

LA LEY MERAMENTE PENAL

A PROPÓSITO DE UN LIBRO DE CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA

José Joaquín Ugarte Godoy

Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil

En marzo de 1981, ha publicado la Editorial Jurídica de Chile, con prólogo del Profesor Gonzalo Ibáñez, un libro notable: *La Ley Meramente Penal ante la Filosofía del Derecho*, de Carlos José Errázuriz Mackenna: con justicia puede decirse que se trata de una de las obras importantes de Filosofía jurídica que se han escrito en Chile.

El libro aborda un tema clásico, de antiguo abolengo en la ciencia del Derecho: el de la ley meramente penal; y si bien se trata de un tema circunscrito, al final de su análisis, el autor va pasando revista a muchos de los más fundamentales problemas ius-filosóficos.

Ley meramente penal sería la que, en materias no regidas por el Derecho natural, sino que entregadas a la regulación del legislador positivo, imperase o prohibiese una determinada conducta a los súbditos, pero sin obligarlos en conciencia a la respectiva acción u omisión, sino que sólo a sufrir la pena establecida para el caso de incumplimiento. La cuestión que el libro en comento trata de dilucidar, es si desde un punto de vista lógico cabe la posibilidad de una ley semejante, es decir, si ella es concebible. Y la dificultad surge porque es esencial a la ley obligar en conciencia —y ésta no obligaría de ese modo a lo mandado o prohibido—; y porque es esencial a la pena corresponderse con una culpa antecedente— y la de la ley que se estudia vendría a aplicarse sin una falta moral y, por tanto, sin culpa alguna—.

¿Y cómo se explica en la práctica el surgimiento de este problema? El ha nacido ante la consideración de una serie de normas cuya obligatoriedad en conciencia cuesta aceptar como algo razonable, aun admitiendo su justicia: se trata de estatutos de índole secundaria, relativos a materias moralmente indiferentes y de poca importancia, y cuya necesidad para la consecución del bien común es indirecta, remota y a veces difícil de establecer y afirmar: no importa si sean leyes propiamente tales u otras reglas jurídicas de aplicación general; se pueden citar diversos ejemplos: leyes de veda, de caza y pesca; ciertas normas del tránsito: v. gr.: señalar un viraje a tantos metros de la esquina, conducir por la pista derecha, etc.; leyes arancelarias, etc. Muchos moralistas y ju-

ristas incluyen en esta categoría las leyes tributarias: Fernández Concha las considera todas de esta índole.

Algunos sostienen que las leyes del tipo descrito, si son justas, necesariamente obligan en conciencia a la acción u omisión de que se trate; y otros, que es dable que obliguen sólo a sufrir la pena en caso de infracción. Para los primeros, la posición de los segundos importaría aceptar la posibilidad de faltas jurídicas permitidas por la moral, y de una culpa meramente jurídica; y en definitiva, importaría desvincular al orden jurídico del orden moral, privándolo de su fundamento, que no puede estar sino en este último.

El autor hace en su obra un doble enfoque: histórico y sistemático.

La parte histórica nos da una completa y ordenada noticia del nacimiento, desarrollo y vicisitudes de la teoría de las leyes meramente penales. Se contiene en esta sección un recorrido erudito y prolijo de la materia, que es del mayor interés y utilidad: el primer antecedente conocido de la ley meramente penal lo encontramos en el prólogo de las Constituciones de los Dominicos: allí se declara que ellas no obligan de manera que su infracción importe una culpa, sino sólo de manera que merezca una pena. Humberto de Romanis, superior dominico, explica que, tratándose de materias de poca importancia, si obligando sólo a pena y no a culpa, se obtiene el mismo efecto, mejor es limitarse a lo primero. Luego se refiere el autor a las ideas de Santo Tomás —que acepta la institución en el orden de las reglas monásticas, sin que esté clara su posición respecto del orden legal propiamente tal—; a Enrique de Gante, que habría sido el primero en extender la doctrina a las leyes civiles y canónicas, pero con el matiz de exigir una causa razonable que justifique la transgresión; a los canonistas, que aplicaron para justificar la pena sin culpa la máxima que recoge el Libro Sexto de las Decretales de Bonifacio Octavo: *sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus*: “sin culpa no se puede castigar a nadie, salvo que haya una causa”; a Guillermo Redonensis, que sostiene que la obligación moral de soportar la pena no nace *ipso facto*, sino con la sentencia judicial. Posteriormente el autor estudia la evolución de la teoría en los siglos trece a dieciséis, en los tratados de los canonistas, las sumas de confesores (obras de orientación para la práctica del confesonario), y las obras teológicas; revisando las ideas del Hostiense, de Juan Andrés y de Juan de Imola; de San Raimundo de Peñafort, de Silvestre de Prierio, de Gerson, del Cardenal Cayetano y de Juan de Medina. A continuación, el autor expone el pleno desarrollo de la teoría con Alfonso de Castro, Domingo de Soto y Suárez, a quien considera su más caracterizado sostenedor. Se refiere también a San Roberto Bellarmino, que es francamente contrario a la ley meramente penal. Después recorre el autor los siglos

XVII a XIX, en que la teoría es aceptada ya sin mayores progresos; y por último, examina su acogida por los modernos filósofos del Derecho, estudiando especialmente las posiciones contraria de Renard y favorable de Dabian.

En la parte sistemática, el autor —tras estudiar la obligatoriedad moral de la ley humana en general— va analizando los argumentos en pro de la ley meramente penal, y las objeciones que se le han opuesto. En definitiva, el autor se declara decididamente contrario a la teoría de la ley meramente penal: “Las razones principales en que se funda —dice— carecen de toda fuerza probativa” (pág. 245).

En substancia, Carlos José Errázuriz descarta la posibilidad lógica de leyes meramente penales, en virtud de las dos objeciones clásicas: a) es de la esencia de la ley obligar en conciencia: obligar moralmente, y b) no puede haber pena sin culpa. Los merepenalistas responden al primer argumento, que la ley en cuestión produce una obligación en conciencia respecto a la pena, con lo que se salvaría en ella la esencia de la ley. Nuestro autor estima que esta explicación parece más bien una escapatória: no se ve —dice— por qué haya de haber, en justicia y en lógica, obligación a la pena sin obligación a la culpa; además —añade— estas penas son en general de las que presuponen sentencia judicial (*ferendae sententiae*): pero entonces la obligación no proviene directamente de la ley penal, sino del ejercicio de la jurisdicción (pág. 178). Respecto de la posibilidad de una pena sin culpa, el autor dice que la máxima según la cual ella es dable con tal de que haya alguna causa, se refiere a privaciones de derechos u otras situaciones desventajosas que pueden afectar a un sujeto sin su culpa —como por ejemplo la irregularidad del hijo natural para ser sacerdote, o su menor derecho en la herencia paterna—, y no a penas propiamente tales. Además —sostiene el autor— no cabe culpa jurídica sin culpa moral. También desahucia el argumento de los merepenalistas, según el cual la pena no sería castigo, sino estímulo para orientar la conducta de los súbditos: “Responder diciendo que la pena no se impone como castigo por una culpa antecedente, sino como estímulo para cumplir el acto, en vez de solucionar la contradicción la torna más grave, pues la noción de pena queda completamente desfigurada. Si se trata de auténticas sanciones ellas suponen una culpa en el sujeto castigado” (pág. 201).

Carlos José Errázuriz estima, como otros autores, que hay un trasfondo voluntarista en la teoría de la ley meramente penal: no en el sentido estricto, que supondría concebir el imperio —acto de la prudencia del que brota la ley— como acto de la voluntad; pero sí en cuanto se atribuye al legislador —aunque así no se diga— el poder de modificar la

esencia de la ley por su querer despojándola de su efecto consubstancial, que es la obligatoriedad en conciencia (págs. 220-222).

También sostiene Carlos José Errázuriz que el "merepenalismo", al propugnar la existencia de deberes meramente jurídicos, es decir, de deberes jurídicos que no sean deberes morales, guarda parentesco con las concepciones que desconectan en absoluto el orden jurídico del moral, como son las de Kant y Kelsen, para los cuales la sanción sería el elemento constitutivo de la juridicidad (págs. 90 a 95 y págs. 219 y 220).

El autor analiza, completando su estudio, los criterios que los merepenalista proponen para conocer cuándo una ley sería puramente penal. Nos explica el criterio material —es decir, el que se funda en la materia del precepto— en los siguientes términos: cuando se trata de determinación de la ley natural y no de deducción, es decir, de una regulación positiva y no de preceptos naturales, los partidarios de la teoría ven un claro indicio de que la ley puede ser meramente penal; pero este criterio, dice el autor, es muy difícilmente manejable: no hay manera de escapar de su relatividad. También descarta el autor el clásico criterio de la costumbre popular como norma interpretativa: él consiste en atenerse a la conciencia moral de los ciudadanos probos y bien formados desde el punto de vista ético: "las personas —argumenta Carlos José Errázuriz— tienen opiniones radicalmente contrapuestas sobre lo que la moral indica frente a cada ley humana" (pág. 210).

Hacia el final de la obra, hace el autor un paralelo entre la doctrina de la ley meramente penal, y las teorías que ven en la contravención administrativa algo cualitativamente distinto del delito (pág. 228); y encuentra en aquélla y éstas una raíz común: "una separación indebida de los órdenes jurídico y moral" (pág. 229). Por eso nos dice que "el rechazo de la ley meramente penal lleva a negar toda distinción cualitativa entre las nociones de pena penal y sanción administrativa" (pág. 246).

Termina Carlos José Errázuriz su enjundioso y prolijo estudio, examinando la manera de responder a los legítimos requerimientos de los merepenalistas. Se pregunta por qué tantos autores han permanecido hasta nuestros días fieles a la teoría de la ley meramente penal. Contesta que ello se debe a motivaciones que corresponden más o menos a los argumentos de conveniencia práctica con que se apoya el planteamiento merepenalista. Tales argumentos son el que se basa en la seguridad de las conciencias, y el que se funda en la libertad de los súbditos. El primero, en síntesis, puede formularse así: "De hecho existe una inmensa multitud de leyes y reglamentos, muchas veces muy minuciosos y casuísticos, de cuya justicia, sin embargo, parece aventurado dudar... parece sumamente conveniente admitir la ley meramente penal para que

se evite la multitud de los pecados" (pág. 133). El segundo argumento podría expresarse de esta manera: "Juzgar que de cada artículo de los frondosos cuerpos legales y reglamentarios que regulan la actividad de los individuos en cualquier Estado moderno surge una obligación en conciencia, equivaldría simplemente a la monstruosidad de ahogar esa libertad (la del súbdito) en su aspecto más importante, que es el interior... A los propios legisladores les parecería excesiva la pretensión de vincular en conciencia a los destinatarios de la norma, cuando se trata de asuntos muy opinables, sujetos a múltiples variaciones, y en los que, a menudo, ni los mismos expertos conocen cuál es la disposición vigente" (pág. 134).

Nuestro autor ve varias maneras de responder sin recurrir a la teoría de la ley meramente penal, que él rechaza, a los problemas que han dado origen a los argumentos de conveniencia expuestos.

La primera solución brotaría de una más fina inteligencia de las relaciones entre el Derecho y la Moral. Por una parte, le parece acertada la concepción según la cual la "obligatoriedad moral no es una dimensión de la norma jurídica considerada de modo aislado, sino que es efecto de la responsabilidad humana en relación con la realidad social..." "...no es exacto hablar de obligatoriedad de las leyes en conciencia, si con ello se pretende decir que de cada ley brota una obligación moral particularizada. Más bien se debería hablar del principio de solidaridad social, y más específicamente, de la obligación moral de vivir según Derecho" (palabras de Alvaro del Portillo que transcribe el autor). Es más realista el considerar que el sujeto tiene una sola obligación genérica —de ajustar su comportamiento al Derecho—, que el estimar que pesa sobre él un cúmulo de deberes que no conoce. "Así se satisfacen" en cuanto sea legítimo hacerlo, los escrúpulos que conducen a adherirse a la doctrina de la ley meramente penal" (págs. 214 y 215). Por otra parte, el orden jurídico, si bien fundado en el moral, tiene una especificidad propia: el Derecho se satisface con un cumplimiento exterior de su obligación. "Sus exigencias no llegan más allá; por eso, las razones o motivos del cumplimiento del deber jurídico le tienen sin cuidado" —dice el autor, siguiendo la corriente de ciertos tomistas modernos como Graneris— (pág. 218).

En segundo lugar, dice, las leyes que van más allá de donde es razonable legislar, aunque manden cosas justas, van contra el principio de subsidiariedad, y son injustas (págs. 236 y 237).

Una tercera solución consiste en aplicar la clásica doctrina de la epiqueya, es decir, el recurso a la mente del legislador o de la autoridad para estimar como no obligatoria la norma en los casos en que su aplicación resulte contraria o no conducente a los fines con que se ha

dictado. Y se echará mano de la epiqueya mayormente respecto de “la gran mayoría de las disposiciones legislativas y reglamentarias que los más sensatos entre los ‘merepenalistas’ han tenido por no obligatorias en conciencia”, las cuales, sí, no pueden ser catalogadas *a priori* en forma rígida. “El único criterio válido —dice el autor— es la materia o contenido de los preceptos, interpretados a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar, y, hay que reconocerlo, con influencia de las convicciones reinantes, ya que estamos en el ancho campo de lo opinable” (pág. 241).

A raíz de la formulación de estas respuestas que da a los “legítimos requerimientos” de los merepenalistas, el autor admite la existencia de lo que denomina “ley meramente penal hecho”, expresión con que comprende, tratándose de materias alejadas del Derecho natural en sus primeros principios, “normas especialmente de tipo reglamentario, que a menudo no obligan en conciencia en la situación concreta” (pág. 246). Con relación a estas reglas “podría acontecer que, ante una conducta que viola la norma justificadamente, por haberse ésta vuelto inútil o hasta perjudicial para el bien común en el caso concreto, se aplicase, sin embargo, una sanción jurídica, por no existir suficiente certeza de la justificación de ese proceder. Ello sucedería de modo accidental y tratándose de sanciones relativamente leves” (pág. 246). Pero —dice el autor al concluir su obra— la ley meramente penal debe ser decididamente rechazada como teoría, pues su aceptación abre una puerta a los intentos de separar el orden jurídico del orden moral.

La obra cuya reseña hemos tratado de hacer es por muchos conceptos admirable. Su esmerada arquitectura, la vastedad y riqueza de los conocimientos jurídicos, filosóficos, teológicos e históricos que el autor utiliza y vierte en ella; el dominio de la bibliografía en diversos idiomas, incluso por cierto el latín; la organicidad, prolijidad y coherencia de la exposición; la finura del análisis y la madurez de juicio, tan importantes en materias morales; y por último, la ortodoxia de sus fundamentos doctrinarios, sitúan de inmediato al autor en primera plana entre quienes cultivan la Filosofía del Derecho en Chile.

Para aquilatar el valor de este libro, cabe, además, considerar que él es obra de un autor joven, y que inscrito en el campo de la *philosophia perennis*, surge en una época de decadencia intelectual y cultural, que entre nosotros repercute especialmente en la ciencia jurídica y en los estudios humanísticos.

Cuanto hemos dicho no obsta, sin embargo, a que discrepemos de las conclusiones a que arriba el autor acerca de las leyes meramente penales. No es usual, y acaso no sea del todo decoroso, aprovechar la recensión de un libro para exponer el pensamiento del que la hace; empero, por el profundo interés que este libro despertó en nosotros, y por el entusiasmo y cuidado con que lo estudiamos, creemos que se nos perdonará hacer una excepción y formular nuestras observaciones, si bien con la posible brevedad.

El suscrito ha de advertir, antes de entrar en materia, que no pretende ver con plena claridad en el problema de las leyes meramente penales, pero que ha ido evolucionando desde una inicial repulsa a la doctrina merepenalística, que era tan decidida como la del autor del libro en comento, a una franca adhesión, llevado especialmente por la práctica jurídica.

1. *Argumento tomado del conocimiento práctico*

Si bien la Filosofía del Derecho, y el Derecho, son ciencias especulativas, recaen sobre realidades agibles: sobre los actos justos: son ciencias formalmente especulativas pero materialmente prácticas. Ello trae como consecuencia el que deban prestar especial atención a los datos provenientes del conocimiento por connaturalidad, que si no es abstracto ni universal, resulta de la vivencia de las realidades éticas y jurídicas. No pueden nuestras disciplinas, claro está, quedarse en este saber práctico, llamadas como están a dar explicaciones conceptuales; pero no pueden tampoco perderlo de vista, ni contradecirlo fácilmente. Este saber es el que lleva a los jueces a formular primero la parte resolutive de su sentencia, y a buscar después los "considerandos". Creemos que es este mismo saber el que ha llevado a teólogos y juristas a admitir la existencia de leyes meramente penales, para explicar soluciones prácticas manifiestamente rectas y que sin ellas carecerían de explicación.

Algunos ejemplos aclararán este planteamiento. El mismo autor del libro se encarga de poner uno: el Código Tributario, artículo 97, sanciona con multa al comprador que no exija la boleta o factura pertinente, o no la retire del local en que ha efectuado la compra. Hay un evidente fin de bien público: se trata de controlar el pago del impuesto a las ventas. Ahora bien: ¿creerá alguien sinceramente que hay una obligación en conciencia de pedir y retirar la boleta; que se comete pecado en no hacerlo? Nos parece que no; pero, por otra parte, ¿creerá alguien que la ley es injusta y tiránica? Tampoco: su justicia, si el impuesto es justo, resulta evidente. ¿Creerá alguien que si se cobra la multa —siendo ella leve— se procede con injusticia? En ningún caso. ¿Sería lícito compen-

sarse de la multa por algún medio no escandaloso como si hubiera sido injustamente cobrada? En manera alguna. La conciencia práctica nos estaría indicando que hay normas que siendo justas no obligan en conciencia a la conducta querida por el legislador, sino tan sólo a sufrir la pena respectiva.

Otro ejemplo podríamos hallarlo en la obligación que impone la ley en Chile al dueño de un vehículo de indemnizar los perjuicios que otra persona a quien él ha entregado ese vehículo, cause con el mismo a terceros en un accidente de tránsito: supongamos que un "chofer" de un empresario, transportándole la carga en un camión, da muerte culpablemente a los ocupantes de un automóvil en una colisión: los hijos de las víctimas demandan al empresario —que no tiene culpa alguna en el suceso— por daños materiales y morales. Los tribunales decretan una indemnización altísima, que el demandado sólo puede cubrir arruinándose. ¿Obraría mal ese empresario si antes de la demanda traspasara sus bienes a terceros? Nos parece que no pecaría ni levemente. ¿Es injusta la ley? Tampoco. En consecuencia, no serían dignos de reprobación los actores que demandaran fundándose en ella, ni su abogado, ni el juez que la aplicase. Para explicar esta aparente antinomia, no quedaría otra solución que recurrir a la doctrina de las leyes meramente penales.

Esta apelación a la conciencia práctica nos da un primer argumento a favor de la teoría merepenalística; y si bien hay que reconocer que él no puede ser concluyente en el plano científico, no puede tampoco ser despreciado: en el orden jurídico la misión de la ciencia consiste, muchas veces, en explicar teóricamente la racionalidad y la justicia de instituciones o de normas que ya existen, y que todos tienen por posibles y justas. El argumento tomado de la conciencia práctica debe, pues, llevarnos a buscar la correspondiente razón especulativa.

2. *La noción esencial de ley se cumple en la ley meramente penal*

Pertenece por cierto a la noción esencial de ley el que ella obligue en conciencia. Sobre esto no vale la pena abundar. Por tanto, si la ley meramente penal no produjera obligación de conciencia, no sería ley.

Contra lo que piensa el autor, nosotros creemos que la razón de ley se salva en la norma puramente penal, con la obligación en conciencia de soportar la pena o sanción por ella dispuesta para el caso de infracción; y decimos de soportarla, no de cumplirla voluntariamente.

En efecto, es posible que haya conductas de acción o de omisión por parte de los súbditos, que el legislador estime convenientes para el bien común; y es posible que tal conveniencia no se funde en la ley natural, y que, además, sea de poco relieve y significación. En casos como éstos,

puede bastar para el bien público que las conductas deseadas, sin imponerse como obligatorias en conciencia, se traten de obtener mediante cierta coacción. Por ejemplo, en la hipótesis del impuesto a las ventas que se ha recordado más arriba, puede ser suficiente para el fin perseguido tratar de lograr que los compradores exijan y lleven su boleta sin obligarlos propiamente a ello, sino que sujetándolos a la pena de multa para el caso de que no lo hagan. La amenaza y aplicación de la multa constituyen la coacción de que se sirve la autoridad para inducir a los que compran a solicitar y retirar su boleta o factura.

Se objeta que si algo es conveniente para el bien común, ha de ser materia de ley, y que no está en poder del legislador despojar a la ley de su virtud obligatoria esencial. Este argumento, a nuestro juicio, prueba demasiado, y entonces, no prueba nada: parte del error implícito de suponer que todo lo que es conveniente, en principio, para el bien común, ha de ser materia de ley, o, mejor dicho, de exigencia legal; pero es sabido que muchas cosas de suyo útiles al interés público no se pueden mandar por la vía legal, porque puede ello ser ocasión de males. Es dable, por tanto, que el legislador crea oportuno y prudente no imponer una determinada conducta, aun cuando en sí misma aparezca como deseable; y puede suceder que los males que se tema resulten de tal imposición, sean precisamente los que hayan de derivar de la obligatoriedad en conciencia: las ocasiones de pecado, la mortificación de la conciencia de los súbditos con minucias reglamentarias, etc. En tal caso, si los males a que pudiera dar lugar la ley en razón de la obligatoriedad en conciencia de la conducta a que ella se refiriese, fueran poco menores que los bienes que intentase, o iguales, o mayores, no sería razonable, o no sería lícito dictar ley que obligara en conciencia.

Ahora bien, ¿por qué no había de ser posible, en semejante hipótesis, disponer una medida aflictiva leve para inducir a los súbditos a la conducta deseada, sin obligarlos en conciencia a ella? Con este arbitrio se conseguiría el fin propuesto tan bien como con la obligatoriedad en conciencia, si el temor de la sanción fuera suficiente para ello, y se evitarían los escollos de aquélla.

Esto es lo que sucede con las leyes meramente penales: se coacciona a los súbditos mediante la intimación de ciertas medidas aflictivas, para obtener de ellos conductas deseables para el bien común, pero cuya imposición en el fuero de la conciencia resultaría contraproducente para ese propio bien.

Constituyen un campo especialmente propicio para las leyes meramente penales aquellos actos cuya malicia o bondad es muy exigua, y que puede ser conveniente evitar o estimular: tales actos son indiferentes, desde un punto de vista práctico, como para ser materia de una ley que

los prohíba o impere obligatoriamente en conciencia. Santo Tomás se refiere a ellos:

... *Quidam vero ex genere suo sunt actus indiferentes: et respectu horum, lex habet permittere. Et possunt etiam indiferentes dici omnes illi actus qui sunt vel parum boni ve parum mali.*

"... Algunos actos son en realidad indiferentes por su propia índole; y respecto de ellos, la función de la ley es permitir. Y pueden decirse también indiferentes todos aquellos actos que son o poco buenos o poco malos". (Suma Teológica, 1-2, q. 92, a. 2).

En estas leyes, la obligación en conciencia se refiere al hecho de soportar la sanción impuesta por la autoridad legítima. Esta es la única obligación que nace de ellas; relativamente a la conducta que se desea obtener no hay obligación alguna, ni moral ni tampoco jurídica, porque no es concebible una obligación jurídica que no sea obligación moral. Los merepenalistas no pretenden que respecto a la conducta querida por el legislador haya obligación jurídica si bien no moral: para ellos no hay obligación alguna: sólo hay la necesidad en que pone la coacción propia de la pena: tanto la teoría disyuntiva —obligación a la conducta o a la pena— como la condicional, son variables de este pensamiento.

A este género pertenecen muchas normas del tránsito, o de veda de caza y pesca, y muchas leyes que imponen gravámenes aduaneros. Por cierto, no pueden darse criterios rígidos al respecto. A nuestro juicio son también de esta clase todas las leyes tributarias: nos inclinamos resueltamente en este punto por la opinión de Fernández Concha, si bien la reconocemos discutible.

Por otra parte, la obligatoriedad en conciencia se produce también respecto de los ministros de la autoridad, y esto sólo bastaría para salvar la razón de ley, como lo hacía ver Alfonso de Castro (según cita de Suárez: "Pero Castro dijo arriba que esta ley impone obligación en conciencia al juez de castigar al transgresor, y así confiesa que tiene más propiedad de ley respecto del juez que respecto del reo". *De legibus*, Lib. V, c. IV, N° 3).

A estos razonamientos se puede oponer, y opone el autor del libro que comentamos, la siguiente objeción: no cabe pena sin culpa; si la conducta querida por la ley no es obligatoria, su transgresión no puede importar culpa; luego, no cabe pena por ella; y, por tanto, la obligatoriedad a la pena no salva la razón formal de ley, toda vez que ni siquiera tal obligatoriedad puede moralmente existir. A esto responderemos en el acápite siguiente.

También arguye el autor, para negar que la obligatoriedad de la pena satisfaga la exigencia de obligatoriedad propia de toda ley, que aquélla brota de la sentencia que condena a sufrir la sanción, más que de

la norma (pág. 17).— Pero basta observar el carácter consecuencial y ministerial de la sentencia para refutar la objeción.

Por último, argumenta el autor, contra el recurso a la obligatoriedad en conciencia de la pena para salvar el concepto mismo de ley, que no puede ser de suyo igualmente deseable la ocurrencia de la sanción que el cumplimiento del precepto (pág. 200). A ello replicamos que, desde un punto de vista absoluto, está en la verdad, mas no con relación a las posibilidades prácticas de exigencias de la ley en el caso concreto, pues se parte del supuesto de que no resulta prudente obligar propiamente, esto es, en conciencia, a la conducta deseada, y de que conviene más tratar de inducirla con la sanción.

3. *La naturaleza de la pena en la ley meramente penal.*

La pena, o la sanción, en la ley meramente penal, no es una pena en el sentido propio y estricto del vocablo.

Pena, en el sentido propio, es una sanción vindicativa, mediante la cual se inflige a quien ha transgredido el orden moral o jurídico, un mal proporcionado al que él ha hecho, según una cierta igualdad, propia de la justicia conmutativa. Si aquel orden no dispusiese para sus infractores una corrección como ésta, no sería eficaz, es decir, no sería orden en el pleno sentido de la palabra. Decimos “según una cierta igualdad”, porque no se trata de causar un mal estrictamente igual al que se ha de reparar, que es un mal moral, sino el que sea suficiente para restablecer el orden quebrantado. La pena tiene así una dimensión defensiva, y una retributiva, indisolublemente ligadas, pues la defensa sólo puede consistir, atendida la naturaleza de las cosas, en una cierta retribución. La pena propiamente tal es, entonces, de suyo retributiva, o vindicativa.

Cuando se trata de mantener el orden de la sociedad humana, la pena, si bien es retributiva, se refiere esencialmente a la conservación de aquél, y no puede ir más allá de lo necesario para su defensa: prima entonces en la pena la dimensión medicinal: es lo que nos dice Santo Tomás en el siguiente pasaje, en el que explica que no todos los pecados mortales se han de castigar con pena de muerte:

“Quienes pecan mortalmente merecen la muerte eterna, a la que serán condenados en la otra vida, que es el “juicio de Dios según la verdad” (Rom. 11,2). En cambio, las penas de esta vida son más bien medicinales. Por lo cual la pena de muerte debe imponerse únicamente por las culpas que dañan gravemente al prójimo”. (Suma Teológica, 2-2, q. 108, a. 3, ad. 2).

Esta pena retributiva, que se aplica por la autoridad pública: la autoridad de la sociedad perfecta, ha de ser un mal extrínseco a la conducta

sancionada, que se causa al malhechor, no consistiendo, por tanto, en el resultado desfavorable para él que esa misma conducta por su naturaleza haya de acarrearle, como ocurre con la sanción civil.

La aplicación de esta pena retributiva o pena propiamente tal, hecha por la autoridad —única que puede legítimamente hacerla—, es la vindicta o venganza pública. Los actos que merecen esta pena se llaman delitos: el delito es una injusticia que la autoridad ha resuelto castigar con pena vindicativa, atenta su gravedad para el bien público: es una injuria o injusticia punible (al contario de lo que afirman ciertos penalistas modernos, lo que esencialmente constituye al delito es la pena, o, si se prefiere, su punibilidad).

Al lado de esta pena, en sentido estricto, existen penas en sentido amplio, que no miran al restablecimiento del orden quebrantado mediante el castigo, sino a su inmediata defensa: no son entonces retributivas, pues no persiguen infligir a quien ha obrado ilegalmente, un mal proporcionado al que él haya hecho —privándole en cierto modo del bien ilícito que se procuró—; sino que son primordialmente conservativas.

Estas penas *lato sensu* corresponden a conductas que amenazan la conservación del orden administrativo y de policía en el Estado, el orden de los servicios públicos, el orden de las sociedades imperfectas en general: de la familia, de las diversas corporaciones educacionales, etc. El derecho de imponerlas es la facultad disciplinaria o correccional, aneja a toda autoridad, perfecta o no. Los actos que traen estas sanciones pueden, además, traer una sanción penal *stricto sensu* o no: una no quitará la otra, pues se trata de sanciones que pertenecen a órdenes diversos.

Las penas disciplinarias o correccionales no presuponen necesariamente culpa, porque no son retributivas: sólo tienen en común con las penas propiamente tales un cierto carácter afflictivo, de donde les viene el nombre, y el tender al remedio de un cierto desorden. La aflicción que imponen, cuando no hay culpa, se justifica como carga pública. A este género pertenecen las sanciones de las leyes meramente penales, las sanciones administrativas en general, las medidas disciplinarias que aplican los jefes de servicio, los castigos de los cuasidelitos, etc.

Santo Tomás distingue nítidamente entre las penas vindicativas y las medicinales, y enseña en forma expresa que las últimas no suponen necesariamente culpa:

“Se puede considerar la pena desde un doble punto de vista. Uno como castigo. En este sentido, sólo el pecado merece la pena, porque por ella se restaura la igualdad de la justicia en cuanto causa al pecador un daño contra su voluntad, como antes en el pecado se excedió en seguir su propia voluntad...”.

“Otro aspecto de la pena es considerarla como medicina, que no sólo sana el pecado actual, sino que, además, preserva del futuro e incita al bien. De este modo, el castigo no supone siempre una culpa, aunque sí exige una causa. Debe notarse que la medicina nunca priva de un bien mayor para procurar un bien menor...” (Suma Teológica, 2-2, q. 108, a. 4).

Luego aclara Santo Tomás que sin culpa no pueden imponerse penas afflictivas —las que impliquen un mal en el cuerpo o en sus operaciones—:

“El juicio humano debe imitar los juicios manifiestos de Dios, que determinan el castigo espiritual de los hombres por sus pecados. Pero no debe imitar los ocultos juicios divinos, según los cuales castiga temporalmente a algunos sin culpa. Porque no puede el hombre penetrar las razones de tales juicios y saber qué convenga a cada uno. Por lo cual, nadie debe ser condenado por juicios humanos a pena alguna afflictiva sin culpa, como son la muerte, mutilación o azotes”. (Ibid., ad. 2).

La diferencia entre la potestad penal y la potestad correccional está muy nitidamente formulada por Carrara. Dice el ilustre autor:

“... Ahora bien, en todas estas disposiciones, que en conjunto pertenecen a la ciencia del *buen gobierno*, acontece a menudo que la autoridad, para reforzar alguno de sus ordenamientos, deba, en atención al bien común, infligir algún mal al ciudadano que con su comportamiento se oponga a las medidas que ha tomado”.

“Pero sería un error creer que todas las veces que la autoridad inflige un mal a un ciudadano en razón del hecho cometido por éste, está ejerciendo siempre el *derecho penal*. Las leyes de hacienda, las regalías, el comercio, llevan consigo frecuentes sanciones; las mismas reglas de procedimiento civil conminan multas; la policía amonesta, corrige y hasta encarcela, y, a las veces, sin que en manera alguna se haya turbado el orden externo, sino sólo porque se teme razonablemente su turbación, o porque se ha disminuido la prosperidad del país”.

“Todas estas sanciones, que sólo pueden ser leves, no corresponden a la función penal. Los hechos que provocan tales medidas pueden llamarse *transgresiones*, pero no son *delitos*.”

“... El criterio que separa la función penal de la función de policía, y que en esta forma distingue los *delitos* de las *transgresiones*, no puede ser más que éste: que la función penal debe sancionar solamente lo hechos a los cuales se pueda atribuir el carácter de moralmente reprochables, porque tiene la medida de su derecho en la justicia absoluta; mientras que la función de policía puede sancionar también hechos moralmente inocentes, porque el fundamento de su derecho es la utilidad pública”. (Programa de Derecho Criminal, Parte General, vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1972, págs. 23-24).

Según los grandes propugnadores de la teoría “merepenalística”, la sanción de la ley meramente penal no es pena en sentido estricto. Suárez expone este punto con toda nitidez:

“... Pero en esto no se ha de disputar del nombre; pues confesamos, como dije en el capítulo precedente, que la pena tomada en cierta máxima propiedad encierra razón de venganza y dice orden a la culpa propia. Pero no es necesario que se tome así al presente; pues más generalmente toda molestia natural, de cualquiera causa que nazca, es incluida bajo el mal de pena, y, hablando especialmente y de modo moral, también se dice pena propia toda aflicción que se hace por modo de coacción para que se guarde alguna ley, y esta pena puede ser impuesta sin culpa contra Dios, aunque no sin algún defecto o imperfección ante los hombres...”.

“... Pruébese la consecuencia, porque el castigo no es entonces sino cierta coacción para que se haga o no se haga tal acto; la cual es necesaria para que el temor de ella obligue antecedentemente a evitar semejante transgresión”. (Tratado de las Leyes y de Dios Legislador, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Hijos de Reus, 1918, t. V, págs. 44-45; Libro V, cap. 4, N° 4).

La sanción de la ley meramente penal, entonces, según Suárez, no es pena en sentido propio, y no supone culpa moral: culpa frente a Dios; sino que es cierta coacción dispuesta para que el temor de ella obligue antecedentemente a una conducta determinada.

Es importantísimo dejar constancia de que Suárez no se apoya en la máxima *sine culpa, nisi subsit causa non est aliquis puniendus*, sino que la rechaza expresamente, pues antes del pasaje transcrito, en que reconoce que toda pena propiamente dicha supone culpa, aclara:

“... Y la otra parte, a saber, que este modo de ley repugna con la equidad o la justicia, suele probarse por la regla 23 del Derecho, *in* 6, que trae ejemplos de irregularidad en la cual se incurre a veces sin culpa; y lo mismo se dice del entredicho”.

“Mas, a todo esto puede decirse que la irregularidad aquella no es pena; pero que el entredicho nunca se impone sin culpa de alguno, aunque comprenda a los inocentes por alguna unión que tienen con el delincuente. Al modo que la pena del padre que peca suele redundar en los hijos inocentes...” (ibid).

Fernández Concha explica también el carácter de la sanción con gran claridad: “... es efectivo que considerada la pena en su acepción rigurosa incluye vindicta y supone culpa. Mas en sentido lato, puede entenderse por pena toda aflicción o mal impuesto por la autoridad con el fin de que se observe alguna ley; y así como sin culpa pueden imponerse a los ciudadanos las cargas que el bien público exige, pueden también

imponérseles ciertos males para compelerlos ya a la ejecución de actos convenientes, pero no obligatorios, ya a la omisión de actos perjudiciales pero no pecaminosos. En otros términos, para esta clase de penas, si bien se requiere alguna causa proporcionada referente al bien público, no se requiere que ella sea una culpa moral: de aquí el axioma de Derecho: *sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus*. (Filosofía del Derecho, 2ª ed., t. I, N° 193, Tipografía Católica, 1888, Barcelona).

La sanción de que se trata, en consecuencia, no es pena propiamente, sino cierta aflicción o coacción a modo de carga pública, para inducir conductas deseables, a que no hay motivo bastante para obligar; por eso ha de ser siempre una sanción leve.

Carlos José Errázuriz entiende de otra manera la pena de la ley meramente penal: para él siempre supone culpa antecedente, y es un castigo; lo que deja claramente sentado en múltiples partes de su obra:

En la pág. 20, dice que quedan comprendidas en la sanción propia de la ley meramente penal "las penas en sentido estricto, las sanciones administrativas y disciplinarias, las de carácter civil, como una indemnización de perjuicios o la nulidad de un acto, etc.". En la pág. 171, añade: "Cuando aquí se habla de "sanción" o de "pena" en sentido amplio, se alude a aquellos males impuestos con carácter retributivo por la comisión culpable de determinadas conductas". Después se refiere a medidas odiosas o desfavorables no vindicativas, que no exigen culpa moral antecedente, como las "medidas de seguridad" y las privaciones de derechos por carencia no culpable de los presupuestos de los mismos. "Pero —concluye— ya no se está en presencia de una ley meramente penal, por la misma definición de ésta, que requiere la conminación de una pena por la violación de un precepto". (págs. 171-172).

Por último, en la página 189 precisa el autor que "cuando se discute la posible existencia de leyes puramente penales, no se está aludiendo para nada... a las que establecen gravámenes o privaciones no sancionatorias...", y poco antes expresa: "Por lo que atañe al distingo entre pena y sanción, hay que recordar que en ningún momento ha estado él en juego. A lo largo de esta exposición, he insistido reiteradamente en que, a los efectos de esta cuestión ambas voces se toman como sinónimas. El problema consiste, en cambio, en separar las sanciones o penas en sentido amplio, de otras consecuencias negativas en que no se persigue sancionar al sujeto pasivo...".

Como puede apreciarse nuestro autor concibe la sanción de la ley meramente penal como una pena —en sentido amplio— retributiva; con lo que se aparta completamente de Suárez, a quien él mismo considera "un insuperable expositor y maestro de la teoría" (pág. 77). Incluso, es digno de notarse que al hacernos la síntesis del pensamiento suareciano,

Carlos José Errázuriz no se refiere al concepto que el *Doctor Eximio* tenía de la sanción de la ley meramente penal, sino que, de un modo general se limita a decirnos que para Suárez “no siempre una pena implica culpa en el sujeto pasivo” (pág. 76).

Creemos que en esta diversa inteligencia de la sanción de la ley meramente penal está la raíz de la discrepancia del autor con los merepenalistas. Es verdad que él se hace cargo de la concepción de la pena en carácter de medida educativa o directiva; pero muy de paso; sin refutarla tal como ha sido expuesta por los grandes sostenedores de la teoría, y sin darle el alcance que tiene para ellos, pues siempre piensa en el aspecto vindicativo que aquéllos le quitan expresamente. Así, dice en la pág. 172:

“Algunos han concebido las sanciones de las leyes puramente penales como meras medidas educativas o directivas sin carácter penal. Mas, ¿para qué educar con tanto rigor en cosas a que no se quiere obligar? Por otro lado, siendo la culpa medida próxima de la pena, al no haber culpa no habría posibilidad de mediar la extensión del castigo”.

En la pág. 201 vuelve el autor sobre el mismo argumento: “...Responder diciendo que la pena no se impone como castigo por una culpa antecedente, sino como estímulo para cumplir el acto, en vez de solucionar la contradicción la torna más grave, pues la noción de pena queda completamente desfigurada. Si se trata de auténticas sanciones, ellas suponen una culpa en el sujeto castigado”: ¡Es que no se trata de auténticas sanciones...!

Por otra parte, el autor admite la licitud de sanciones leves sin culpa antecedente, tratándose de leyes reglamentarias de poca importancia que con frecuencia no sean moralmente obligatorias en el caso concreto —por darse circunstancias que tornen inútil o perjudicial su cumplimiento—, en virtud de la necesidad de seguridad jurídica (págs. 182 y 246). Pero con esto hace una cierta excepción al principio tan celosamente defendido de que no cabe pena sin culpa...

4. *Las leyes meramente penales como normas de una justicia más perfecta*

Si bien pensamos que en la ley meramente penal se cumple la noción esencial de ley, según hemos expuesto anteriormente, por el carácter obligatorio de la pena, y por la obligación que induce respecto de los agentes públicos o ministros del poder; creemos que también en otro sentido se da en ella razón de ley, en cuanto a la conducta que intenta obtener de los súbditos: tal conducta no es de un modo absoluto obligatoria conforme a la justicia; pero sí lo es, de alguna manera, como satisfacción de una justicia más perfecta, aunque no exigible. A primera vista

parecería haber contradicción en lo que afirmamos: es de la esencia de la justicia la exigibilidad; sin embargo, hay cosas que sin ser exigibles, a causa de la imperfección humana, y no de su naturaleza, son propias de una justicia más perfecta: por ejemplo, el restituir lo que se ha adquirido por prescripción con buena fe; tal es también el caso de muchas obligaciones que el Derecho Civil considera como meramente naturales.

Creemos que la equidad que aplica el arbitrador o amigable componedor, obedece asimismo al concepto de una justicia más perfecta y no exigible. Nos referimos al arbitrador, porque la equidad que aplica el juez de derecho es parte de una justicia plenamente exigible. Son distintos estratos de la equidad: un juez de derecho, por ejemplo, no podría, por equidad, prescindir de la prescripción cuando la letra y el espíritu de la ley la hicieran procedente; un árbitro arbitrador sí podría hacerlo, Y a la parte favorecida por esta prescripción le sería lícito hacerla valer ante un juez de derecho, pero obraría más perfectamente, en principio, sometiéndose al dictamen del arbitrador.

En la Suma Teológica se encuentra un texto que podría estimarse basado en la distinción que hemos expuesto: se plantea Santo Tomás el siguiente problema: ¿es lícito a un vendedor de trigo que llega a una ciudad, silenciar la circunstancia de que en su seguimiento vienen otros con la misma mercancía, lo que, conocido por los compradores, haría bajar el precio? Y responde que no quebranta la justicia el mercader si no expone lo que va a suceder después y vende al precio actual; pero que practicaría una virtud más perfecta si lo manifestara, aunque a ello no está obligado en justicia (2-2, q. 77, a. 4, ad. 4).

5. *Ciertas leyes serían injustas si no fueran meramente penales*

Como Fernández Concha, creemos que ciertas leyes serían injustas si no fueran meramente penales: tomando el ejemplo que él pone, las que prohíben quebrantar la sentencia a los reos condenados a castigos acerbos: "Tales reos —dice Fernández Concha— están obligados a no emplear la violencia para resistir la aplicación de la pena, pero no lo están a renunciar los medios de escape que se les presenten. Imponerles obligación a esto último sería convertirlos a ellos mismos en ministros ejecutores de su propio castigo; lo cual no puede hacer la ley cuando el castigo es acerbo. No puede hacerlo, porque es condición de la ley que sus preceptos sean de cosas moralmente posibles a la comunidad considerada en su mayor parte, y la obligación de renunciar a los medios de escaparse de un castigo riguroso está sobre la condición de nuestra naturaleza, tal como es en la generalidad de los hombres". La pena por el quebranta-

miento, que ha de ser moderada, no puede mirarse como pena propiamente tal, sino como una agravación de las medidas de custodia, concluye Fernández Concha (Filosofía del Derecho, ed. y loc. cit.).

Carlos José Errázuriz considera errado este planteamiento: sostiene que en las situaciones a que se refiere Fernández Concha, concebir la ley como meramente penal daría un resultado mucho más injusto: "la ley que castiga a un sujeto por actos que ningún hombre, salvo un héroe, podría evitar, es claramente injusta". (pág. 166). Replicamos a esto que no se impone un castigo, sino una aflicción menor que se ha de mirar como medida de seguridad: la pena de la ley meramente penal no es propiamente pena, como lo hace ver Fernández Concha en el mismo acápite de su obra.

6. *Criterio material para reconocer cuándo una ley es meramente penal*

El autor recusa este criterio, estimándolo relativista e inmanejable; pero para responder a las inquietudes que han dado origen al merepenalismo con la doctrina de la epiqueya, acude a él: "... esta flexibilización de la epiqueya en el plano moral —dice— debe postularse precisamente en la gran mayoría de las disposiciones legislativas y reglamentarias que los más sensatos entre los "merepenalistas" han tenido por no obligatorias en conciencia". "... el único criterio válido es la materia o contenido de los preceptos, interpretados a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar..." (pág. 241).

7. *La acusación de voluntarismo*

El autor acusa a la teoría de la ley meramente penal de voluntarismo, en cuanto atribuye al legislador el poder de hacer que la ley obligue o no en conciencia a lo mandado. Creemos que no es justa tal acusación. En primer lugar, la ley meramente penal obliga en conciencia a soportar la pena, y es a esto y no a la voluntad del legislador a lo que se acude para salvar la razón de ley. En segundo lugar, si bien es cierto que se reconoce al legislador la posibilidad de elegir entre obligar en conciencia al acto u omisión deseados, o sólo a la pena, no hay inconveniente en entender que se comete la opción a su entendimiento práctico y no a su voluntad. En tercer lugar, por mucho que la ley sea obra de la razón, ella no puede existir sin voluntad de mandar en el legislador: si éste dijera, por ejemplo, tal proyecto de código civil es la ley mejor que pudiéramos tener, y la más oportuna en nuestras circunstancias concretas, pero no quiero sancionarla, no habría ley, aunque fuera todo esto conocido de los súbditos. Santo Tomás reconoce esta función de la voluntad en la génesis de la ley cuando, respondiendo a la cuestión de si el gobernante queda o no vincu-

lado por su propio precepto, enseña que sí, en cuanto a la fuerza directiva del mismo, sin que sea óbice su carácter de superior, por cuanto está sujeto a su ley "por su propia voluntad" (Suma Teológica I-2, q. 96, a. 5, ad. 3). Este carácter de requisito que la voluntad del legislador tiene respecto de la ley, nos debe llevar a admitir que en los casos en que la necesidad de obligar en conciencia al acto mandado por la ley no sea manifiesta, la voluntad del legislador puede restringir la obligatoriedad a la pena, siempre en seguimiento, se entiende, de un juicio práctico; y dentro del campo de lo opinable.

8. Santo Tomás y la ley meramente penal

El autor, en la parte histórica del libro, nos dice que Santo Tomás se refiere al carácter meramente penal de las constituciones de los dominicos en la Suma Teológica, al tratar de la obligación moral propia de las reglas de los religiosos (II-II, q. 186, a. 9, ad. 1); pero que en ninguna otra parte de sus obras tocó el tema de la ley meramente penal. Añade que, sin embargo, debido a su indiscutida autoridad dentro de la teología católica, se le cita frecuentemente "como partidario de la existencia de leyes meramente penales en general"; y luego afirma "que esto no pasa de ser una suposición gratuita, puesto que su tratamiento del tema está estrictamente limitado al caso de las reglas indicadas". (págs. 38-39).

Nos parece que la afirmación del autor de que se hace una suposición gratuita es demasiado tajante. Creemos que hay margen por lo menos para dudar acerca de la postura de Santo Tomás en esta materia —como el propio autor lo reconoce en la nota 3 del capítulo respectivo—, por las siguientes razones:

a. Santo Tomás compara explícitamente la regla de los religiosos a la ley, y señala que en la ley no todo se establece por modo de precepto, sino que algunas cosas se proponen a la manera de "cierta ordenación o estatuto que obliga a cierta pena".

El texto pertenece al artículo 9º de la cuestión 186 de la *secunda secundae*: el punto que se trata de dilucidar en dicho artículo es el siguiente: "si el religioso peca mortalmente siempre que quebranta la regla". La respuesta es negativa. La dificultad primera es que se quebrantaría un voto: al darle solución, Santo Tomás se refiere al alcance del voto de observar la regla, y expone el caso particular de los dominicos con estas palabras:

"Sin embargo en alguna orden religiosa, es decir, la de los Frailes Predicadores, tal transgresión u omisión, por su índole misma, no obliga a culpa ni grave ni leve, sino sólo a soportar la pena determinada: porque de esta manera se obligan a tal observancia...".

La dificultad segunda dice así:

Praeterea, regula imponitur religioso sicut lex quaedam. Sed ille qui transgreditur praeceptum legis, peccat mortaliter. Ergo videtur quod monachus transgrediens ea quae sunt in regula, peccet mortaliter.

“Además, la regla se impone al religioso como cierta ley. Mas, aquél que transgrede un precepto de la ley, peca mortalmente. Luego, parece que el monje que transgrede aquellas cosas que están en la regla, peca mortalmente”.

La solución a esta segunda dificultad dice así:

...Non omnia quae continentur in lege traduntur per modum praecepti, 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.

“...No todas las cosas que se contienen en la ley se dan a modo de precepto, sino que algunas se proponen a modo de cierta ordenación o estatuto que obliga a determinada pena: así como en la ley civil la transgresión del mandato legal no siempre hace digno de la pena de muerte corporal. Así tampoco en la ley de la Iglesia obligan todas las órdenes o disposiciones bajo pecado mortal. Y análogamente, tampoco todas las prescripciones de la regla”.

Cabe observar que Santo Tomás se refiere a la ley propiamente tal, y no a la regla de los religiosos, cuando dice que no todas sus normas obligan a modo de precepto, sino que algunas a determinada pena; luego viene, precedida de dos puntos, que indican que se sigue en el mismo tema, una alusión expresa a la ley civil, y otra a la ley de la Iglesia.

Lo que hace dudosa la postura de Santo Tomás es la parte final, en que concluye que no siempre las leyes de la Iglesia ni las reglas de los religiosos obligan bajo pecado mortal; pues podría entenderse que las normas de la ley a que antes ha aludido, que no se dan a modo de precepto, obligan, sin embargo, bajo pecado leve, lo que es una forma de obligar en conciencia. Sin embargo, podría argüirse que aquella conclusión no está tomada precisamente de lo que se acaba de decir sobre los dos modos de obligar la ley —a modo de precepto y de estatuto penal—, sino que de la afirmación que la precede de manera más inmediata, de que no toda transgresión de la ley civil merece pena de muerte corporal. La explicación de que hay cosas de la ley que sólo se intiman bajo pena, y no a modo de precepto, vendría entonces a servir de base para un argumento *a fortiori* implícito: si hay en la ley mandatos que sólo obligan a determinada pena, con mayor razón habrá en la regla de los religiosos preceptos que no obliguen bajo pecado mortal, aunque tal regla se equipare a una ley.

En todo caso, desprender de este texto que Santo Tomás admite las leyes meramente penales, dista muchísimo de ser una suposición gratuita; y nos atrevemos a decir que tal interpretación parece la más probable.

b. Si Santo Tomás admite la obligatoriedad meramente penal para la regla de los religiosos; y admite explícitamente que ella es como cierta ley, no se ve por qué no haya de admitirla para la ley propiamente tal, o por qué tal admisión no haya de estar al menos virtual o implícitamente contenida en su sistema. También el autor del libro que comentamos ve una unidad conceptual entre la ley de las sociedades perfectas, y las reglas de las imperfectas —a cuyo género pertenece las órdenes religiosas—, y por ello, niega la posibilidad de normas meramente penales en el último tipo de sociedades, si bien reservándose su juicio respecto de las comunidades religiosas. Pues bien, esta unidad conceptual debiera llevarlo a estimar que si Santo Tomás aceptaba la obligatoriedad meramente penal en las reglas de los religiosos, no puede ser suposición gratuita desprender —más aún con el texto que hemos transcrito— que la aceptaba también para las leyes propiamente tales.