186, art. 9.

(90) Una cuarta opinión, ecléctica (la del P. RODRIGO, L., S. J., *Praelectiones theologico-morales*, II, Santander, 1944, n. 346), que distingue entre obligación jurídica al acto principal que el legislador intenta y la obligación moral o jurídica que a su determinación puede afectar la intención subsidiaria de la sanción, viene a recaer inevitablemente en alguna de las anteriores.

ser ésta la intención del legislador" (ésta es la nota esencial y común), ha pasado por un proceso evolutivo interesantísimo y aleccionador.

19. Los teólogos del siglo XIII, como nuestros moralistas de hoy, se encontraban frente a un hecho, el de una autoridad civil, de la que emanaban órdenes de distinta trascendencia, unas veces justas, otras quizá injustas, cuyo cumplimiento en una y en otra hipótesis exigía aquella autoridad mediante la represión coactiva externa. Todas estas circunstancias que rodeaban y rodean este hecho de todos los tiempos exigían una distinción en algunos casos bien determinados y claros entre el fuero de la conciencia y el exterior. Nadie podía negar la obligación, donde existía esta ley municipal, de pagar la multa impuesta por haber salido de la ciudad sin luz después del toque de Angelus. Ningún confesor creemos argüiría de pecado, ni grave ni leve, al que por precipitación o descuido hubiera caído por este motivo en manos de los alguaciles... Unos tributos injustamente impuestos por la autoridad podían ser negados en conciencia entonces y ahora...

Para este hecho había que buscar una explicación: ¿Obligan o no obligan en conciencia semejantes estatutos? ¿Cuáles y por qué?

ENRIQUE DE GANTE tantea una explicación, busca en principio la intención del legislador no puede ser la de obligar en conciencia cuando esto es irracional. Sería irracional cuando hay una causa justa que legitima la transgresión. En la misma forma de la ley se ve que a veces, cuando se trata de cosas indiferentes, no indica más que la pena, para que no quebrante a cada paso y sin causa: Esto sucede en las constituciones de los religiosos. La intención del Superior determina si es de una u otra naturaleza la ley penal que promulga.

Luego aquellas normas o estatutos civiles tampoco obligan de un modo absoluto, porque se supone, por la materia y los términos en que están concebidos, que ésta es la intención del que los dictó.

Algunos autores rechazarán, otros aceptarán la distinción del Gandavense fundada en la consideración verbal de la ley; unos y otros le darán carta de naturaleza, así como a los principios que hacen depender la obligación de la voluntad del que legisla, como en las constituciones de las Ordenes religiosas.

Salvo los pocos autores que rechazan los principios básicos de la teoría, los retoques accidentales no modificarán estos elementos; mayor o menor amplitud en esta interpretación de la intención, las palabras y la pena; menor o mayor rigor en la obligación de la pena; apreciación diversa de su

verdadero carácter de leyes...; con diferencias, no pocas veces puramente verbales, seguirán aplicando y construyendo sobre el hecho que la vida social les ofrece, la teoría de unas leyes que no son más que meramente penales.

Un paso más—más reciente—será perder de vista la misma consideración verbal de la ley y suponer como penales leyes que por su materia, su expresión—diríamos, y su intención, si el legislador moderno tuviera en cuenta la obligación moral—son claramente preceptivas, morales o mixtas si se quiere. Pero en modo alguno meramente penales, ni penales siquiera.

Que en esta evolución del concepto de ley meramente penal han influido de modo poderosísimo las constituciones de las Ordenes religiosas y más en concreto la declaración del Capítulo General de París en 1236 para las constituciones de los PP. Dominicos, es cosa que está totalmente fuera de duda. Basta leer superficialmente los autores que en la materia se consideran clásicos dando una ojeada a la breve síntesis que de algunos de ellos acabamos de ofrecer para convencerse plenamente de ello. A partir de DRIEDO y CASTRO no hay defensor de las leyes meramente penales que no acuda para demostrar su posibilidad a la declaración de la voluntad de no obligar en conciencia en las constituciones de los religiosos.

Y ellas han influido poderosamente a ensanchar los criterios de aplicación de este concepto a otras leyes (91).

¿Han influido sólo en la evolución del concepto de ley meramente penal o también en su génesis misma? ¿El origen de la teoría de las leyes meramente penales no hay que buscarlo en último término en las leyes de los religiosos?

Aunque un poco al margen de nuestro intento en este estudio, no queremos dejar de ofrecer unas observaciones sobre el origen de la teoría de las leyes meramente penales, que, sin ánimo de dirimir la cuestión, pueden ayudar a esclarecerla.

20. II. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL ORIGEN DE LAS LEYES MERAMENTE PENALES.

La opinión más extendida es, sin género de duda, la que señala como base y fundamento de la teoría de las leyes meramente penales las constituciones de los religiosos. Así, por ejemplo, VAN HOVE (92), MI-

(91) MAZÓN, *Las reglas...*, p. 265.

(92) VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, p. 153.

CHIELS (93), HARMIGNIE (94), RÉNARD (95), GISMONDI (96), CASTILLO (97), LITT (98)...

SANTO TOMÁS será invocado o no como favorable a la teoría, pero difícilmente habrá autor que le proponga en serio como padre de la misma.

Recientemente, MAZÓN, en su libro *Las Reglas de los religiosos*, rompe lanzas contra la opinión común hasta ahora.

Pone empeño especialísimo—¿acaso porque favorece a la conclusión general de su tesis: las reglas de los religiosos *no son leyes meramente penales?*—en demostrar (99):

a) “Que sin hacer violencia a los argumentos... se puede señalar a ENRIQUE DE GANTE como autor de la teoría de las leyes meramente penales” (100).

b) “Que las Reglas de los religiosos *no* influyeron en el origen de la teoría de las leyes puramente penales; brotó ésta independientemente de aquéllas” (101).

Para pronunciarse sobre el origen de la teoría de las leyes meramente penales hay que fijar ante todo la noción de cuyo origen se trata.

¿Qué se entiende por “*origen de la ley meramente penal*”? La frase puede tener un doble sentido—sospechamos que en realidad lo tiene—, resultando así poco menos que imposible coincidir en el juicio que se dé.

A) LEY MERAMENTE PENAL puede significar, simplemente, “*ley que se estima no obliga en conciencia*”. Es decir, un *hecho real, que puede obedecer a una múltiple causalidad*: materia leve, de simple orden público, presunción o duda de injusticia, deformación de las conciencias, etcétera. En este sentido podemos afirmar que antes de nacer la teoría existía el hecho que ésta quiere explicar, encuadrándolo en el conjunto de una doctrina jurídica. El mismo hecho real que el Gandavense explicaba con su distinción sobre la forma de la ley, debía explicar, por ejemplo,

(93) MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, I, Lublín, 1929, p. 261, n. 8.

(94) HARMIGNIE, *Ordonnances humaines et obligation de conscience*, en “Revue Neo-Scholastique”, 32 (1930), p. 276.

(95) RENARD, *La théorie...*, p. 18.

(96) GISMONDI, P., *Le leggi puramente penali e le leggi puramente morali per la Chiesa e per lo Stato*, en “Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche”, 2 (1936), pp. 237, 346.

(97) CASTILLO, S., *La ley puramente penal y la legislación eclesíastica*, en “Ciencia Tomista”, 64 (1943), p. 30.

(98) LITT, *Les lois dites purement pénales*, en “Revue Ecclesiastique de Liège”, 30 (1938), página 142.

(99) Después de repetir varias veces esta afirmación, insiste en ella al terminar su libro (p. 355), “como resultado de valor secundario” de su trabajo, digno de “especial mención”.

(100) MAZÓN, *Las reglas de los religiosos*, p. 256: “Lo que sin duda se puede afirmar es: primero, que en las obras de Enrique se encuentra por vez primera propuesta y tratada detenidamente esta cuestión; segundo, que a él deben su nombre las leyes puramente penales, y tercero, y esto es indiscutible, que el Doctor Solemne ha ejercido decisivo influjo en los teólogos y juristas posteriores en esta materia.”

(101) *Ibidem*, p. 265.

VITORIA, rechazando la teoría y diciendo que eran consejos, y VÁZQUEZ relegándola a la categoría de orientaciones o pactos, y deben explicar hoy los autores que repudian la construcción de la teoría de que hablamos.

B) LEY MERAMENTE PENAL significa también "*ley que no obliga en conciencia por haberla dictado el legislador con esta intención*".

Es "*ley meramente penal*"—teoría—para explicar aquel hecho. Es decir, ¿quién y por qué empezó a aplicar a las leyes civiles el principio: el legislador puede hacer una ley con la intención de que no obligue en conciencia?

21. Hecha esta distinción, muy real a nuestro juicio, entre "*la ley meramente penal*"—hecho—(impropiamente llamada así, porque supone lo que se trata de demostrar) y "*la ley meramente penal*"—teoría—, preguntamos:

A) ¿No tuvieron las constituciones de los religiosos ninguna influencia en el origen de la teoría de las leyes meramente penales?

La razón de la negativa en MAZÓN (102) es la siguiente: ENRIQUE DE GANTE, para probar que no se peca no obedeciendo a lo mandado y cumpliendo la pena, supone que algunos estatutos penales de los Príncipes no obligan bajo pena de pecado, habiendo el transgresor de cumplir la pena que en ellos se señala. "Et simile est—dice ENRIQUE—de statutis principum et praelatorum in consimili materia."

El punto de arranque de la argumentación, según MAZÓN, son los estatutos penales de los Príncipes, no las Reglas de los religiosos.

Es cierto: se trata de un sílogismo *a pari* que afirma una semejanza entre los estatutos penales y las Reglas de los religiosos.

En el plano de los hechos. Como se dan en los estatutos civiles, pueden darse en las Reglas de las religiones. Y para la argumentación no necesita más. Por esto en el argumento no apela a ninguna otra cosa.

En la constatación del hecho, ciertamente el argumento procede como indica el P. MAZÓN.

Más adelante, *al querer dar una explicación de este hecho*, viste ENRIQUE DE GANTE la teoría. Y en este punto, el solo ejemplo que cita es sacado de las constituciones religiosas, el de quebrantar el silencio después de completas.

Es cierto que el solo hecho de aducir un ejemplo de las constituciones religiosas para ilustrar la argumentación no es prueba apodíctica de que de las Reglas de los religiosos precisamente saque el principio sobre el

(102) Idem, p. 258.

que viste toda la explicación, base de la teoría de las leyes meramente penales. Pero:

1.º Es muy sintomático, cuando el curso natural de la argumentación exigía más bien un ejemplo de la ley civil en la que se viera la intención de no obligar.

2.º La aplicación de la doctrina del Gandavense sobre la intención de la pena para obligar en modo absoluto o sólo cuando no hay causa que justifique la transgresión, es decir, para que no se falte sin razón y a cada paso, se aplica muy bien a las constituciones monásticas; al paso que resulta bastante más difícil en la legislación civil, en la que no se dan penas "latae sententiae" que obliguen "ipso facto" en cuanto se falta a lo que la ley señala. Es, por tanto, más probable que el principio lo dedujera de aquellas que de éstas.

3.º Es muy improbable que en la legislación civil de aquel tiempo—de hecho no sabemos de un caso siquiera—hubiese algún estatuto en el que el legislador declarase tener la intención de que en ciertos casos no obligasen sus leyes, mientras que sabemos era perfectamente conocido y no podía ignorarlo ENRIQUE DE GANTE, que en las constituciones de los PP. Dominicos había una declaración explícita de esta intención de no obligar sino a la pena.

¿De qué legislación, por tanto, era más fácil aducir el principio de la intención del legislador?

Concluimos, por consiguiente, que, por una parte, no parece suficientemente apodíctico el razonamiento de MAZÓN para probar que en el origen de la teoría de las leyes meramente penales no influyeron para nada las Reglas de los religiosos, ya que el argumento del Gandavense no exige más que una paridad de hechos, y en este plano el proceso de su argumentación va de los estatutos civiles a los religiosos, y que, por otra, juzgamos no sólo probable, sino mucho más probable, natural y lógico, que en el plano de los principios, acudiese a la legislación que se los ofrecía clara e indudablemente: las constituciones de los religiosos.

Si se nos arguye todavía diciendo que propiamente no afirma ENRIQUE DE GANTE en su ejemplo que son meramente penales unos y otros estatutos porque ésta es la intención del legislador y esto se demuestra (103),

(103) Esto supondría dar a todo el argumento del Gandavense una base puramente *objetiva*; el sentido sería: no obligan en conciencia en este caso porque *hay causa suficiente* que excusa. Y a la verdad no parece ser éste el sentido de todo el argumento, sino: no obligan en conciencia en este caso, porque hay motivo para pensar que el legislador no ha tenido la *intención de obligar* de modo absoluto. Si no ha tenido esta intención, tampoco obliga, porque el efecto de la ley no sobrepasa los límites de la intención del legislador.

Históricamente, es claro, que todos los grandes autores lo interpretaron así.

no tendremos en este caso ningún inconveniente en asentir. Pero entonces no es ENRIQUE DE GANTE el autor de las leyes meramente penales. Se contentaría, en esta hipótesis, con afirmar un hecho que se da fuera y dentro de los conventos. Y la teoría de las leyes meramente penales nacería dos siglos y medio más tarde con la aparición de la *Summa Armilla* y, sobre todo, de las obras del jesuita JUAN DE DRIEDO, en las que se citan las constituciones de los PP. Dominicos y en ellas se apoyan para demostrar su posibilidad. Es decir, nacería de las Reglas de los religiosos (104).

22. B) ¿Es ENRIQUE DE GANTE el verdadero autor de la teoría?

Históricamente, sí; es decir, los autores de más decisiva influencia en este punto le citan y se apoyan en él. En su doctrina han encontrado el principio que en germen—quizá muy al margen de la intención de Gandavense—contiene la teoría de las leyes meramente penales.

Doctrinalmente, también con mucha probabilidad. La interpretación más obvia de sus palabras es la que damos más arriba, vislumbrándose en ella una alusión a las Reglas de los religiosos como fuente del principio básico de la teoría de las leyes meramente penales (105).

La consideración casi exclusivamente verbal de la ley es también suya, aunque su preocupación por la intención del legislador de que se cumpla lo mandado mitigue en su conjunto doctrinal, extremos que en otros autores aparecerán sin mitigación de ninguna clase.

Tampoco demuestra el interés que después demostrarán algunos autores clásicos, entre ellos SUÁREZ, para probar que son verdaderas leyes.

23. III. CRÍTICA DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD ADUCIDO POR SUÁREZ EN PRO DE LAS LEYES MERAMENTE PENALES.

Por cuanto antecede puede justipreciarse el valor del argumento de autoridad con que SUÁREZ refrenda su doctrina sobre las leyes meramente penales (106).

1.º Invoca el idéntico parecer de otros autores para probar distintos extremos de su teoría: "Admiten el hecho—dice—de ordenaciones que no obligan en conciencia", "suponen la posibilidad de leyes que obliguen bajo pena", etc. Pero el verdadero elemento esencial en la teoría de las leyes meramente penales es: "*El legislador puede dar leyes (verdaderas leyes) con la intención de obligar bajo pena.*" Y a esta idea hay que buscarle los

(104) Cf. MAZÓN, *Las reglas de los religiosos*, p. 250.

(105) Así lo ha defendido últimamente, además de RENARD (*La théorie...*, pp. 20 y 24), VANGHELuwe, V., *De lege mere poenali*, en "Ephemerides Theologicae Lovanienses", 16 (1939), p. 400, aunque ni uno ni otro se hayan propuesto el análisis detenido de las afirmaciones y argumentos del Gandavense que hace MAZÓN.

(106) Cf. PACE, G.: *Le leggi mere poenali*, Sei-Torino, 1948, p. 11, donde hace una breve crítica del argumento de autoridad en pro de las leyes meramente penales.

precedentes doctrinales para que tengamos un verdadero argumento de autoridad en favor de la teoría.

2.º Y en este sentido el argumento de autoridad queda muy reducido:

a) Es cierto que el principio: "La obligación de la ley depende de la intención del legislador" goza en la tradición teológica casi de carta de naturaleza. No faltan autores que lo nieguen en cuanto a la cantidad, o también al modo de la obligación, por ejemplo, VITORIA.

Otros, admitiendo el principio, les niegan abierta o equivalentemente, como acabamos de ver, *el verdadero carácter de leyes* (VITORIA, SOTO, VALENCIA, VÁZQUEZ, BELARMINO...).

La mayoría de los autores que admiten o defienden la teoría de las leyes meramente penales (excepto CASTRO y SUÁREZ, y quizá algún otro) no se preocupan de puntualizar si son o no verdaderas leyes aquellos estatutos que se tienen como que no obligan en conciencia.

3.º No se puede ni ocultar ni paliar la dependencia que se observa en SUÁREZ de las obras de ALFONSO DE CASTRO (107). El mismo Doctor Eximio no lo disimula: "Ut tractat late Castro", "eam etiam late ostendit Castro" (108).

Y en verdad, aunque el armazón de las ideas esenciales se encuentra ya en autores anteriores (JUAN DRIEDO, por ejemplo), la primera síntesis completa—con sus puntos discutibles, naturalmente—es obra personal de CASTRO (109). Autor tan eminente como FRANCISCO SUÁREZ no podía menos de dejar su huella de coloso en ésta como en otras parcelas de la ciencia jurídica. Y modificó notablemente en algunos puntos la construcción de CASTRO en ansias de una mayor trabazón lógica y, diríamos, de una menor estridencia en algunas de sus conclusiones.

SUÁREZ no suscribiría sin más estas afirmaciones de CASTRO: "la ley que impone una pena por sí misma, nunca obliga en conciencia" (110). La ley mixta puede no obligar en conciencia. La ley penal es ley por la obligación que impone el juez, según vimos al exponer más arriba su doctrina.

En otra cosa coincidirían plenamente, entusiásticamente: en la intención recta y el celo de apóstol con que, para el mayor servicio de Dios, investigaban, enseñaban en la cátedra y difundían en sus libros, la Ciencia sagrada y la filosofía del Derecho, el franciscano, profesor en la Universidad de Salamanca, y el jesuita, profesor de Prima en Coimbra.

(107) Cf. supra p. 547.

(108) Cf. supra pp. 547, 549.

(109) Cf. VANGHELUWE, l. c., p. 429: "Omnibus ergo inspectis concludendum apparet Alphonsum de Castro, quamquam praecedentium auctorum sententiis doctrinisque largo modo est usus, primam tamen synthesis doctrinae poenalis, licet defectibus et confusionibus non destitutam, ita personali modo composuisse, ut ipse SUÁREZ, auctor in hac re praeclarissimus, doctrinam inter se utriusque conferenti, in multis ab eo dependere est dicendus."

(110) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 10.

CAPITULO III

LAS LEYES MERAMENTE PENALES Y EL "VOLUNTARISMO JURIDICO" DE SUAREZ

SUMARIO :

1. Doble corriente: "Objetivista" y "voluntarista" en la concepción de la ley.—2. Suárez, "voluntarista" en su filosofía del Derecho por defender las leyes meramente penales, según algunos autores.—3. Independencia de las dos doctrinas, concepción de la ley y ley meramente penal, según otros.—4. Concepción y definición que de la ley da Suárez.—5. La ley natural, causa remota de la obligación moral de la ley humana.—6. Opinión de Suárez en la controversia escolástica sobre el acto mental esencia de la ley. Alcance de la misma.—7. Coincidencias y discrepancias de la doctrina jurídica de Suárez en relación con S^{to}. Tomás y algunos de sus comentaristas.—8. "Objetivismo" del concepto de ley en Suárez.—9. Distinto "voluntarismo" de las leyes meramente penales, si alguno supone, en relación con el anteriormente refutado.—10. Tres funciones de la voluntad, según Suárez, en la concepción de una ley.—11. Análisis del principio: "la obligación de la ley depende de la intención del legislador". Su *aplicación* a la gravedad mayor o menor de la ley.—12. Su *aplicación* al modo de la obligación.—13. Conclusiones: 1.^a Las leyes meramente penales no pueden confirmar, con el "voluntarismo" que supongan, un "voluntarismo jurídico" *inexistente* en Suárez. 2.^a Según las conclusiones del capítulo siguiente, la *concepción y definición suareziana* de la ley parecen rechazar lógicamente hasta este mismo *voluntarismo* que suponen las leyes meramente penales admitidas por Suárez.

I. Son bien conocidas las dos corrientes en la concepción del Derecho y de la Ley. La corriente llamada subjetivista: ley, acto de la voluntad, expresión de un querer. La objetivista: ley, acto del entendimiento, manifestación de un orden racional, de una idea cuya fuerza objetivamente se impone a los súbditos.

Al frente de las dos corrientes, como autores y símbolos a la vez, han colocado a los dos grandes fundadores españoles del Derecho Internacional: SUÁREZ y VITORIA.

Representante éste de la escuela tomista más pura. Y SUÁREZ de esta otra tendencia "voluntarista", con las funestas consecuencias fáciles de deducir para la política interior e internacional, para toda la doctrina jurídico-legal y para la misma Filosofía del Derecho. Es la voluntad del legislador—arbitraria o no—la que causa la obligación de la ley y determina la fuerza del Derecho. Al paso que en la concepción tomista de la ley, dicen, es el bien común el que da a ésta en la medida de graduación que guarda con aquél, toda la fuerza moral para imponerse a las conciencias.

Ahora bien; la teoría de las leyes meramente penales "nous conduit sur le theatre où s'affrontent avec le plus de violence les deux conceptions que nous avons appelée—en prenant ces mots, le second surtout, dans un sens un peu particulier—le volontarisme et l'idealisme" (1).

Sería esta teoría—al juicio del antiguo y benemérito profesor de Nancy—la manifestación más clara y violenta de estos dos modos de concebir el Derecho. Sería la aplicación que hace ver con mayor claridad las funestas consecuencias de una y la incompatibilidad absoluta de ambas. Una prueba irrefragable del "voluntarismo jurídico" del sabio jesuita de Granada. Porque realmente no se puede negar que SUÁREZ defiende las leyes meramente penales y que de la voluntad del legislador nace la posibilidad de las mismas.

Realmente, ¿las leyes meramente penales en SUÁREZ son una confirmación de este "voluntarismo"? Este es el tema del presente capítulo.

2. No son pocos los autores de distintas escuelas que así lo han creído. Al ya citado RÉNARD deben añadirse el P. GUILLET (2), que lo propugna en distintas obras suyas con notable decisión y vehemencia, KOCH (3); así, entiendo, los jesuitas LEDRÚS (4), BRISBOIS (5) y DU PASSAGE (6).

Lo que quizá en unos autores podía parecer entusiasmo y apasionamiento de escuela—puede haberlos en la contraposición acentuada de la doctrina del P. VITORIA, O. P., a la del P. SUÁREZ, S. J.—, en otros, la misma afirmación es sentada por exigencias de la lógica:

(1) RÉNARD, *La théorie...*, p. 33.

(2) GILLET, *Conscience chrétienne et justice sociale*, p. 454, nota.

(3) KOCH, *Zur den Lehre von den sog. Pönalgesetzen*, en "Theologische Quartalschrift", 82 (1900), p. 258.

(4) LEDRUS, *Le problème des lois purement pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 59 (1932), p. 45.

(5) BRISBOIS, *A propos des lois purement pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 65 (1938), p. 1072.

(6) DU PASSAGE, recensión del libro de RÉNARD, *La valeur de la loi*, en "Etudes", 196 (1928), p. 490.

“Cette position—la de RÉNARD al considerar estas leyes meramente penales como una herejía filosófica—nous parait pleinement justifié, parce que la plus logique au point de vue des principes, et la plus conforme a la doctrine thomiste de la loi... Des lors, si on veut rester fidele aux principes rationnels qui sont a la base de la morale, il faut conclure qu’une loi purement pénale n’est pas possible”, así el P. BRISBOIS (7).

Y el P. DU PASSAGE:

“...en despit des autorités qui l’appuient, nous semblait finalement assez peu satisfaisante au regard de la logique” (8).

Para construir su teoría, obligación puramente jurídica de las leyes meramente penales como normas *infra-racionales*, el P. LEDRÚS plantea con absoluta sinceridad y claridad de términos la dificultad:

“La loi est *ordo rationis*: comment concevoir une infraction de l’orden rationnel qui ne soit pas un acte irrationnel, donc un acte moralement coupable, un péché? La loi purement penale n’est-elle pas la quadrature du cercle?” (9).

Evidentemente, para estos autores, ley meramente penal y “voluntarismo” están tan íntimamente ligados entre sí como efecto y causa. Aplicación clara, consecuencia lógica de un principio que las contenía.

Y por consiguiente, SUÁREZ es “voluntarista”; una vez más padre del “voluntarismo jurídico” por su construcción doctrinal de la teoría de las leyes meramente penales.

3. No falta quien defienda todo lo contrario. La teoría de las leyes meramente penales no supone necesariamente un concepto voluntarista de la ley. Colocados en distintos puntos de enfoque, con finalidad inmediata también distinta y con argumentación de valor desigual entre estos autores, coinciden en considerar las leyes meramente penales dentro de la escuela del tomismo más puro.

Para DOMINGO SOTO, O. P., no fué, por ejemplo, obstáculo alguno su opinión sobre el acto del entendimiento esencia de la ley (10) para defender el principio: la ley penal obliga a la culpa si no expresa una intención opuesta el legislador diciendo: no queremos obligar a la culpa (11). No consideraba, por tanto, la facultad de dictar leyes meramente penales como una consecuencia de una concepción voluntarista de la ley.

(7) BRISBOIS, l. c.

(8) DU PASSAGE, l. c.

(9) LEDRUS, l. c.

(10) SOTO, *De Iustitia et Iure*, l. 1, q. 1, art. 1. Cf. SUÁREZ, *De Legibus*, l. 1, c. 5, n. 1.

(11) Véase más arriba, p. 550.

“Voluntarista” e “idealista”, afirma LITT, pueden ser o contrarios o partidarios de la teoría de las leyes meramente penales (12).

De modo parecido concluye HARMIGNIE (13).

Otros—JANSSEN (14), VAN HOVE (15), KISELSTEIN (16) y DABIN (17)—sostienen la misma tesis intentando demostrar la relación de las leyes meramente penales con el bien común, es decir: buscan una base objetiva a las leyes meramente penales. El bien común las exige y las exige así. Puede ponerse en duda si algunos de estos autores tocan la raíz de la dificultad o si, por el contrario, afirmando lo que hay que probar, dejan intacta la que indudablemente palpita en toda esta cuestión.

Estudiemos gradualmente la cuestión para sacar las conclusiones que dicen relación con la finalidad de este trabajo.

4. I) ¿LA CONCEPCIÓN SUAREZIANA DE LA LEY ADMITE EL “VOLUNTARISMO JURÍDICO” QUE SE LE IMPUTA? (18).

SUÁREZ define la ley como acto de la voluntad del Príncipe que quiere obligar a sus súbditos (19) cuando se trata de precisar su posición en la discusión secular sobre el acto psíquico, esencia de la ley.

Pero ésta es la definición que da SUÁREZ de la ley, *considerada en un aspecto parcial y secundario en el conjunto de la doctrina teológica sobre el derecho positivo humano*.

Es evidente que el análisis minucioso hecho sobre un texto que no quiere ser la definición completa, y arrancado del sentido que tiene toda la doctrina del autor, ha de dar por resultado un desenfoque de su pensamiento. Define allí, como él mismo dice, la ley mental.

(12) “Elle (la teoría de las leyes meramente penales) n'est pas davantage un aspect ou une conséquence de la fameuse opposition entre les conceptions idéaliste et volontariste de la loi, opposition qu'on a sans doute parfois exagérée et souvent mal comprise, mais que n'est pas moins très profonde, quoi qu'on en dise. Si un tenant de la conception idéaliste de la loi peut assez malaisément s'accomoder de la théorie, le volontariste le plus décidé ne trouve dans sa position aucun obstacle à son reject”, LITT, *Les lois dites purement pénales*, en “Revue Ecclesiastique de Liège”, 30 (1938), p. 141.

(13) HARMIGNIE, *Ordonnances humaines et obligation de conscience*, en “Revue Neoscholastique”, 32 (1930), p. 300.

(14) JANSSEN, *De lege mere poenali*, en “Jus Pontificium”, 4 (1925), p. 189.

(15) VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, I (Mechliniae-Romae, 1930), p. 155.

(16) KISELSTEIN, *La répercusion de la loi civile dans la conscience*, en “Revue Ecclesiastique de Liège”, 25 (1933), p. 89.

(17) DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif* (Paris, 1929), pp. 640, 644, 665.

(18) Bibliografía abundante sobre este punto se encontrará en ESTEBAN ROMERO, Pbro., *La concepción suáreziana de la ley* (Sevilla, 1944). Todo el libro de ESTEBAN ROMERO tiene por objeto combatir, con un amplio estudio de la doctrina jurídica de Suárez y de Sto. Tomás, este “voluntarismo” del que se hace autor al jurista de Granada.

(19) “... addo tertio, spectando ad rem ipsam melius intelligi, et facilius defendi, legem mentalem (ut sic dicam) in ipso legislatore esse actum voluntatis justae et rectae, quo superior vult inferiorem obligare ad hoc vel illud faciendum”, *De Legibus*, l. 1, c. 5, n. 24.

Por esto, aunque sea muy concisamente, no podemos prescindir de reflejar fielmente su pensamiento:

“Lex est commune praeceptum, justum et stabile sufficienter promulgatum” (20).

Al corregir así la definición del Angélico: “Ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata” (21), no le mueve, explica él mismo (22), la opinión que pueda tener sobre el acto psíquico esencia de la ley, puesto que la voluntad puede llamarse razón por ser potencia racional y por tener que ir regida por aquélla, sino el deseo y la necesidad de expresar más claramente el sentido activo y la estabilidad de aquella ordenación de la razón hacia el bien común.

La obligación en conciencia es para SUÁREZ efecto adecuado de toda ley (23). No hay ley sin obligación en conciencia, ni ésta puede reconocer más causa que la ley.

Supuestas las condiciones extrínsecas que todo acto legislativo debe tener para poder obligar: justicia por parte de la materia (24) y de la forma (25), demuestra SUÁREZ la potestad que la ley humana tiene para producir este efecto en el fuero de la conciencia. Cree poder calificar esta proposición como cierta y *de fe* (26), en contra de la temeraria y errónea opinión del Canciller de la Universidad de París, GERSÓN (27), que decía tener la ley humana la misma fuerza del precepto del médico a su cliente: “No beba usted vino puro si no se quiere morir.” La obligación nacería espontáneamente, pero no del mandato del médico, sino del precepto natural de no exponer sin razón la propia vida.

Algo muy parecido a la concepción neokantiana de la ley de algunos modernos filósofos del Derecho (28).

La ley humana es la causa próxima (29); la ley natural, el bien común, la causa remota de la obligación moral.

(20) *De Legibus*, l. 1, c. 12, n. 4.

(21) S. Th., 1, 2, q. 90, art. 4.

(22) *De Legibus*, l. 1, c. 12, n. 3.

(23) L. 1, c. 14, n. 4.

(24) L. 1, c. 9, nn. 1-12.

(25) L. 1, c. 9, n. 5.

(26) L. 3, c. 1, n. 2.

(27) Cf. GERSÓN, J., *Opera omnia*, 3 v. (Antwerpiae, 1706), III Tract. “de vita spiritali animae”, lect. 4, corol. 5.

(28) Sobre las tendencias neo-kantianas en Filosofía del Derecho, sobre la fuente de la obligación de la ley, pueden consultarse: SOTILLO, *La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 1 (1946), pp. 135-171; 669-696; 2 (1947), pp. 767-802, donde se encontrará abundante bibliografía. DEL VECCHIO, G., *Lezioni di Filosofia del Diritto* (Città di Castello, 1932), p. 129; LUÑO PEÑA, E., *Essai critique sur les notions de Loi éternelle et de Loi naturelle*, en “Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique”, 1-2 (1936), pp. 92-130.

(29) L. 3, c. 21, nn. 6 y 7, y con mayor precisión filosófica en l. 2, c. 4, n. 8.

Si la materia de la ley es ya honesta y buena en sí, la ley humana no produce otro efecto inmediato que la obligación. Si es en sí indiferente, determina al propio tiempo el "medium virtutis", lo que es virtud en aquella materia indiferente en sí: "Id enim facit imponendo necessitatem operandi in talibus materiis juxta exigentiam earum" (30), como cuando, por ejemplo, señala justamente el precio de algo constituyendo el "medium virtutis" (31). Es el "justum legale" de ARISTÓTELES: "Quod a principio nihil refert: postquam autem positivum est multum refert" (32).

5. "Ningún hombre tiene en sí o de suyo de dónde pueda sujetar la voluntad libre de los demás con los vínculos de este imperio" (33).

Esta fuerza le viene a la ley humana de la ley natural, calificada por SUÁREZ de causa remota de la obligación (34).

Esta derivación que de la ley natural eterna hace la ley humana reviste una doble modalidad: o es sólo declarativa de la obligación natural, como la ley civil que prohíbe el hurto o el homicidio, o determina una obligación especial que no se deduce, ni de modo evidente ni probable, de los solos principios de la ley natural: son cosas que podrían ser no mandadas. A modo de conclusión lógica de unos principios, la primera; a modo de determinación, la segunda (35).

Los principios de la ley natural sancionan la necesidad de someterse a esta determinación hecha por el bien común por la razón prudente del que ostenta la autoridad (36) en esta lucha de los intereses privados y comunes encontrados (37).

A su vez es doble esta sanción de la ley natural a la obligación de la ley positiva humana:

La que llama SUÁREZ extrínseca, la autoridad misma, los principios éticos naturales que dicen: "Hay que obedecer a los superiores" (38).

Y aquella relación intrínseca, por la misma justicia de la ley, por la ley eterna y natural, que hacen que el mismo legislador esté obligado a

(30) L. 3, c. 12, n. 20.

(31) L. 3, c. 24, n. 3.

(32) Cf. I. 1, c. 3, n. 11; I. 3, c. 12, n. 13.

(33) LEÓN XIII, *Diuturnum illud* (29 de junio de 1881), ASS, 14, p. 6; cf. ASPIAZU, J., S. J., *Direcciones pontificias* (Madrid, 1933), p. 192.

(34) L. 1, c. 3, n. 18; véanse también entre muchos otros: I. 3, c. 21, n. 14, y I. 3, c. 22, n. 15.

(35) L. 3, c. 21, n. 10. Cf. S. Th., I. 2, q. 95, arts. 2 ad 4.

(36) L. 2, c. 9, n. 2.

(37) L. 3, c. 1, n. 5.

(38) L. 2, c. 4, n. 8. Cf. I. 2, c. 9, n. 9; I. 3, c. 24, n. 2; I. 3, c. 35, n. 12. La existencia de tales principios es clara por sus equivalentes en la ley divina: Rom., 13, 1: "Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit; non est enim potestas nisi a Deo", y Prov., 8, 15: "Per me reges regnant et legum conditores justa decernunt."

cumplir sus propias leyes (39). También para él su ley ha determinado el "medium virtutis".

De modo que no puede haber ley verdadera con obligación en conciencia que no sea justa. De otra suerte no derivaría de la ley natural y no participaría de su eficacia. Toda ley justa reconoce un principio intrínseco como base indispensable de su obligación.

Aunque a veces la elección de un determinado modo de ley tenga que ser casi arbitraria, advierte SUÁREZ, esto no quiere decir que la voluntad sustituya a la razón, sino que todos aquellos modos distintos, razonables en sí, corresponden cada uno, según su modalidad, a alguna exigencia razonable del bien común (40).

Son "ciertas reglas" generales medida de todo lo que el hombre debe hacer, según enseña STO. TOMÁS (41).

La derivación de la materia de la ley meramente penal de estos principios éticos de la ley natural es lo que la hace justa, conforme a recta razón y al criterio supremo de moralidad de la ley eterna (42).

6. La piedra de escándalo que da pie a todas las acusaciones del "voluntarismo" lanzadas contra la doctrina jurídica de SUÁREZ es, según dijimos, la definición psicológica de la ley. En el proceso espiritual de su formación entran los siguientes actos intelectivo-volitivos (43):

I.—PREPARACION (n. 6). Momento intencional.

- | | | | |
|---------------|---------------|---|---|
| Concurren re- | motamente ... | } | 1. <i>Voluntad</i> .—"Intención habitual o actual del bien común o de gobernar bien". |
| | | } | 2. <i>Entendimiento</i> .—"Consulta (mental) sobre tal o cual ley justa y conveniente a la sociedad". |

II.—FORMACION (nn. 6-7). Momento *constitucional*.

- | | | | |
|----------------|---------------|---|--|
| Concurren pró- | ximamente ... | } | 1. <i>Entendimiento</i> .—"Juicio por el cual declara el legislador ser conveniente a la república una cosa determinada". |
| | | } | 2. <i>Voluntad</i> .—"Acto por el que el príncipe acepta, elige y quiere que los súbditos observen lo que el entendimiento juzgó". |

(39) L. 3, c. 35, nn. 6, 8 y 12.

(40) L. 2, c. 20, n. 2. Acerca de la mayor o menor proximidad de estos principios respecto a la ley natural, véase I. 1, c. 13, n. 18, y I. 2, c. 7, n. 5.

(41) S. Th., I, 2, q. 91, arts. 3 ad 2.

(42) CAYETANO, *Comment. in 1, 2*, q. 95, arts. 2, II.

(43) Reducimos a esquema el capítulo 4 del libro 1.

III.—INTIMACION (nn. 4 ss.). Momento manifestativo.

- Perfeccionan,
completan ...
1. *Entendimiento*.—“El acto necesario para comunicar al súbdito la ley concebida”.
 2. *Voluntad*.—“... de formular el signo manifestativo de la voluntad anterior”.
 3. *Entendimiento*.—“Acto por el que ve el legislador la materia por él ordenada, de la cual juzga distintamente que en el signo antecedente al mandato”.

La sola lectura del esquema precedente coloca en e. marco justo toda la discusión escolástica sobre el acto mental esencia de la ley.

Entendimiento y voluntad en funciones esenciales insustituibles. El mismo SUÁREZ enseña: una cosa es cierta: que la ley humana “o consta de un acto del entendimiento y voluntad o ciertamente no sin uno de los dos; de tal manera que si es uno solo de ellos, sin embargo depende intrínsecamente del otro (44).

La disputa escolástica es ésta: ¿en qué acto mental hay que poner la esencia de la ley en su fase de formación o constitucional?

La polémica alcanza casi los vuelos de las grandes controversias escolásticas. Da una idea de ello la extensión con que SUÁREZ la trata y el número de autores que cita para cada una de las opiniones (45).

Mientras STO. TOMÁS (46), CAYETANO, CONRADO, SOTO, TORQUEMADA, ALEJANDRO DE ALES, RICARDO, SAN ANTONINO, GUILLERMO DE PARÍS, CÓRDOBA, se deciden por el acto del entendimiento; SUÁREZ, con ENRIQUE DE GANTE, GABRIEL OCKAM, ALMAINO, SAN BUENAVENTURA, CASTRO, SCOTO, pone la esencia de la ley en el acto de la voluntad (47).

El juicio de SUÁREZ, justo y ponderado, sobre la controversia es el siguiente:

1.º La enumeración de los actos intelectivo-volitivos y sus funciones respectivas en la constitución de la ley (48) dan a entender fácilmente que toda la discusión *se reduce casi a modos de hablar* (49).

2.º Ambas opiniones son probables (50) y ninguno de estos modos de hablar puede probarse con eficacia. Los argumentos dados por la primera opinión demuestran que no hay ley sin la dirección de la prudencia del

(44) L. 1, c. 5, n. 22.

(45) Véase todo el capítulo 5 del libro 1.

(46) Cf. 1, 2, q. 90, art. 1.

(47) L. 1, c. 5, nn. 1 y 8.

(48) Todo el cap. 4.

(49) L. 1, c. 5, n. 1.

(50) L. 1, c. 5, n. 20.

juicio regulador del acto volitivo, y los de la segunda propiamente no prueban sino que la obligación proviene de la voluntad del legislador al modo como se dice del que observa la ley de Dios que cumple su voluntad (51).

3.º *El acto de la voluntad por el que el Príncipe acepta, elige y quiere* que los súbditos observen lo que el entendimiento prejuzgó, *reúne*, según SUÁREZ, *mucho mejor que el del entendimiento*, las características esenciales de la ley. Por esto prueba: a) que el acto de la voluntad es necesario absolutamente (52); y b) que en este acto se encierra la esencia de la ley (53).

No se crea que es esta opinión sobre la trascendencia de la discusión, opinión personal, exclusiva de SUÁREZ. No se encuentra en los autores que siguen al ANGÉLICO ni en los que impugnan su sentencia el menor indicio de que creyeran de mayor trascendencia el debate que nos ocupa.

Más, defendida con interés su propia opinión, no parece infundirles recelo alguno la terminología que pudiera ser la de un acérrimo voluntarista (54).

Y de un modo explícito, VALENCIA: "La controversia es sólo de palabras: "utrum scilicet actum potius legis vocabulum primario significet, intellectus ne an voluntatis" (55).

Y éste es el alcance objetivo de aquella discusión de escuela: cargar el acento sobre uno u otro acto mental en conformidad con las propias opiniones sobre las funciones de ambas facultades en el proceso psicológico de su formación. Ninguno (excepto MOLINA), y menos SUÁREZ, al defender su opinión, reduce la importancia e influjo real, indispensables, de ambas facultades.

(51) L. 1, c. 5, n. 22.

(52) L. 1, c. 4, n. 8. SÓLO MEDINA (*Comment. in 1, 2*, Venetiis, 1590, q. 90, art. 7., al defender la opinión contraria, llega a negar la necesidad del acto de la voluntad en la confección de la ley: "Aunque quiera NO obligar..., si hace ley, obliga." SUÁREZ le refuta ampliamente en l. 1, c. 5, n. 5.

(53) El argumento principal estriba en que, según SUÁREZ, el "imperium", tanto aquel por el que ordenamos nuestros propios actos, como con el que mandamos los ajenos, pertenece a la voluntad. El entendimiento es facultad cognoscitiva; la moción—y el "imperium" lo es esencialmente—pertenece a la facultad volitiva. Véanse los lugares principales en T. I, *De essentia praedestinationis*, l. 1, c. 16, nn. 5-6; T. II, *De angelis*, l. 7, c. 6, n. 3; T. IV, *De usu et imperio*, disp. 9, sect. 3; T. XXV, *Disputationes metaphysicae*, disp. 19, sect. 6, n. 7.

(54) Cf. S. Th., 1, 2, q. 9, arts. 1 ad 2: "Omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris: lex quidem divina et naturalis a rationali Dei voluntate; lex autem humana a voluntate hominis ratione regulata", y CAYETANO, "... a voluntate vero principis sicut a determinante causam universalem ad effectum specialem" (*Comment. in 1, 2*, q. 96, art. 5, VII).

(55) VALENCIA, *Comment. Theol. in 1, 2*, disp. 7, q. 1, punctum 1.

7. A la misma conclusión llegamos si establecemos un cotejo de toda la doctrina jurídica de SUÁREZ con la de STO. TOMÁS (56) y la de sus intérpretes ALFONSO DE CASTRO (57), CAYETANO (58), FRANCISCO DE VITORIA (59), GREGORIO DE VALENCIA (60), SAN BELARMINO (61) y VÁZQUEZ (62).

Un estudio atento de la posición de cada uno de ellos permite llegar a estas conclusiones:

Doctrina común y fundamental en la escuela jurídico-moral católica es:

1) La ley humana de sí puede obligar en conciencia.
2) La fuerza para obligar en este orden le viene de la ley natural cuya determinación es.

3) La ley natural obliga mediante la ley humana: a) por ser de ley natural los principios universales que el legislador humano aplica a casos concretos; por ellos son justos y honestos los actos de por sí indiferentes; b) porque la misma ley natural sanciona la autoridad humana mediante principios que intiman la obediencia y sujeción a sus leyes.

4) Para hacer esta determinación se requiere en la mente del legislador un acto del entendimiento y un acto de la voluntad (elección racional de actos que concurren al bien común).

5) La obligación moral es efecto necesario e intrínseco de la ley humana.

No es unánime el parecer:

1) En precisar cuál es el acto mental que constituye la esencia de la ley, según vimos anteriormente.

2) En el mayor o menor margen que se concede a la causa segunda para determinar la cantidad y modo de la obligación.

8. Podemos ya contestar a modo de conclusión a la pregunta formulada:

(56) El Doctor Angélico dedica a esta cuestión de la obligación de la ley y sus causas las cuestiones 90 a 96 de la 1, 2, de la *Summa*. Cf. sobre el pensamiento de Sto. Tomás sobre este punto de su doctrina del Derecho: LOTTIN, O., O. S. B., *L'ordre moral et l'ordre logique d'après S. Thomas d'Aquin*, en "Annales de Philosophie", Louvain, 5 (1924), pp. 303-399; LACHANCHE, *Le concept de Droit selon Aristote et Saint Thomas*, Montréal-Paris, 1933.

(57) CASTRO, *De potestate legis poenalis*, l. 1, c. 1 y 2: "Lex est recta voluntas eius qui vicem populi gerit, voce aut scripto promulgata, cum intentione obligandi subditos ad parandum illi" (cap. 1).

(58) CAYETANO, *Comment. in 1, 2*, q. 96, art. 5, VII: "... ex propria voluntate principis et ex aeterna lege, vim obligativam principis in foro conscientiae lex humana habet", y CAYETANO pone la esencia de la ley en el acto intelectual.

(59) VITORIA, *Selectio de potestate civili*, n. 17.

(60) VALENCIA, *Comment. Theol. (T. 2)*, in 1, 2, disp. 7, q. 5, punct. 1. También para este autor la esencia de la ley radica en el acto del entendimiento.

(61) BELARMINO, *De controversiis...*, 2, *De laticis*, l. 3, c. 11.

(62) VÁZQUEZ, *Disput. in 1, 2*, disp. 158, c. 4.

¿Supone una teoría voluntarista de la ley el *sostener en el marco de la discusión escolástica que esencialmente consiste en el acto de la voluntad antes que en el del entendimiento?*

Es evidentemente arrancar las palabras del DOCTOR EXIMIO de su sentido propio contextual apoyar acusaciones de tal gravedad sobre la base efímera de una definición parcial, o de una que otra frase, dándole un sentido que no tuvo ni en la pluma ni en la intención del autor (63).

El bien común ocupa en la definición y concepción suareziana de la ley el mismo puesto y tiene la misma trascendencia en la producción de su efecto próximo que en la doctrina de toda la escuela tomista. Para unos y para otros la ley es "ordinatio rationis".

STO. TOMÁS dirá que la voluntad es ley cuando es recta.

SUÁREZ, que la ley es la voluntad justa y recta. Para unos y otros la ley jamás obligará, jamás será ley si carece de rectitud y de justicia, es decir, si no deriva su fuerza de algún principio intrínseco de ley natural. Esta derivación del principio de ley natural a la materia de ley humana es el entendimiento, el recto juicio del legislador quien tiene que descubrirla... Sólo por este acto, también esencial a la ley, puede obtenerse aquella derivación racional.

Por consiguiente, por esta posición particular, que es la de muchos otros doctores escolásticos, SUÁREZ no puede con justicia ser tildado de "voluntarista", y menos puede señalársele como "padre del voluntarismo jurídico". Y la expresión nació precisamente para designar aquella corriente subjetivista originada por una desafortunada y errónea definición de la ley: la de SUÁREZ en contraposición de aquella otra tendencia objetivista, fruto de una recta definición de "loi a fondement objectif".

Deduzcamos, por tanto, que son de todo punto injustificadas las acusaciones que sobre SUÁREZ y su doctrina jurídica arrojan sus adversarios.

9. II) "VOLUNTARISMO" Y LEYES MERAMENTE PENALES.

Queda en pie la afirmación de aquellos autores citados en la página 563: "SUÁREZ es voluntarista por defender las leyes meramente penales", es decir, ven en la teoría desarrollada y defendida por SUÁREZ sobre las leyes meramente penales la prueba más contundente de aquel voluntarismo."

Ahora bien, rechazada esta acusación de "voluntarista" por lo que se refiere a su concepción general de la ley, mal pueden corroborar las leyes

(63) En este sentido no nos parece suficientemente sólida la impugnación que de la trazación doctrinal en SUÁREZ hace el P. DELOS, O. P. (*La société et les principes de Droit public*, París, 1929, p. 230-1).

meramente penales un voluntarismo inexistente. El bien común—digámoslo una vez más—ocupa en la definición suareziana de la ley, como en la de Sto. TOMÁS, el puesto de causa remota, pero verdadera causa de la obligación. Nos parecen totalmente injustificadas las acusaciones de separación entre la bondad y la obligación arrojadas contra el DOCTOR EXIMIO (64).

Si la teoría de las leyes meramente penales supone algún “voluntarismo”—que es lo que ahora vamos a estudiar—, nunca será como consecuencia de la definición de la ley por haber dado en ella más importancia al acto de la voluntad que al del entendimiento. Será otro “voluntarismo”—preferiríamos no usar siquiera esta expresión—, de naturaleza distinta, cuyas consecuencias se limitarán a las que la teoría en sí pueda tener, pero no confirmación de un “voluntarismo” que hemos comprobado inexistente en SUÁREZ. Y la causa de este “voluntarismo” deberá buscarse en otra parte.

10. El segundo punto en que hemos visto opinar a SUÁREZ y otros autores contra la sentencia no común, sino discutida, de algunos otros teólogos, ha sido el mayor margen que en la determinación de la cantidad (grave o leve) y modo (bajo culpa o bajo pena) de la obligación conceden a la causa segunda, el legislador, y, en consecuencia, a la voluntad del mismo.

La influencia de esta voluntad se extiende, según SUÁREZ, para determinar:

- 1) La existencia de la ley concreta.
- 2) La cantidad del efecto de la ley (gravedad de la obligación).
- 3) El modo de este efecto (ley moral, penal o mixta).

El principio de que SUÁREZ deduce estas tres funciones es: “En los efectos morales que dependen de la voluntad, los efectos no pueden surgir *sin* la intención o *más allá* de la intención del agente.” Obligar es un efecto moral que estará, por tanto, sujeto a la voluntad del operante. Toda la fuerza del acto proviene de la voluntad o mediante ella. Como el acto exterior sin intención no es verdadero acto moral, sino una ficción, y sin ella no hay absolución, voto, matrimonio, excomunión, así tampoco hay ley (65).

(64) Con tanta mayor fuerza de palabras y tanta menor fuerza de argumentos, TONNEAU, J., O. P., en “Bulletin Thomiste”, 3 (1931-32), p. 535, habla de una concepción de la ley “*idole suarézienne*”, de la “*monstruosité*” en tomismo, de la disyunción vulgar entre el orden del bien racional y el orden de la obligación moral, del que sería culpable SUÁREZ naturalmente: “... *on sait que selon SUÁREZ l'intelligence n'intervient pas dans la confection même du précepte...*”

(65) *De Legibus*, l. 1, c. 5, n. 17.

Si se diese éste caso: querer dar una ley sin intención de obligar, lo intentaría el legislador, pero no haría ley, porque la intención "fertur in rem ut apprehensam, effectio autem terminari debet ad rem ut in se possibilis est" (66). Es decir, según la posibilidad de la materia objeto de la ley.

Dependiendo el efecto de la ley de la voluntad que la dicta, dependen también de ella la cantidad (67) y la posibilidad de las leyes meramente penales.

II. ¿No es esto "voluntarismo"? Respondemos:

1.º Todos los autores que admiten las leyes meramente penales propiamente dichas, y son la mayor parte, admiten este principio: "La obligación de la ley depende de la intención del legislador", aun cuando, siguiendo al ANGÉLICO en la discusión escolástica sobre la esencia de la ley, la pongan en el acto del entendimiento. Así, SOTO (68), CAYETANO (69), VALENCIA (70), TOLEDO (71), SAIRO (72)..., para no citar más que algunos. Luego no veían en las leyes meramente penales necesariamente un margen excesivo dado a la voluntad en la definición y concepción de la misma ley ni una repugnancia intrínseca con los principios de la doctrina tomista.

2.º No apareciendo la repugnancia interna en sus propios términos del principio: "La obligación depende de la intención", la crítica del mismo debe limitarse a sus aplicaciones: "La obligación de la ley depende de la intención del legislador si ésta no termina en cosas imposibles." Es decir, concedido el carácter de verdadera causalidad a la voluntad del legislador, sobre todo cuando la materia de la ley es indiferente en sí, no se ve la repugnancia intrínseca de aquel principio si esta voluntad no pretende cosas imposibles (lo serían, por ejemplo, querer que empezara a obligar simultáneamente en todas partes sin suficiente promulgación (73) si fuera injusta la ley, etc.), aunque intentara obligar, porque repugna al derecho natural.

(66) L. 3, c. 20, n. 6.

(67) Lo explica y prueba ampliamente esta afirmación en el c. 27 del libro 3.

(68) SOTO, su doctrina sobre las leyes meramente penales, cf. p. 550. La ley, acto del entendimiento, en *De iustitia et iure*, l. 1, q. 1, art. 1.

(69) CAYETANO, su doctrina sobre las leyes meramente penales, en p. 544. La ley, acto del entendimiento, *Comment. in 1, 2, q. 90, art. 1.*

(70) VALENCIA. Sobre la ley meramente penal, cf. p. 551. La ley, acto del entendimiento. T. 2, disp. 6, quaest. 1, punctum 1.

(71) TOLEDO, F. S. J., *Instructio Sacerdotum* (Romae, 1618); ley meramente penal, y sobre el acto esencia de la ley, en l. 8, c. 19, n. 20; c. 20, nn. 3 y 4.

(72) SAIRO, *Clavis regia sacerdotum ad casus conscientiae* (Venetis, 1625); doctrina sobre las leyes meramente penales, en l. 3, c. 9, n. 3; acto intelectual, esencia de la ley, en l. 2, c. 2, n. 3.

(73) *De Legibus*, l. 3, c. 17, nn. 3-4.

3.° Para algunos autores este imposible sería también pretender obligar "sub levi" cuando la materia en sí es grave. Según ellos, la derivación de la ley natural no permite esta disminución en la gravedad de la obligación al arbitrio del que legisla. SUÁREZ cita a VÁZQUEZ (74), DRIEDO (75), SALMERÓN (76). Debe ajustarse a la capacidad de la materia.

Si realmente prueban que lo que en este caso el legislador intenta es algo imposible, *habrán demostrado la falsedad del principio*; la obligación no depende de la voluntad del legislador *cuando pretende disminuir su obligación*.

Podemos prescindir de entrar en la discusión porque no atañe directamente a nuestro objetivo y por considerarla, como SUÁREZ (77), VÁZQUEZ, DRIEDO (78) la consideran, independiente de la facultad de dictar leyes meramente penales.

12. 4.° La teoría de las leyes meramente penales implicará un mayor margen para la voluntad del legislador en la confección de la ley, y, por tanto, la falsedad en este caso del principio: "la obligación depende de la intención", *si se demuestra que son algo imposible en sí las leyes meramente penales, dados los principios jurídicos comunes a toda la tradición escolástica*. Si las leyes meramente penales, tal como las expone SUÁREZ, encajan menos lógicamente en toda su concepción jurídica o implican alguna contradicción con aquellos principios generales, admitimos este "voluntarismo sui géneris", *que no procederá de concebir y definir equivocadamente la ley, sino de apartarse por otros motivos, que no es del caso averiguar ahora, de su misma doctrina jurídica plena y absolutamente ortodoxa*.

13. Podemos concluir, por tanto:

1) Es evidente la injusticia que con SUÁREZ se comete cuando, apoyándose en su defensa de la teoría de las leyes meramente penales, se le llama fundador de la escuela subjetivista en la Filosofía del Derecho, precursor del neokantismo, etc. Con el mismo derecho podría llamárseles tales a

(74) VÁZQUEZ, *Disput. in 1, 2*, disp. 158, c. 4.

(75) DRIEDO, *De libertate christiana*, l. 3, c. 3 ad 5.

(76) SALMERÓN, T. 4, *Evangel.*, p. 3, tract. 12. "Differt autem...".

(77) SUÁREZ admite y propugna con amplitud las dos aplicaciones. Más, saca de cada una de ellas un argumento—no exclusivo—en favor de la otra (l. 3, c. 27, n. 12, y l. 3, c. 22, n. 3). Afirma, no obstante, categóricamente, que son dos problemas independientes el uno del otro (l. 5, c. 4, n. 8).

(78) VÁZQUEZ, DRIEDO y cuantos rechazan la primera aplicación, admitiendo la segunda, implícitamente dan a entender que asimismo consideran totalmente independiente; ambas cuestiones.

cuantos anteriores y posteriores a SUÁREZ, de una y otra familia religiosa, han defendido esta teoría o admiten, por lo menos, el principio base de la teoría y piedra de escándalo: "la obligación de la ley depende de la intención del legislador". Serán con frecuencia exageraciones de lenguaje, no por retóricas menos injustas y anticientíficas.

Las perniciosas consecuencias de la teoría de las leyes meramente penales a través de los tiempos recaerán, eliminadas otras posibles causas más eficaces quizá que esta teoría, sobre SUÁREZ como sobre cuantos y en cuanto hayan contribuído a formarlas, sostenerlas y difundirlas, pero no serán de la naturaleza y envergadura de las del llamado "voluntarismo jurídico".

2) Si son eficaces y convincentes las razones con que en el capítulo próximo intentaremos demostrar que las leyes meramente penales en SUÁREZ, y *tal como él las defiende*, son posibles sólo apartándose de sus propios principios jurídicos, confirmaremos con un nuevo argumento la conclusión anterior. *Su genuina concepción y definición de la ley rechazan lógicamente hasta este "voluntarismo" de las leyes meramente penales.*

CAPITULO IV

LAS LEYES MERAMENTE PENALES DE SUAREZ EN
EL CONJUNTO DE SU DOCTRINA JURIDICA

SUMARIO :

1. Las leyes meramente penales de Suárez.—2. *Proposición primera*: no es puramente verbal la cuestión sobre si las leyes meramente penales son o no verdaderas leyes.—3. *Proposición segunda*: el concepto de la ley meramente penal no es totalmente uniforme en el mismo Suárez.—4. La forma “disyuntiva” de la ley meramente penal.—5. *Proposición tercera*: la ley meramente penal de Suárez no parece tener la nota esencial de obligatoriedad que exigen en toda verdadera ley sus mismos principios jurídicos.—6. La obligación de la ley meramente penal en forma “condicional”.—7. *Proposición cuarta*: si la ley meramente penal obligara por sí misma a la pena, el principio intrínseco de esta obligación, la induciría “a priori” al acto ordenado primariamente por la misma ley.—8. *Proposición quinta*: los hechos aducidos como base de la teoría suareziana de las leyes meramente penales no parecen fundamento suficiente.—9. El hecho de leyes civiles tenidas por meramente penales.—10. El ejemplo del voto penal.—11. *Proposición sexta*: la aplicación a la práctica de la teoría de las leyes meramente penales resulta poco menos que imposible aun en el supuesto de que tales leyes se dieran en la legislación civil.—12. Ineptitud de los criterios para discernir las leyes meramente penales.—13. La teoría recae en el objetivismo del que por definición se aparta.—14. *Conclusión*: ¿Por qué defiende Suárez las leyes meramente penales?—15. Epílogo.

1. Una crítica eficaz de la teoría de las leyes meramente penales exige una concreción minuciosa de su concepto. No se dice tan fácilmente ni con pocas palabras qué se entiende en general y qué atiende cada autor por ley meramente penal. En las críticas que se han hecho de esta teoría puede observarse que o concretan extremadamente el punto de enfoque desde el que se las quiere estudiar (1) o forzosamente hay que multiplicar los razo-

(1) Cf. Introducción, notas 33 y 34.

namientos, dejando siempre sin refutar una posible manera nueva de concebir las leyes meramente penales (2).

Si aun tratándose de un mismo autor—SUÁREZ en nuestro caso—no resulta tarea fácil esta indispensable determinación del concepto de ley meramente penal, es fácil imaginar cuál será el resultado con la adición de las explicaciones subsiguientes, parciales a veces, desenfocadas otras, con referencias no siempre exactas de otros autores, aplicaciones nuevas, etc.

El objeto del ensayo crítico que emprendemos en este capítulo tiene por objeto exclusivo las leyes meramente penales *tal como las entiende y propugna* SUÁREZ, no como puede defenderlas o las haya podido defender algún otro autor. Es natural que por tener esta teoría unas notas comunes en todos los autores, lo que sobre ellas se diga en SUÁREZ podrá aplicarse en buena parte a los demás. Pero reconocemos que los reparos que se puedan hacer a la concepción de SUÁREZ quizá no puedan hacerse a la de otros. Estos pueden salvar una dificultad, aunque sea quizá creando otras mayores, que por su parte salva SUÁREZ perfectamente.

Y, además, en el *conjunto de su doctrina jurídica*. Estudio más bien especulativo, por tanto, pero no exclusivamente, por atender con preferencia a la conexión lógica de la teoría de las leyes meramente penales en el conjunto de sus principios doctrinales sobre la ley.

Procederemos en la argumentación demostrando gradualmente proposiciones parciales.

2. PROPOSICIÓN PRIMERA.

No es puramente verbal la cuestión sobre si las leyes meramente penales son o no son verdaderas leyes.

Hay en este punto, dice SUÁREZ, *una cuestión real*. (¿Pueden darse estatutos que obliguen en alguna otra necesidad que no sea la obligación moral?). *Y una cuestión verbal* (¿Pueden o no pueden llamarse leyes?) (3).

Prosiguiendo, no obstante, en la lectura de SUÁREZ, no tarda uno en convencerse de que allí palpita, y en primer lugar para el mismo SUÁREZ, algo más que una cuestión verbal.

En efecto: 1) Toda su argumentación para demostrar que no están en pugna con la razón de ley, que no se desvían de la noción que de ella ha

(2) Cf. PEINADOR, *Cursus brevior Theolog. Mor.*, I, n. 369, y LITT, *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), pp. 141-151 y 359-372.

(3) *De Legibus*, I, 3, c. 22, n. 5. También en esta afirmación siguen a SUÁREZ innumerables autores. Pero con esta singular coincidencia: al paso que afirman que es una cuestión de puro nombre—llamarlas o no leyes—, ponen sumo empeño en demostrar que realmente lo son: P. e., JANSSEN, *De lege mere poenali*, en "Jus Pontificium", 4 (1925), p. 187, y PRÖMMER, *Manuale Theolog. Mor.*, I (Friburgis, 1923), n. 209: "Sed de verbis solis non vacat disputare, ceterum nihil obstat, quominus leges p. p. sint leges in stricto sensu..."

defendido y que no es inconsecuente con los principios generales al admitir las leyes meramente penales se basa en la demostración de que la razón de ley no exige obligación mayor de la que tienen las leyes meramente penales (4).

2) No tiene sentido, como será fácil comprobar a lo largo de este capítulo, toda su construcción doctrinal en torno a las leyes meramente penales, si no hay inconveniente en afirmar que no son leyes: paridad con las reglas de los religiosos, que son, según él, verdaderas leyes (5); obligación radical de la ley meramente penal a la pena cuando, dada la infracción, debe imponerla el legislador (6); pacto implícito, como entre los religiosos, de todos los ciudadanos para aceptar una pena sin culpa (7); el rechazar por juzgarla insuficiente la explicación de CASTRO a que bastaba la obligación que la ley meramente penal impone al juez o superior (8), etc.

3) Se da por supuesto el hecho de ordenaciones civiles que por su materia, su poca o ninguna relación con el bien común, etc., no obliguen la conciencia de los ciudadanos. Nadie niega que el legislador pueda no mandar, sino orientar, buscar procedimientos técnicos para el mejor cumplimiento de sus leyes. Y que de alguna manera habrá que explicar este hecho, se llamen leyes meramente penales o de otro modo. Pero aquí se trata de si son o no son verdaderas leyes las que SUÁREZ como tales propugna al construir la teoría de las leyes meramente penales y según sus mismos principios generales. De paso quedará demostrado si es o no es apta para explicar lo que pretende.

No se trata, por consiguiente, de un problema puramente verbal. *Si efectivamente se demuestra que no son leyes, se habrá demostrado algo más que la impropiedad de una expresión. Se habrá demostrado la inutilidad de toda una complicada teoría y su incoherencia doctrinal.*

3. PROPOSICIÓN SEGUNDA.

El concepto de ley meramente penal no es totalmente uniforme en el mismo SUÁREZ.

Las leyes meramente penales en la obra de SUÁREZ, con la obligación en conciencia a la pena y no al acto "primo intentus", dan pie a un concepto equívoco de obligación.

(4) L. 3, c. 22, nn. 2-6; cf. también l. 1, c. 14, nn. 2 ss.

(5) L. 5, c. 4, n. 4.

(6) *De obligatio. religio.* T. 16, Tract. 8, l. 1, c. 2, n. 13

(7) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 6.

(8) L. 5, c. 4, n. 4.

Junto a la propiamente dicha *obligación moral* o en conciencia, efecto primario y adecuado de la ley (9), aparece esta otra obligación análoga, coacción por la pena, necesidad de obrar si se quiere evitar la pena, que, no obstante, no siendo obligación de la conciencia delante de Dios, no es tal obligación. Sólo muy impropia, y dando pie a confusiones, se la podrá llamar así.

La diferencia no es poca: la obligación moral es la que se requiere y basta para que haya verdadera ley. La coacción de la pena ni se requiere ni basta, al juicio de SUÁREZ mismo, para que haya ley. Si en la ley meramente penal no encontrara SUÁREZ alguna fuerza moral para la conciencia, por remota que fuese, no las defendería como leyes verdaderas.

La ambigüedad del lenguaje que en toda la teoría—en SUÁREZ y actualmente—se puede observar proviene casi en su totalidad de esta noción de pseudo-obligación. Y ha sido con no poca frecuencia causa de confusiónismo y de inexactitudes.

Da lugar en el mismo Tratado "*De Legibus*" suareziano a expresiones como éstas: "*culpa civil*", "doble manera de obligar", "obligación bajo pena", "obligación en un sentido amplio" y, con frecuencia, "obligación" simplemente, cuando en realidad no es tal obligación (10).

4. En SUÁREZ, además, trae, a nuestro entender, una ampliación del concepto de ley meramente penal no suficientemente justificada:

a) Es un hecho innegable que SUÁREZ explica la obligación de las leyes meramente penales presentándolas preferentemente en forma condi-

(9) Ley y obligación se completan mutuamente, según los principios de SUÁREZ y de STO. TOMÁS. Tan inseparables, que si en los deberes no estrictamente jurídicos, relaciones de caridad, p. e., hay alguna obligación, será efecto de alguna ley. Toda ley humana participa de la naturaleza de la Ley por esencia, la voluntad de Dios como Creador y Autor de la Ley Eterna, por esto, la obligación, efecto de una y otra, participará de su misma naturaleza. Lógicamente, la obligación de la ley es siempre en conciencia. Cf. *De Legibus*, l. 1, c. 14, y l. 3, c. 21; S. Th., 1, 2, q. 90-96.

(10) Cf. *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 3, "un modo de obligación"; n. 5, "sub aliqua alia necessitate"; n. 8, "non praecipitur simpliciter"; l. 5, c. 4, n. 2, "obligat sub poena", "sub comminatione poenae"; n. 5, "como coacción para que se cumpla"; n. 6, "modo útil de mandar"; n. 13, "tiene eficacia demandar del modo dicho", "su infracción produce culpa civil"... Y en los autores modernos: KISELSTEIN (*La repercusión de la loi civile dans la conscience...* en "Revue Ecclesiastique de Liège", 25 [1933], p. 93): "Elle (la ley meramente penal) est comme toute loi plus que conseiller: il intime un ordre. Seulement cet ordre il ne le pousse pas jusqu'au champ de la conscience: il lui donne le seul caractère d'obligation juridique, au for externe. Il importe donc de ne pas restreindre le mot obligation au sens strict de devoir de conscience: on peut l'entendre d'une nécessité imposée par la loi" (!); JANSSEN (*Des lois pénales*, en "Nouvelle Revue Theologique", 50 [1923], p. 120): "oblige indirectamente". La misma idea en VAN HOVE (*De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae, F [1930], p. 157); VAN OBERDEKE (*De relatione inter ordinem iuridicum et ordinem moralem*, en "Ephemerides Theol. Lov.", 11 [1934], p. 329): "Usu vero receptum est intelligendi culpam iuridicam de culpa promanante ex inobservatione illius, quod a lege poenali praescribitur ut non observandum in conscientia."

cional, pero también—y *para él viene a ser lo mismo*—en forma “disyuntiva” (11).

b) Otra cosa muy distinta es si lógicamente debería dar esta explicación de la obligación de las leyes meramente penales como en forma “disyuntiva” o “*cuasi-disyuntiva*”, como dice alguna vez (12). Su concepción sería más nítida y más constante si, prescindiendo de la fácil solución que a alguna dificultad le brindaba la forma “disyuntiva” de las leyes meramente penales, hubiera permanecido en la concepción exclusivamente “condicional”, que es la que consecuentemente se deriva de su argumentación:

aa) El argumento sacado de las Reglas de los religiosos no permite una obligación estrictamente “disyuntiva”. El acto “*primo intentus*” jamás será objeto de obligación moral *ni “disyuntivamente” siquiera*, con la pena o segundo miembro de la regla. Lo excluye el principio general que precede a muchas de ellas: estas Reglas no obligan a culpa, sino a pena.

bb) Dígase lo mismo del argumento sacado del voto hecho en forma puramente penal: haré una limosna si juego otra vez, y de la proposición “condicional”. “No jugar” no será nunca, hecho así el voto, objeto de obligación estricta.

cc) La misma definición suareziana de ley meramente penal la excluye. Es ésta una ley que, por voluntad del legislador, no obliga por el acto que manda, sino por la pena que impone. No obstante, si la forma de ley meramente penal es estrictamente “disyuntiva”, quien cumple el acto cumple una obligación moral disyuntiva, ciertamente, pero obligación en conciencia al fin.

c) *La confusión nace del equívoco señalado anteriormente*. SUÁREZ admite, en primer lugar, la forma “disyuntiva”, porque resolvía fácilmente la dificultad de la carencia de obligación suficiente en la ley meramente penal. No la tiene con respecto al acto *primo intentus*, pero sí con respecto al conjunto: Obliga *o bien* a una cosa, *o bien* a otra. La réplica, no obstante, es fácil: *pero con obligación muy distinta*. Mejor dicho: no obliga más que a una cosa; si tenemos que ser fieles a los principios suarezianos.

Para el súbdito, en la práctica, ciertamente, *viene a ser lo mismo*, y ésta es la segunda razón por la que admite SUÁREZ sin tantos reparos como han tenido algunos autores posteriores, la forma disyuntiva de la obligación en las leyes meramente penales. Entre: “Quien viaje sin documentación pagará una multa”, y “O se viaja con documentación o se

(11) Cf. p. 522.

(12) *De Legibus*, l. 3, c. 22, n. 10.

pagará una multa“, realmente, para el interesado que ha olvidado los documentos en casa no hay mucha diferencia. “Disyuntiva” y “condicional” coinciden *en la práctica en que la obligación al segundo miembro no es absoluta*.

Pero difieren *en su concepto* en que mientras en la “condicional” la obligación moral afecta sólo al segundo, supuesta la verificación de la condición, en la “disyuntiva” afecta o al primero o al segundo: quien cumple el primer miembro de una ley “condicional” sólo evita una sanción; en rigor no cumple ninguna ley, porque no tiene ninguna obligación moral. Quien cumple el primer miembro de una ley “disyuntiva”, cumple una ley, aunque pudiese también cumplirla sometiéndose al segundo miembro.

Porque prácticamente viene a ser lo mismo, dió SUÁREZ indistintamente una u otra explicación de las leyes meramente penales. Pero en rigor, al admitirla, el concepto de ley meramente penal sufre una ampliación. Aquella pseudo-obligación al acto ha dado pie a la forma “disyuntiva” de la fuerza de las leyes meramente penales, cuando por sus mismos principios y argumentos debía ser solo y exclusivamente “condicional”.

No obstante, porque realmente ofrece SUÁREZ, y no en un texto aislado, esta concepción, deberemos tenerla presente en la crítica de su teoría como una posible explicación, más o menos lógica, de las leyes meramente penales.

5. PROPOSICIÓN TERCERA:

Las leyes meramente penales de SUÁREZ no parecen tener la nota esencial de obligatoriedad que exigen en toda verdadera ley sus principios jurídicos.

A) *La obligación en las leyes meramente penales concebidas en forma “disyuntiva”.*

Suponiendo que alguna vez algún legislador haya podido dar o dé alguna ley con la intención de obligar en conciencia en la forma disyuntiva de su ley, habría que conceder que tiene en sí la obligatoriedad esencial que reclama el concepto genuino de ley.

Sería, si se quiere, técnicamente desastrosa y estaría mal inspirado el legislador al dictarla; pero el fin que pretende con aquella ley es una cosa y otra los medios para conseguir aquel fin. El cree, equivocadamente quizá, que aquellos medios son suficientes para el fin que se propone. No por eso estará indiferente al fin que le inspira la ley, aunque la formule a modo de disyuntiva.

Teóricamente es posible.

Técnicamente discutible (13).

Jurídicamente, así concebida, no es ley meramente penal, ni penal siquiera. Es, para el mismo SUÁREZ y para nosotros, *el precio de un permiso*. Una carga sin la cual no quiere permitir el legislador lo que en la primera parte de la ley prohíbe. Si tiene carácter de penalidad, recae en la forma "condicional" de la ley, de la que vamos a tratar en el párrafo siguiente.

Es evidente que sería desenfocar totalmente el problema querer explicar todas las leyes meramente penales en esta forma por otra parte tan mal vista por teólogos y juristas (14). Y de querer explicar así alguna de ellas, decimos simplemente que tal concepto rebasa ya la noción de ley meramente penal y es una ampliación injustificada del concepto dado por el mismo SUÁREZ.

Este mismo desplazamiento doctrinal lo delatan una serie abundante de frases, que, en modo alguno, encajan con semejante concepción. Habla SUÁREZ repetidamente del acto *primo intentus* por la ley meramente penal (15); en una ley estrictamente "disyuntiva" no se puede decir que lo que primariamente intenta el legislador sea precisamente el acto del primer miembro de la ley, sino la "disyuntiva".

6. B) *La obligación de la ley meramente penal en forma "condicional"*.

Puede darse, según SUÁREZ, una ley meramente penal cuya obligación a la pena surja por el mero hecho de la infracción, sin tener que esperar a que el Superior o el legislador la imponga (16). Lo que propiamente se entiende por pena "*latae sententiae*".

Tratándose, como en nuestro caso, de leyes civiles, y no dándose leyes semejantes en esta legislación (17), podríamos prescindir por completo de su crítica.

En las Reglas de los religiosos no se da una sola declaración por la que se quiera obligar a la pena en conciencia y en virtud de las Reglas mismas (18).

Si se diese algún caso y hablando en un plano puramente teórico, habría que reconocerle suficiente obligación moral y admitir que son verdaderas leyes, pero entonces la contradicción surge, como se verá en la pro-

(13) Cf. LITT. *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), pp. 143 ss.

(14) VERMEERSCH, *Theolog. Mor.*, I, n. 172; PEINADOR, *Cursus brevior Theol. Mor.*, I, n. 368.

(15) Cf. *De Legibus*, I, 3, c. 22, n. 11.

(16) *De Legibus*, I, 5, c. 5, n. 1; *De obligat. religios.*, T. 16, tract. 8, l. 1, c. 2, n. 13.

(17) *De obligat. religios.*, I, 4, c. 4, n. 16. Cf. LÓDOS, F., *Las penas "latae sententiae"* en Suárez, en "Estudios Eclesiásticos", 22 (1948), p. 425: "En las legislaciones segulares de hoy no hay ninguna ley penal "*latae sententiae*".

(18) *De voto*, T. 14, l. 4, c. 4, n. 16; MAZON, *Las Reglas...*, p. 309.

posición siguiente, del principio intrínseco del que le provendría a la sanción una fuerza que no le vendría al acto *primo intentus* objeto de la misma ley.

La pena que en las leyes civiles provendrá por la infracción de una ley meramente penal es "ferendae sententiae". Es decir: la obligación a la pena no surge hasta después que el Superior o legislador la ha impuesto.

El mismo Doctor Eximio, comentando a SANTO TOMÁS (19), enseña que para imponer una pena es siempre indispensable al legislador la jurisdicción, porque la sentencia es una ley particular y tiene fuerza coercitiva (20).

El castigo, en estas circunstancias, no es más que un efecto remoto de la ley meramente penal, afirma también en otro lugar (21).

De todo lo cual es fácil deducir:

1.º Debiendo ser efecto próximo adecuado, *intrínseco*, la obligación que según SUÁREZ reclama esencialmente la noción de ley (22), la obligación a la pena que en las leyes meramente penales debe ser impuesta, *no es suficiente para que se verifique aquella noción de ley*. Les falta la obligatoriedad que entra, según la común doctrina de SUÁREZ y de toda la escolástica, en la esencia misma del acto legislativo.

2.º "La obligación en conciencia que en este caso se da—explica SUÁREZ—radicalmente se funda en la ley meramente penal, hace que aquella pena sea materia de obediencia justamente impuesta" (23).

Dudamos mucho de si esta explicación para resolver la dificultad anteriormente mencionada convencería mucho al mismo autor. *El delimitar el campo en que puede moverse la obediencia y la autoridad no es precisamente crear inmediatamente un vínculo moral a algún acto* (24).

3.º Tampoco basta la obligación que la ley meramente penal impone al juez o agente de la autoridad para castigar, como pretende CASTRO. Sería ley, y así lo reconoce SUÁREZ, tan sólo respecto al juez; aquí se trata de la obligación para con el súbdito (25).

(19) S. Th., 2, 2, q. 67, n. 1.

(20) *De obligatio. religio.*, l. 3, c. 1, n. 9: "Divus Thomas... probat ad ferendam sententiam esse necessariam jurisdictionem ex eo quod ad legem est necessaria, quia sententia et est lex particularis et vim habet coercitivam."

(21) *De Legibus*, l. 1, c. 14, n. 1, y l. 1, c. 15, n. 14.

(22) *De legibus*, l. 1, c. 14, n. 1, y l. 1, c. 15, n. 14.

(23) *De obligatio. religio.*, l. 1, c. 2, n. 13.

(24) Aplicado a las Reglas de los religiosos, MAZON (*Las Reglas...*, pp. 318-9) esgrime aguda y finamente este argumento. Por la misma razón que SUÁREZ dice que las Reglas de los religiosos son leyes meramente penales, deduce MAZON con toda lógica que también pueden defenderse como leyes morales.

(25) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 4.

4.º No basta la obligación a no resistir violentamente al agente que impone la pena; como la de someterse a la pena, nace de la ley particular, que es la sentencia judicial.

5.º Las constituciones de los PP. Dominicos constituyen para FRANCISCO SUÁREZ el principal argumento para fundamentar esta teoría (26). Si en el campo religioso se pueden dar ordenaciones de esta naturaleza y son verdaderas leyes, arguye, ¿qué impide que se den en el campo civil y tengan como aquéllas las características de verdaderas leyes?

En aquellas constituciones, como es sabido, hay una declaración que dice que no se quiere obligar bajo culpa, sino sólo bajo pena. Vimos cómo, siguiendo al Cardenal CAYETANO, SUÁREZ interpreta esta declaración en el sentido universal que tiene: las Reglas de los PP. Dominicos no obligan en conciencia ni "ad culpam" ni "ad poenam".

Luego, decimos nosotros, no son verdaderas leyes (27).

No *a pari*, sino *a fortiori*, no lo serán las leyes meramente penales en la legislación civil. El Superior religioso tiene títulos para obligar a los súbditos, que el legislador civil no tiene. Su única fuerza es la de la ley que dicta en orden al bien común.

Concluamos, pues:

a) La forma lógica de las leyes meramente penales en SUÁREZ es la "condicional". Obligan en conciencia a la pena, si no se acata su primera parte.

b) La pena es ordinariamente—en la ley civil siempre—de tal naturaleza, que no obliga sino después de impuesta por la autoridad competente.

c) *Luego la obligación moral a la pena nace no de la ley meramente penal, sino de la ley particular que es la sentencia. Y como ley y obligación se completan mutuamente, cuando no hay verdadera obligación en conciencia, tampoco hay verdadera ley.*

Y éste es el caso de las leyes meramente penales en SUÁREZ.

7. PROPOSICIÓN CUARTA:

Si la ley meramente penal obligara por sí misma a la pena, el principio intrínseco de esta obligación la induciría "a priori" al acto ordenado primariamente por la misma ley.

(26) Cf. p. 524 s.

(27) Cf. MAZON, *Las Reglas...*, p. 306.

Estamos en el caso hipotético de una ley dictada de tal forma, con tal severidad, que cometida la falta surgiera en conciencia el deber de pagar, sin previa imposición, la pena establecida.

Supuesta la hipótesis, decimos:

1.º *Según el mismo SUÁREZ*, sería éste un modo extraordinario de mandar que indicaría también una mayor rigurosidad de obligación (28). Y aplicando sus mismos criterios para distinguir una ley meramente penal y averiguar la intención del legislador (29), llegamos a la misma conclusión: *no es ley meramente penal*; es una ley moral que obliga, por tanto, en conciencia a los súbditos. La forma extraordinaria en que está dictada lo demuestra claramente (30).

2.º Pero supongamos más: el legislador da una ley meramente penal con obligación en conciencia a la pena "ipso facto" de la infracción.

La anomalía no está en que, como dice SUÁREZ, el Superior pueda reforzar su voluntad de que se cumpla lo que manda con una pena o sanción que le coaccione, que le obligue (en sentido amplio) (31). La anomalía radica en que *imponga una misma ley, una obligación en conciencia por un acto moralmente libre*.

Esta obligación moral le viene a la ley de un principio intrínseco; la relación que tiene el objeto de la misma con el bien común; ahora bien, *¿cómo puede concebirse que esta relación con el bien común la tenga la pena y no el acto por el que la pena se impone, objeto de la misma ley?*

¿Con qué argumentos se puede probar que la voluntad del legislador puede racional y justamente, mirando al bien común, *obligar en conciencia a una pena por un acto que él declara moralmente libre?*

Por esto algunos autores modernos, entre ellos el P. VERMEERSCH, como vimos, han dado un paso más para evitar esta anomalía y esta injusticia: es una obligación *jurídica* a la pena, *como era una obligación jurídica a la culpa*.

(28) *De Legibus*, l. 5, c. 7, n. 7.

(29) *De Legibus*, l. 5, c. 4, nn. 10-12.

(30) SUÁREZ ofrece de esta su doctrina un ejemplo claro e interesante: aunque por la forma verbal en que ha sido dictada la ley, pudiera considerarse como meramente penal, habida cuenta de la materia y, sobre todo, de la pena y el modo de la misma, hay que concluir que es una ley moral (*De Legibus*, l. 5, c. 7, n. 7). Se trata de la ley que cita el Dr. Eximio de la "novísima legislación" española—dice—(l. 2, tit. 18, l. 1), y en la que se manda que los secretarios reales que acepten regalos, *en conciencia* y sin esperar sentencia del juez devuelvan el cuádruplo. La singularidad de esta ley, que urge expresamente un deber de conciencia, llamó la atención de Domingo Soto, quien critica por esto al legislador civil, "ya que no pertenece a príncipes seculares juzgar de cosas de conciencia" (*De Iustitia e' Iure*, l. 1, q. 6, art. 6, y l. 4, q. 5, art. 3 ad 4). SUÁREZ, a su vez, reprende a Soto, porque no se pueden criticar tan a la ligera leyes hechas con tan grande mesura y consideración... (ib.).

(31) *De Legibus*, l. 5, c. 4, n. 5.

Como en las Reglas de los religiosos, no hay lugar para la obligación en conciencia en las leyes meramente penales de la legislación civil.

3.º No se le escapó al entendimiento perspicaz del P. SUÁREZ esta dificultad. Por esto multiplica los rodeos, las explicaciones vagas, las frases atenuantes.

En otras palabras, se ve en la precisión de rebajar el concepto de pena, ya que ha rebajado el concepto de culpa.

Era sólo culpa civil; luego tampoco es verdadera pena (32).

No hay necesidad de tomar siempre el término "pena"—dice—en el sentido vindicativo que ordinariamente se le da. Puede llamarse tal toda molestia que se imponga a modo de coacción para que se cumpla lo que manda la ley (33). Es pena tomada en un sentido amplio, como en un sentido amplio se toma la culpa no en el fuero de Dios (34). Y las citas se podrían multiplicar...

Pero la dificultad queda intacta. Y aparec de nuevo el equívoco de la pseudo-obligación. Según su doctrina jurídica, no hay más obligación que la *moral*, la de la conciencia.

Preguntamos: ¿esta pseudo-pena o coacción, o como se la quiera llamar, obliga en conciencia o no? Si no obliga, tenemos ley sin obligación: no tenemos ley.

Si obliga, ¿cómo puede una ley obligar en conciencia a cumplir una pena por un acto que la misma ley, por definición y fuerza de su concepto, declara totalmente libre en conciencia?

Si obliga, o la *pena dice relación con el bien común*, y en este caso obliga "a priori" el acto por el que la pena se impone ("Propter quod unumquodque tale, et illud magis"), y *tenemos una ley moral con obligación en conciencia a uno y otro extremo* (el legislador habrá pretendido una cosa irracional, y, según nos ha enseñado SUÁREZ (35), la intención habrá afectado a la cosa como es, posible en sí misma, no como aprehendida, y será ley moral), o la *pena no reconoce ningún principio intrínseco en el que apoye su justicia*, no dice relación con el bien común, y *en este caso la ley es injusta, no tenemos ley*.

Lo que en ningún caso tendremos será una ley meramente penal.

4.º Otra solución ofrecida por SUÁREZ. Siguiendo el paralelismo de las Reglas de los religiosos y las leyes civiles, afirma: No hay injusticia en

(32) L. 3, c. 22, n. 10.

(33) L. 5, c. 4, n. 5.

(34) L. 5, c. 19, n. 3. La misma idea de "pena" y de "ley" analógicas puede verse en PELÁEZ, G., *La sanción penal en la moral tomista*, en "La Ciencia Tomista", 35 (1927), p. 54.

(35) L. 3, c. 27, n. 7.

el hecho de una pena sin culpa precedente, tratándose de los religiosos, porque se supone entre ellos un pacto implícito, al entrar en religión, por el que se obliga a sufrir la pena en aquellas condiciones.

De modo parecido, añade, se puede suponer un pacto implícito entre todos los miembros de la sociedad civil (36).

La disparidad es evidente. La naturaleza de ambas sociedades, sus fines, los medios que emplean para conseguirlos hacen admisible en una lo que en otra no se puede admitir sino por una afirmación gratuita.

Considérese pacto implícito, si se quiere, el hecho de ingresar en una Orden, comprometerse libremente a los medios para alcanzar la perfección, a que el individuo aspira. Pero no aparece, ni implícito ni explícito, pacto alguno en la reunión necesaria para las exigencias de la misma naturaleza del hombre (37), en las que las normas del bien común no han sido aceptadas ni por sufragio universal ni por la libre incorporación de los hombres al organismo social. Introducir para justificar la justicia y racionalidad intrínseca que falta a las leyes meramente penales un pacto implícito, aparece inevitablemente como una "sanatio in radice", de la anomalía observada en el concepto de ley meramente penal, por medio de una suposición más gratuita que científicamente sólida.

8. PROPOSICIÓN QUINTA:

Los hechos aducidos como base de toda la teoría suareziana de las leyes meramente penales no parecen fundamento suficiente para la misma.

Los principios anteriormente criticados son en la teoría suareziana de las leyes meramente penales las pruebas de la posibilidad intrínseca de tales leyes.

No puede contentarse con esto para probar su existencia. Para ello necesita argumentos positivos que se reducen a la constatación de un hecho: a) *leyes semejantes se dan en la legislación de los religiosos; b) en la legislación civil, algunas ordenaciones y estatutos se tienen por tales; y c) el ejemplo del voto penal.*

a) *Las Reglas de los religiosos.*

1) El ya citado P. MAZÓN prueba en su obra *Las Reglas de los religiosos*, y a nuestro humilde parecer, eficazmente contra SUÁREZ y el casi común parecer de los autores, que las Reglas de los religiosos no son leyes meramente penales precisamente porque ni siquiera son leyes. Les falta la obligatoriedad esencial a toda ley.

(36) L. 5, c. 4, n. 6.

(37) L. 1, c. 3, n. 20.

Esto nos bastaría o para negar la paridad entre ambas legislaciones que el argumento de SUÁREZ supone, o para concluir: luego tampoco serán leyes, y por la misma razón, las llamadas leyes meramente penales civiles.

2) Pero permanece en pie el principio que concede al legislador la facultad de dictar leyes de esta naturaleza.

Principio que SUÁREZ basa, prescindiendo de los argumentos especulativos ya criticados, en el hecho de la paridad entre el Superior religioso y la autoridad civil. En las constituciones de los religiosos hay una declaración desligando de obligación moral a los súbditos; luego también puede hacerlo, y se supone que lo quiere hacer, el legislador civil.

Este principio, ya establecido claramente por el comentador de las constituciones de los PP. Dominicos, HUMBERTO DE ROMANIS en el siglo XIII, "aunque será combatido—dice MAZÓN (38)—con el correr de los tiempos, jamás será echado por tierra".

Y es precisamente en el mismo plano de este principio en el que hay motivo para negar la paridad entre una y otra legislación, entre una y otra sociedad.

No pretendemos ser nosotros quien eche por tierra después de tantos siglos de vida el principio: "La obligación depende de la intención del legislador." Lo que sí puede negarse es la legitimidad de la aplicación de este principio *cuando siendo posible en una sociedad (la religiosa) no lo es en otra (la civil), o cuando se quiere hacer depender de la intención del legislador lo que en sí es imposible.*

Nadie negará a los religiosos el derecho de someterse en una Orden a unas Reglas que obligan de un modo determinado. Quieren alcanzar en el estado religioso la perfección evangélica, y estos medios les parecen eficaces y aptos; por esto los aceptan y libremente se los imponen.

La suprema razón de obligación semejante para que nadie pueda ver la menor injusticia es, según SANTO TOMÁS, esta que acabamos de apuntar: en la Orden de Santo Domingo la transgresión de la Regla de por sí no obliga bajo pecado ni mortal ni venial, sino sólo a la pena: "Quia per hunc modum ad talia observanda obligantur" (39).

Y con mayor claridad, si cabe, el gran comentarista de las constituciones de los PP. Dominicos, HUMBERTO DE ROMANIS: Es cierto que no se puede imponer la pena sin culpa, "sed volens bene potest obligare se ad poenam sine culpa. Et sic faciunt fratres qui voluntarie se subiiciunt huic legi" (40).

(38) MAZÓN, *Las Reglas...*, pp. 239-40.

(39) S. Th., 2, 2, q. 186, art. 9.

(40) HUMBERTO DE ROMANIS, *Opera de vita regulari*, II, p. 47.

¿Puede decirse lo mismo de las leyes civiles?

En orden a imponer con una misma ley una pena en conciencia por una infracción no culpable en conciencia, se puede admitir el principio: la obligación de la ley depende de la intención del legislador, cuando los súbditos aceptan libremente o se someten por su libre elección a esta autoridad en una sociedad totalmente voluntaria. La voluntad de los súbditos al aceptarlo así suple la potestad que no tendría de por sí el legislador. Pero no vemos los motivos serios por los que puede admitirse cuando se trata de una sociedad que responde a las naturales exigencias del hombre, cuyo fin es necesario y por la fuerza de este fin, se impondrán también los medios colectivos e individuales necesarios para su consecución.

Luego lo que es posible en las Reglas de los religiosos no lo es necesariamente en la legislación civil. La paridad entre ambas autoridades, en orden a la posibilidad de dictar leyes meramente penales, se afirma solamente, pero no se prueba. Más; la naturaleza, fines y medios distintos de la sociedad civil hacen inadmisibles o imposibles leyes que quizá sean admisibles y posibles en las Reglas de los religiosos (41).

9. b) *El hecho de las leyes civiles tenidas por meramente penales.*

Aunque en plano secundario, apela también SUÁREZ, como ENRIQUE DE GANTE lo hizo dos siglos y medio antes, al hecho de leyes civiles que comúnmente se consideran meramente penales.

A tenor de lo expuesto más arriba, la respuesta es fácil:

Había en tiempo de SUÁREZ, como hoy, estatutos y normas civiles, de poca monta la mayor parte, que se consideraban como sin obligación en conciencia. Es el hecho que doctrinalmente hay que explicar.

¿Había verdaderas leyes dadas por la autoridad civil *con la intención de no obligar en conciencia*? Se supone, se dice; se interpreta así su intención. Pero—replicamos nosotros—no se prueba.

Y si se pudiera probar que hubo en aquellos tiempos (en que el legislador, pensando en el lugar que ocupaba como ministro de Dios, podía urgir en una ley, por ejemplo, la conciencia de los secretarios reales a no recibir regalos) (43) alguna ley dada con esta intención de no obligar moralmente la conciencia de los súbditos más que a la pena, todavía habría que demostrar la posibilidad intrínseca de tal mandato que, según los principios de SUÁREZ y los autores escolásticos, hemos negado más arriba.

(41) Cf. LITT, *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), p. 144.

(43) Cf. p. 586, nota 30.

10. c) *El ejemplo del voto penal.*

Lo dicho de las constituciones de los religiosos puede aplicarse perfectamente al voto penal tantas veces aducido por SUÁREZ en confirmación de su doctrina sobre la obligación de la ley dependiendo de la voluntad del legislador.

La obligación en el voto depende toda ella de la voluntad del que lo emite. No puede haber voto si no quiere obligarse a nada, es cierto. Pero puede obligarse a lo que quiera (si es posible en sí) y como quiera.

Suple aquí la voluntad privada y por razones que pueda tener, lo que en las Reglas de los religiosos puede suplir la voluntad colectiva al congregarse libremente y lo que en la sociedad civil nada puede dar más que la fuerza intrínseca de la relación de la materia con el bien común, descubierta y establecida como ley por el legislador humano.

CONCLUSIÓN: *No son fundamento suficiente para la teoría de las leyes meramente penales los hechos aducidos a este fin.*

II. PROPOSICIÓN SEXTA:

La aplicación a la práctica de la teoría de las leyes meramente penales resulta poco menos que imposible aun en el supuesto de que tales leyes se dieran en la legislación civil.

Dos razones principales apoyan la afirmación: a) Necesidad de la intención en el legislador. b) Ineptitud de los criterios aducidos para averiguarla.

a) *Necesidad de la intención en el legislador.*

Y esto se olvida a cada paso. Si son leyes meramente penales las que el legislador ha dado con esta intención de no obligar al acto y sí sólo bajo pena, lo que hay que probar, ante todo, *es esta intención en el que da la ley*; y esto se supone, no se prueba.

Todos confiesan que sería mejor una declaración expresa de esta voluntad, como las constituciones de los PP. Dominicós (44).

Faltando ésta, hay que suponerla, sospecharla a través de otros medios.

Prescindamos ahora de que el legislador pueda tener esta intención. *¿De hecho la tiene?*

Cuando el legislador, dice SUÁREZ, no piensa en la obligación en conciencia o es infiel, para dar verdadera ley no debe tener precisamente la intención formal de obligar en conciencia, o bajo pecado mortal; basta que

(44) L. 5, c. 4, n. 8.

quiera mandar y de hecho dé una ley con relación al bien común (45). Esta ley obliga, añade, porque la ley por su misma naturaleza tiene este efecto de la obligación moral, si no es excluido; luego por el mero hecho de intentar dar una verdadera ley no excluye este efecto, es suficientemente intentado y, por tanto, producido por la ley misma.

Por esto reclama SUÁREZ una voluntad expresa de no querer obligar más que a la pena para que haya ley meramente penal (46).

Y, ¿no es éste el caso de nuestras legislaciones actuales? El legislador, aun cristiano, tendrá la preocupación de la eficacia técnica de sus leyes, no de la obligación en conciencia. Y esto mucho más hoy que en los tiempos de SUÁREZ.

Cuando el legislador no piensa en la obligación de su ley ni en la gravedad de la misma, ésta produce su efecto según la capacidad de la materia (47). Es un efecto natural y esencial de la ley que no se ve impedido por una intención contraria del legislador.

Luego lo mismo hay que decir respecto a la obligación al acto o a la pena.

Cuando el legislador no piensa en la fuerza moral de sus leyes—y éste es el caso de todas las leyes civiles actuales—ésta se acomoda y es determinada por la materia de lo legislado. *Obligará en conciencia si es justa y en cuanto sea justa.*

Toda la teoría de las leyes meramente penales resulta inútil. *Y, según los principios de SUÁREZ, actualmente no se puede considerar como meramente penal ninguna ley civil* (48).

12. b) *Ineptitud de los criterios para discernir las leyes meramente penales.*

Sentada la conclusión precedente, se sigue también lógicamente que los criterios que se brindan para averiguar cuál ha sido la intención del legislador al dar aquellas leyes, son totalmente inútiles. Con ellos se suplantarán, se inventará una intención que no existe.

(45) L. 3, c. 27, n. 1: "Neque est semper necessaria formalis intentio obligandi in conscientia, vel sub mortali; immo vero hoc vix venit in mentem legislatoris civilis, et maxime in infidelibus, de quibus est eadem ratio... Vera lex natura sua habet hunc effectum, si non excludatur, unde, eo ipso quod intentio fertur ad veram legem, et hic effectus non excluditur, est sufficienter intentus, et efficitur per legem" (Ib. n. 2).

(46) Ib. n. 5.

(47) Ib. n. 2.

(48) Aplicadas a la teoría en general sientan proposiciones parecidas, LÓPEZ, *Theoria legis mere poenalis et hodiernae leges civiles*, en "Periodica", 27 (1938), p. 205; LITT, *Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 (1938), p. 151. Observa este autor que, por los términos empleados en los códigos penales, podrían ser meramente penales leyes como las del aborto y la alta traición, y obligatorias en conciencia las leyes de pesca (!), p. 154.

Pero admitamos por un momento que se pueda suponer en un legislador que no piensa en la obligación de conciencia, una intención general de dar algunas leyes que sean meramente penales y otras no.

Los criterios para esta hipótesis en la doctrina de SUÁREZ, expuestos en el capítulo segundo, serían: 1) Las palabras con que está expresada la ley que impone la pena; 2) La pena adjunta; y 3) La materia de la misma.

1) *Los términos de la ley que impone una pena.*

El tono preceptivo en los términos que emplea para dictar la ley pueden dar a entender cuál ha sido la intención del legislador, enseña el Doctor Eximio (49). Si no declara abiertamente la obligación moral, debe suponerse ley meramente penal (50). ¿Por qué? Según los principios generales de la teoría, *debería ser todo lo contrario*, como vimos anteriormente.

Se necesita una voluntad expresa de impedir un efecto natural de la ley. Es de suponer en todo caso que quieren con la pena reforzar la obligación del acto primario.

¿Y cuando indistintamente se usan unas mismas palabras y formas de ordenar?

No es de extrañar, pues, que entre los autores anteriores y posteriores a SUÁREZ que defienden las leyes meramente penales, haya la diversidad más absoluta y caótica de maneras de aplicar este principio. Por su imprecisión se pueden presumir con las mismas palabras, las intenciones más opuestas en la mente de un legislador, que en realidad no tuvo ninguna (51).

2) *La pena que inflige.*

Dígase lo mismo de esta segunda norma. Para unos, el hecho de imponer la pena será señal de que el legislador se contenta con la pena, sin

(49) L. 5, c. 4, n. 8.

(50) L. 5, c. 4, n. 8.

(51) L. 5, c. 4, n. 9. SUÁREZ (l. c.): Si no consta suficientemente de la intención, hay que suponer la ley como meramente penal. BILLUART (*Summa Sti. Thomae*, tan. 10, t. 4, Paris, 1852, pp. 495 ss.), por los mismos principios: Si no consta, hay que suponer la intención de obligar en conciencia. VERMEERSCH (*Theolog. Mor.*, I, 174): es de suponer la intención de no querer obligar a nada. Siguiendo a SUÁREZ, BOUQUILLON, KENNIK, KONINGS, SALETTI, NOLDIN, SLATER, GENICOT, SALSMANS, DU PASSAGE, GÖPFERT, LEHMKUHL, PRÖMMER, citados por JANSSEN (*De lege mere poenali*, en "Jus Pontificium", 2 [1925], p. 24). Algunos de estos autores afirman que hoy pueden admitirse más fácilmente leyes meramente penales, porque el legislador moderno en general es indiferente en materia religiosa (!). Véase la dificultad en ofrecer estos criterios con base objetiva que se observa en SOTILLO (*La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, 1 [1946], p. 686), y la arbitrariedad (al menos a nosotros se nos escapan los motivos que pueda tener) con que otro autor declara leyes meramente penales o morales: "... on peut trouver des exemples ou la même loi intéresse ou n'intéresse pas la conscience, suivant les cas: on ne doit pas chasser sans port d'armes, loi purement pénale; on ne doit pas chasser avant l'âge de seize ans, loi qui oblige en conscience" (!), MOLIERU, en "Dict. Theol. Cat.", v. *Lois*, col. 907. Cf. PACE, *Le leggi mere poenali* (Torino, 1948), pp. 88 ss.

querer obligar; mientras que otros dirán que es síntoma de todo lo contrario: de que la materia en sí es importante y, por tanto, quiere obligar en conciencia.

3) *La materia de la misma ley.*

Cuando ni los términos en que está expresada ni la gravedad de la pena indican suficiente intención de obligación en conciencia, habrá que deducirlo de la materia misma, porque hay que suponer que el legislador ha querido acomodarse a ella (52). Cuando afecta a las buenas costumbres, a la represión del vicio y los medios necesarios para ello; para la paz, para evitar graves daños comunes "magna presumptio est, legem poni sub intentione obligandi in conscientia".

Es decir, según su relación con el bien común. A esto mismo, sin todo el complicado rodeo de la teoría de las leyes meramente penales, acudirá quien quiera saber si una ley obliga o no en conciencia y cuánto obliga, *prescindiendo de la intención del legislador*. No hay motivo para suponer que haya querido suprimir, si esto fuese posible, el efecto natural e inmediato de una ley justa.

13. RÉNARD lo ha observado justamente: la teoría de las leyes meramente penales acude a unos criterios objetivistas, de los que se separa y que abandona al introducir en el mecanismo de la ley el elemento intención con eficacia para impedir su efecto permaneciendo ley (53).

Y, además, ha dejado abierta la puerta de numerosas presunciones de leyes meramente penales en la mente del legislador, según la amplitud o estrechez de criterios en los distintos autores.

Esta observación es mucho más notable aplicada al caso de SUÁREZ. Habiendo defendido y, en parte, construido el artificio de esta teoría, siendo sin duda el autor del más profundo influjo en la difusión de la misma, es quizá uno de los más objetivistas en la aplicación de los criterios para discernirlas (54). Que su teoría es preste a una ampliación excesiva será verdad; pero lo será también que personalmente la restringía a

(52) L. 5, c. 4, n. 9: "Credendum est legislatorem in his casibus velle obligare modo magis conveniente et necessario reipublicae; in tali autem materia, et occasione, maxime expedit cogere obligando in conscientia, ergo..."

(53) RENARD, *La théorie...*, p. 53. Un defensor de las leyes meramente penales confiesa honestamente lo mismo: "Quant aux présomptions qu'on imagine, elles dissimulent mal ce qu'elles recouvrent en réalité, à savoir la recherche d'un critère objectif, tiré de la matière même des lois, de leur idée inspiratrice et de leur but." DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif* (Paris, 1929), p. 664.

(54) DABIN (o. c.) intenta construir una teoría de leyes meramente penales con base objetiva. Las leyes meramente penales, según DABIN, serían todas aquellas reglas de policía o de orden jurídico que no entran en el terreno de la moral ("prescripciones a-morales ou extra-morales") y sólo en el caso en que no digan relación con el bien común. El legislador da un sistema de reglamentación abstracta. El bien común, unas veces no exigirá y otras se opondrá positivamente al cumplimiento de aquella prescripción. Para distinguir cuáles son meramente penales y cuáles no, "es inútil recurrir a la interpretación de la voluntad del le-

muy pocas leyes, y éstas sin mucha importancia; también es cierto y justísimo el constatarlo.

Para convencerse de ello basta tener en cuenta, más que la lista de las que consideraba leyes meramente penales y las que no consideraba tales, las razones por las que no las considera meramente penales. Veamos algunos ejemplos:

a) La ley que prohíbe algún acto "irritans illum intuitu boni communis vel privatorum, non est poenalis" (55): Menos puede ser meramente penal.

b) Las leyes tributarias no son meramente penales (expresense como se expresen) porque su fin es el bien común de la república; su materia es materia de justicia, gravísima en sí, perteneciente al bien común y moralmente necesaria para la conservación del reino (56). A continuación (57) da normas prácticas para juzgar en cada caso particular sobre su equidad y para el recto consejo de los confesores en los casos dudosos.

c) Estas leyes de los tributos no son de la misma naturaleza de las que se consideran meramente penales, tales como la prohibición de cazar, cortar leña en los bosques comunales, sacar algo fuera de la nación..., que son de mucha menos importancia de ordinario y fuera de causas de grave necesidad del reino (58).

No cabe la menor duda; si en un momento histórico o en circunstancias especiales el contrabando pudiera lesionar el bien común, SUÁREZ, aplicando al caso la teoría de las leyes meramente penales, diría que hay que suponer en el legislador la intención de obligar en conciencia.

CONCLUSIÓN: Si en algún punto de la teoría de las leyes meramente penales se acentúa especialmente la imprecisión en la terminología y la vaguedad en las ideas, es en lo que concierne a los criterios para determinar qué leyes en la práctica son meramente penales y cuáles no, dando lugar a las conclusiones más contradictorias.

Personalmente SUÁREZ hace en su obra una aplicación muy reducida por criterios objetivistas, al fin, de la teoría de las leyes meramente penales.

gislador". La mayoría de las veces ignora hasta la noción de ley meramente penal. Hasta aquí DABIN. Son realmente unas leyes meramente penales muy objetivas. Pero ¿qué queda de la teoría clásica? ¿Son leyes? ¿Dónde está el principio esencial que entra en su definición? Y en este caso, ¿para qué conservar el nombre?

(55) L. 5, c. 19, n. 6.

(56) L. 3, c. 13, n. 12.

(57) L. 5, c. 18, n. 26.

(58) L. 5, c. 13, n. 12: "Sunt multo minoris momenti ordinarie loquendo, et extra causas gravis necessitatis regni..."

14. CONCLUSIÓN: ¿Por qué defiende SUÁREZ las leyes meramente penales?

La pregunta puede parecer ociosa y desplazada. El sentido de la pregunta es: en muchas ocasiones hemos visto a SUÁREZ en la precisión de buscar soluciones inmediatas a las dificultades que se le ofrecían al paso que iba explanando el concepto, pruebas, criterios, etc., de las leyes meramente penales. Estas soluciones—es fácil apreciarlo leyendo su obra magistral *De Legibus*—, casi siempre intermedias, algo vagas e imprecisas, empañan aquella nitidez y precisión de líneas que presenta la estructura de toda su doctrina jurídica.

Además de los argumentos internos para él convincentes, ¿no hubo alguna otra causa que influyera en él para aceptarlas?

RÉNARD y GUILLET dirán que no podía menos de admitirlas, ya que no eran más que una consecuencia clara e inevitable de su definición y concepción equivocadas de la ley.

Originariamente viciada, dicen, por el “voluntarismo jurídico”, por atribuir a la voluntad una función que en modo alguno le compete frente a las exigencias objetivistas del bien común en la materia de la ley, las leyes meramente penales no son más que una manifestación evidente de aquel mismo “voluntarismo”. Siendo la ley efecto de la voluntad, ésta puede hacer que obliguen o no obliguen, que lo hagan de un modo o de otro. Todo depende de la intención del legislador.

La primera conclusión de nuestro estudio demostrada en el capítulo anterior era ésta:

Por su definición y concepción de la ley, SUÁREZ está plenamente dentro de lo más ortodoxo de la escolástica. Su posición en la discusión sobre el acto mental, esencia de la ley, no compromete en lo más mínimo el objetivismo de su definición.

Las leyes meramente penales no son fruto de este “voluntarismo jurídico”. SUÁREZ *no las acepta ni las defiende por esta razón.*

Mas, y ésta es la segunda conclusión, en conformidad con los principios de su doctrina jurídica, creemos, según hemos intentado demostrar, debía no admitirlas. Nos parece muy difícil, por no decir imposible, el acoplamiento de la teoría de las leyes meramente penales en el conjunto doctrinal de SUÁREZ en su tratado *De Legibus*.

El solo “voluntarismo”, si así se le puede llamar, que en SUÁREZ se puede admitir es el que supone la potestad en el legislador de dictar leyes meramente penales como él las presenta, porque no caben en su concepción de la ley ni las admiten los principios jurídicos tradicionales en la escolástica.

¿Qué motivos pudieron influir en que, a pesar de estas dificultades e imprecisiones que no le pasaban inadvertidas, las admitiese?

1) Citaríamos en primer lugar la necesidad objetiva de dar una explicación doctrinal a tantas normas civiles como, a pesar del principio teológico "la ley humana obliga en conciencia", se han tenido y se tienen como si no obligasen en conciencia.

"... *c'est une nécessité pratique d'admettre des lois purement pénales*", escribía hace unos veinticinco años A. MOLIEU (59).

Era una necesidad práctica en tiempos de SUÁREZ y en los nuestros precisar por qué y en qué medida obligan en conciencia las leyes emanadas del poder civil.

SUÁREZ cree, como comúnmente después de él han creído los autores, que una explicación fácil era la teoría de las leyes meramente penales.

2) De hecho, ya una tradición en la teología se la ofrecía como la solución deseada (60), y el peso de la autoridad, aun en maestro tan personal como es SUÁREZ, contribuyó no poco a que aceptara los principales elementos con que él vestiría y completaría el sistema:

El hecho de las constituciones de los PP. Dominicos con una declaración tan categórica y dando más fuerza y amplitud al principio: "La obligación como efecto de la causa segunda humana depende de la intención del legislador, como ocurre en todo acto moral";

ENRIQUE DE GANTE con la consideración verbal de la ley penal y la distinción en la intención del legislador;

JUAN DRIEDO y CASTRO, sobre todo, consagrando aquel modo de atender a la forma externa, y por ella a la intención del legislador, para presumirla en uno u otro sentido...

No le fué difícil al P. SUÁREZ, al tener que dar una explicación al hecho práctico citado, completar y retocar estos elementos de la tradición hasta formar una teoría completa y extensa.

Era una explicación que, ante todo, parecía benigna e impedía que se abrumaran las conciencias de los súbditos con tal multiplicidad de leyes civiles como entonces y ahora emanan del Estado.

(59) MOLIEU, A., "Dict. Theol. Cat.", v. *Lois*, col. 907.

(60) Lo que afirmamos de SUÁREZ se puede afirmar, guardando las proporciones, de la mayoría de moralistas y juristas actuales que defienden las leyes meramente penales. Hay, evidentemente, una fidelidad ("toute sentimentale", diría RENARD, *La théorie...*, p. 57) a los grandes maestros. Hay el peso de una tradición. Aunque de la teoría propiamente dicha apenas quede nada—en algunos de ellos—en sus aplicaciones y explicaciones de las leyes meramente penales, que han admitido y defendido... Es justificada la duda de LITT (*Les lois dites purement pénales*, en "Revue Ecclesiastique de Liège", 30 [1938], p. 143): "Oserions-nous ajouter que ses adversaires honteux sont peut-être notablement plus nombreux?"

Su sano criterio y su conciencia recta hicieron que la aplicación de su teoría fuese, como acabamos de ver, sumamente restringida y—hasta en lo que permitían los principios de la teoría—sumamente objetivista.

Creemos, sinceramente, que las acusaciones contra SUÁREZ por sus leyes meramente penales, que son por otra parte comunes a casi todos los teólogos de todas las escuelas, se han dramatizado mucho. Se nos presenta un SUÁREZ deformado, laxista..., como consecuencia de apartarse del sano totemismo en su doctrina sobre la ley y el Derecho.

Ojalá, a pesar de disentir de su parecer en lo que a la teoría de las leyes meramente penales afecta, nuestro trabajo pueda contribuir a poner más en evidencia la falta de fundamento para aquellas imputaciones que le hacen poco menos que precursor de KANT y del neo-kantismo jurídico, al tiempo que ofrezca alguna luz para la solución de un problema de interés científico e importancia práctica, para la formación de las conciencias de los fieles.

15. EPÍLOGO.

Permanece vivo, quizá más agudo que nunca, el problema que la teoría de las leyes meramente penales pretende resolver: una multitud de normas y prescripciones de la autoridad civil que de obligar en conciencia harían imposible la carga de la vida cristiana en sociedad. Los autores están más afanosos de dar con una verdadera solución, que de conservar instituciones tradicionales; y muchos, según hemos observado en libros y discusiones, se ponen en guardia ante todo intento de eliminar la de las leyes meramente penales por entender—erróneamente creemos— que *negar la teoría de las leyes meramente penales es afirmar que todas las leyes civiles obligan en conciencia.*

Si el fundamento científico de la teoría es endeble, si en la práctica resulta vaga e inadaptable, no aumentemos por la veneración de las fórmulas, las dificultades que ya el problema en sí presenta.

Busquemos, sinceramente, conocer los derechos y deberes de orden social que al individuo le incumben, el orden esencial y la relación con el bien común que toda ley civil, justa, tiene en sí. Difundamos la verdad católica de todos los tiempos sobre el valor y la fuerza de la autoridad, que en esta ordenación hacia el bien común ocupa el lugar de Dios.

Todo consiste en que el trabajo, que hasta ahora se ha puesto en averiguar cuál puede haber sido la intención del legislador al dar tal o cual ley, convencidos de que toda la que lo sea verdaderamente por su relación con el bien común obliga en conciencia, se ponga en determinar en general y en

los casos particulares que se presenten, esta misma relación con el bien común, en señalar quién es el destinatario inmediato de la ley y la gravedad de la misma, en infundir en las conciencias el sentido social y de responsabilidad colectiva, cuya crisis todos lamentan tan viva y justamente.

Y para todo ello, como para un tratado completo de Deontología política—que también la autoridad tiene un puesto importante en este movimiento de revalorización del sentido cristiano de las leyes y de la autoridad—, ofrece elementos abundantísimos y seguros el genial autor del tratado *De Legibus* cuando interpreta y esclarece el pensamiento tradicional de la Filosofía perenne y de la Teología católica.

ANGEL MORTA FIGULS, Pbro.

Consejero eclesiástico de la Embajada de España ante la Santa Sede