

# La reforma procesal en la Argentina

Por el Lic. JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE

Profesor de Carrera de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor titular de Derecho penal y de Procedimientos penales en la Escuela Libre de Derecho. Miembro honorario del Instituto Nacional de Criminología de la República de Cuba y del Instituto Peruano de Derecho procesal. Académico de número de la Academia Mexicana de Ciencias penales y Socio de la Sociedad Mexicana de Medicina Forense y Criminología

## I

El Gobierno argentino envió recientemente al Congreso Federal el proyecto de Código de Procedimientos en materia criminal, elaborado por una comisión de juristas bonaerenses, bajo la dirección del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Doctor Belisario Gaché Pirán. El proyecto fué discutido ampliamente por el Senado y por la Cámara de los Diputados, pero se dejó al Poder Ejecutivo Nacional fijar la fecha en que entre en vigor. La novísima Ley Procesal<sup>1</sup> tiene por objeto hacer más expedita la Administración de la justicia ordinaria en la ciudad de Buenos Aires, y además, acomodar la aplicación de las normas rituales con los dictados de la Carta Fundamental de la República. En América, las leyes del procedimiento han conservado su vieja estructura. Aún no podemos decir que exista una completa autonomía entre lo que es el rito; es la "ratio essendi" de las leyes procesales y los preceptos de Derecho sustantivo o los que más bien corresponden a las leyes de organización. Todavía encontramos lo que es usual en las leyes españolas, como el Fuero Juzgo y las Partidas: una mezcla confusa de preceptos de Derecho material con preceptos de orden ritual, y es de observarse cómo en la labor codificadora se ha dado preferencia a las leyes sustantivas, menospreciándose el estudio del Derecho ritual, que, según la feliz definición de Mezger, "regula el ejercicio y la realización práctica de las pretensiones penales del Estado". Con razón decía el gran Carrara que en el Derecho Penal hay muy poco que hacer, recomendando volver la vista al Derecho Procesal, que ha sido poco explorado, porque, sin una buena Ley de Enjuiciamiento que recoja las enseñanzas logradas en la cátedra, en la doctrina y en la práctica, todo esfuerzo de los órganos del Estado será infructuoso. Argentina, al revisar sus leyes procesales, marca el camino que debe seguirse para que el imperio de la Ley sea una realidad y se rompa con lo que aún tenemos de Dere-

cho formalista, que demora y dificulta la marcha regular de los procesos.

Antes de la última guerra, los jus. procesalistas de la vieja Europa, particularmente los italianos, dedicaron sus esfuerzos al estudio del Derecho Procesal. Von Bulow y Goldsmith, en Alemania; Carnelutti y Calamandrei, en Italia, llevaron a feliz término aquel principio anunciado por el genial Savigny de que la labor de codificación en el orden material y en el orden formal no ha de efectuarse de una manera desordenada e inconexa, sino que debe ser el fruto de meditaciones direcciones, de un análisis cuidadoso de las esencias rituales, que son, sin género de dudas, el ámbito de protección a los derechos ciudadanos y el camino indispensable para que las leyes sustantivas sean plenamente aplicadas.

La evolución del pensamiento jurídico contemporáneo reclama mayor coordinación y armonía en las diferentes ramas del Derecho. El mundo del presente anhela sacudirse las vanas fórmulas que convierte en interminable la tramitación de los procesos. Por mucho que se especule en la doctrina, siempre existirá el imperativo de que las leyes se ajusten a las exigencias sociales. Un Código Penal que recoja en sus preceptos las más avanzadas teorías resulta impracticable y contrario a la realidad con una defectuosa Ley de Enjuiciamiento. Las leyes procesales contemporáneas no responden a estos propósitos. Inspiradas en razones políticas o de conveniencia, son una constante amenaza y origen de incalculables dificultades, por la complejidad que revisten para la vida moderna. Democratizar el Derecho y hacerlo más accesible al conocimiento del pueblo; interpretar lo que imperativamente demandan los tiempos nuevos es lo que debe presidir el esfuerzo del legislador, y Argentina inicia esta tarea con una obra que no es perfecta, pero que aspira a satisfacer mejor las exigencias de la colectividad.

El Código de Procedimientos en materia criminal que ha regido en la metrópoli argentina data del año 1882. En la labor de codificación procesal, Argentina ha marchado paralelamente con nuestro país. El primer Código de Procedimientos penales para el Distrito y territorios federales de la República de México fué de 15 de septiembre de 1880, al triunfo de la revolución de Tuxtepec, que elevó al Poder al general don Porfirio Díaz, y lo suscribe su Ministro de Justicia, el gran juriconsulto caxaqueño don Ignacio Mariscal; pero durante nueve años se estuvo trabajando concienzudamente en la elaboración de la ley. En la Argentina, la labor inicial de codificación quedó encomendada a los juristas Manuel Obarrio y Emilio Coni, consagrados por su sapiencia en el Foro de su país.

## II

Manuel Obarrio y Emilio Coni fueron los precursores en la labor de codificación, y su tarea no fué infecunda, sino que sirvió de base para que otra comisión, integrada por los doctores Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra, continuaran sus trabajos, que años después se convirtieron en ley, al promulgarse el 10 de enero de 1889 el Código de Procedimientos en materia criminal. Este ordenamiento vino a responder a un gran anhelo nacional que desde los primeros días de la independencia argentina se hizo sentir; pero los tiempos modernos reclaman nuevas estructuras, y lo que ayer fué venerado, ahora ha dejado de serlo.

El Código de Procedimientos en lo criminal que el Presidente Perón envió a las Cámaras tiene de original la brevedad y precisión que emplea en sus normas fundamentales. Consagra en primer término los principios del "non bis in idem", del enjuiciamiento previo y de los tribunales preestablecidos; la prohibición de que se alteren o menoscaben las esenciales procesales y las tres formas de restricción de la libertad personal: por orden judicial de detención, por prisión preventiva o por sentencia ejecutoria.

El título segundo se ocupa del ejercicio de las acciones. En el artículo 60 consagra la acción penal pública, y establece que será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, que procederá de oficio, cuando no dependa de instancia privada, dejando a salvo los derechos del ofendido; pero, en ningún caso, el ejercicio de dicha acción puede interrumpirse, suspenderse o hacerse cesar. Distingue la nueva ley lo que es la instancia privada del ejercicio de la acción privada. Se observa en la nueva ley la influencia que ejerció en sus autores la doctrina francesa. En efecto: el Código de Instrucción criminal de Francia dispone que la acción para pedir la aplicación de las penas no pertenece sino a los funcionarios a quienes la ley expresamente les confía esta facultad, en tanto que la acción en reparación del daño causado por un crimen, por un delito o por una contravención, pueden ejercitarla todos aquellos que de cualquier manera han sufrido un daño. Ha sido objeto de vivas discusiones, principalmente en México, el papel preponderante que en el proceso penal se ha otorgado al Ministerio Público. Desde los más altos sitios de la jurisprudencia mexicana se ha combatido esta privilegiada situación del Ministerio Público frente al acusado, frente al ofendido por el delito y frente al propio juez. La acción civil en la nueva Ley Procesal argentina se traduce en la indemnización del daño causado o en la restitución de la cosa obtenida por el delito, reclamable a los directamente responsables o a los terceros, en el proceso penal, si se halla en tramitación, o en el proceso civil cuando, por cualquier circunstancia, se hubiese decretado la absolución del procesado. El Ministerio Público se

encuentra al margen de la velación. Sin embargo, puede actuar como promovente de la acción civil en dos casos: cuando el titular de la acción le hubiese delegado su mandato o cuando, siendo incapaz para hacer valer sus derechos, no tenga persona que jurídicamente lo represente. Al ofendido por el delito se le reconocen sus derechos; sólo en lo que se refiere a la reparación del daño y en su nombre, el Ministerio Público sólo puede actuar subsidiariamente como lo establecen los Códigos procesales de Francia, de Italia, de Alemania y Suiza.

El título tercero se ocupa del juez, la figura más destacada en el proceso, porque es el encargado de mantener y vigilar su marcha y equilibrio. Resuelve los casos de conflicto por jurisdicciones concurrentes (jurisdicción común, federal y militar) y el orden de juzgamiento, siempre que no existan tropiezos para las diversas jurisdicciones y la defensa del inculpado. Puede suceder que las causas se sigan simultáneamente: todo está previsto para evitar las demoras que suelen presentarse por conflictos de jurisdicciones.

Dos principios se destacan con fuerza inmovible: el principio de la instancia única y el principio de la colegialidad en la integración de los tribunales.

Los órganos de jurisdicción penal ordinaria son: la Cámara de Casación, las Cámaras en lo criminal, la Cámara de Apelación, las Cámaras en lo correccional, los jueces de instrucción y los jueces en lo correccional. En la primera instancia existe la instancia única para los delitos de mayor gravedad, encomendada a las Cámaras en lo criminal: para los delitos y faltas sancionadas con pena de prisión que no exceda de tres años y multa que no exceda de tres mil pesos actúan las Cámaras en lo correccional, igualmente con instancia única.

### III

Existe en el Derecho Procesal la acentuada tendencia a limitar el número de instancias, fuente constante de demoras y de complicaciones para la buena marcha de los procesos, hasta llegar a la consagración de la instancia única, con sus facetas perfectamente diferenciadas de instrucción y de juicio. En México, el Constituyente de 1857 estableció que "ningún juicio de orden criminal podrá tener más de tres instancias"; como petición de principio ante la complicada estructura de las disposiciones que regían el Enjuiciamiento Criminal, cargadas de inútiles trámites y de una cadena de complejidades que hacían la marcha del procedimiento casi interminable. Don Jacinto Pallarés y don Ricardo Rodríguez, a quienes debe tanto el Derecho Procesal Penal mexicano, observaron los variados fenómenos del procedimiento; los numerosos recursos y las escabrosas soluciones que se daban, muchas veces contradictorias e ininteligibles, por obra de las leyes circunstanciales, que ocasionaban un notorio retraso en la Administración de Justicia,

Argentina, en el ordenamiento que comentamos, conjuga el principio de la colegialidad jurisdiccional con el de la instancia única. Las Cámaras en lo criminal y las Cámaras en lo correccional son Cámaras colegiadas exclusivamente para juzgar a los acusados. Los tribunales instructores no son tribunales de sentencia. La función de instrucción termina con la conclusión del sumario. El juez que actuó en este período remite lo actuado a la Cámara respectiva. A los jueces de instrucción corresponde la instrucción de los procesos por delitos de mayor gravedad; a su vez, los jueces correccionales instruyen los procesos por delitos y faltas que merezcan pena que no exceda de un año o multa de unos mil pesos o inhabilitación.

Manduca ha dicho con sagaz acierto: "El juez único significa negación de toda garantía política; significa sistema autocrático y, por lo tanto, negación de libertad y de garantía constitucional." Sólo es dable la intervención del juez único en la instrucción de los procesos. Y el mismo autor agrega: "Un Gobierno se funda en garantías políticas, las cuales cuanto más verdaderas son, tantas más instituciones jurídicas y sociales suponen. La concentración de los Poderes significa absolutismo, así como la división, libertad que no ha de confundirse con autorismo, estatorismo o humanismo." No somos partidarios del juez único. Defendemos la colegialidad, que representa el verdadero criterio democrático, que es menester informe las instituciones jurídicas y sociales. El juez único está más expuesto a error que el tribunal colegiado: la unidad es un peligro para los juzgados y para la conciencia de los juzgadores; la discusión suscita dificultades, recuerda precedentes, ilustra los espíritus, tranquiliza la conciencia, y a veces, en medio del debate, aparece la idea verdadera, la palabra decisiva que hace cesar los disentimientos. La justicia sería una utopía y una utopía el derecho de libertad individual, mentira las garantías constitucionales si se sancionara el principio de que el mismo juez instructor del proceso conozca luego del juicio. La verdad surge de la lucha, de la oposición de opiniones; en la atonía no está la luz, no puede encontrarse la verdad. La discusión muestra los errores. El juez único significa atonía, despotismo; en una palabra, violación de los principios que informan nuestro derecho público interno: vuelta al pasado, a la negación de la personalidad civil y jurídica. La institución del juez único viola la ley de la Humanidad, que camina hacia adelante.

Argentina ha recogido en su nueva ley estas enseñanzas ilustres de los grandes maestros, diferenciando las funciones de la instrucción y del juicio. Pueden encontrarse excelentes jueces instructores, de una gran visión, con ingenio, doctrina, tacto instructorio, institución y penetración, prudencia, golpes de vista, firmeza y valor cívico; con gran experiencia y de obrar independiente, con talento para escudriñar el corazón humano, con gran penetración psicológica para conocer a fondo los móviles pasionales y descorrer la cortina del mito que serían

malos sentenciadores, por llevar en su mente un acervo de prejuicios que adquirieron en la escuela del proceso. Para poder juzgar sin apasionamientos, para apreciar los hechos en su realidad y destruir las mixtificaciones que, como telarañas, oscurecen la limpieza visual, los jueces que sentencian deben ser distintos de aquéllos que instruyen. Pero en el período de juicio es indiscutible la necesidad de consagrar la colegialidad jurisdiccional con su incalculable precedente: la audiencia pública, garantía de acierto en los fallos judiciales.

#### IV

Los principios fundamentales que inspiraron al legislador argentino en la elaboración de la nueva Ley de Procedimientos en materia criminal fueron: la inmediación, la oralidad, la publicidad, la concentración procesal, la colegialidad jurisdiccional, la única instancia y la sana crítica. La ley se inspiró en tres Códigos europeos: los Códigos de Instrucción criminal francés e italiano y el de Enjuiciamiento Criminal español; pero preferentemente se tuvo a la vista el Código de Procedimientos en lo criminal que rige en la provincia de Córdoba, en Argentina, y que redactaron los doctores Alfredo Vélez, Maricorde y Sebastián Soler, a quienes corresponde el mérito de haber instaurado en el país, por vez primera, el juicio oral de única instancia ante tribunal técnico y colegiado. La oralidad debe hacer sentir su imperio en la etapa definitiva del proceso, si está complementada por el principio de la inmediación. Este principio, que consiste en el conocimiento directo que tiene el juzgador con el órgano de la prueba (acusado, testigo, perito, ofendido, etc.) permite que la verdad real sea apreciada con certeza por la personal observación que realiza el juez y por el directo contacto que tiene con los elementos de prueba y con los órganos que la producen. La inmediación es más necesaria para que adquiera conocimiento del juzgador en la etapa que precede a la sentencia, o sea, en la audiencia, en que las pruebas obtenidas en la instrucción deben repetirse y verificarse por el tribunal que sentencia, y en que los órganos de donde provienen deben ser conocidos directamente por los jueces. No es posible exigir al juzgador que encuentre la verdad con el simple análisis de las constancias procesales, y que conozcan a los órganos de la prueba a través de sus frías declaraciones. La inmediación y la oralidad se complementan para disipar las dudas. Alfredo Vélez Maricorde, uno de los procesalistas más destacados de Sudamérica, ha dicho en algunas de sus obras: "La oralidad es la forma lógica de esclarecer la verdad de los hechos, porque asegura la recepción directa de la prueba en que ha de basarse la sentencia, porque proscribte cortapisas y limitaciones subjetivas, porque hace imposible toda argucia ilícita dirigida a entorpecerla o a ocultarla. La expresión, el gesto, la mirada, la actitud del imputado, del

ofendido y de los otros testigos y hasta sus propias condiciones físicas ponen de relieve las circunstancias objetivas del delito y los factores psíquicos o morales determinantes. El hecho delictuoso surge a la superficie con todos los elementos que la forma escrita oculta, desfigura o empaña, iluminándose con la intimidad del drama que lo explica. La luz se hace en torno a la personalidad de los protagonistas. El principio de individualización de la pena encuentra en la forma oral su verdadera realización: la escala penal, los fundamentos que la regulan. Nadie puede dudar que la oralidad es una exigencia racional que asegura una justicia mejor administrada, con arreglo a la verdad de los hechos y a la personalidad del delincuente. Pero es bien sabido que también simplifica las causas, evita incidentes y le imprime, mediante la concentración procesal que la acompaña, una celeridad extraña al complicado y lento procedimiento discontinuo de la forma escrita. Sin embargo, es necesario no confundir los conceptos y subvertir los términos: es un error grave pensar que el defecto del procedimiento escrito radica en el retardo de los procesos y en la prescripción que él favorece. Antes, y más que eso, el defecto fundamental estriba en que da una base deficiente y falsa a las decisiones judiciales:

No se pretende, con el reconocimiento de la oralidad y de la publicidad en la etapa definitiva del proceso, festinar los procesos. Los países más adelantados en materia procesal penal persiguen que los procesos sean rápidamente concluidos, pero muy lejos del vano prurito de festinarlos; lo que se procura es que la administración de justicia sea más rápida y expedita. Florián enseña que en el Derecho italiano la instrucción formal es la forma fundamental de instrucción, que sólo se observa para los delitos de máxima gravedad, que requieren, por sus formas complicadas, que el proceso marche con lentitud; pero esto no es inconveniente para que, cuando el delito haya quedado esclarecido, se pase de la instrucción formal a la sumaria, y de ésta, a la sumarísima. Puede iniciarse un procedimiento en la vía sumarísima y suceder que se presenten complicaciones para que se continúe en esta forma. Entonces se puede pasar de la sumarísima a la sumaria y si es necesario a la formal. No existe una sola forma de instrucción que es el origen de la rémora en los procesos. Estos pueden seguirse, según las circunstancias, por cualquiera de las tres formas señaladas.

## V

El principal anhelo del Ejecutivo Argentino al enviar a las Cámaras su proyecto de ley se condensa en la siguiente expresión: "Queremos por el cambio de procedimientos llegar a una justicia un poco más expedita. Tendemos al ideal de que el procesado entre por una puerta y salga por la otra, condenado o libre. En este sentido el Eje-

cutivo piensa que el esfuerzo que debe realizar la Nación no es extraordinario”.

Es necesario insistir en el tema: una ley penal, sólo contiene previsiones abstractas: conceptos generales cuya aplicación práctica requiere el concurso de la ley Procesal y si esta es defectuosa y no recoge en sus preceptos las enseñanzas del Derecho, el naufragio será completo. Por medio de las leyes procesales, se permite a los particulares hacer efectivo sus derechos, ante la omnipotencia del Estado. Si la Ley Procesal es completa y saturada de inútiles formalismos, la Ley Penal no alcanzará a manifestarse en la realidad. Sus preceptos serán vanos y arbitrario el modo de aplicarlos. Un código de Procedimiento en lo Criminal no debe ser hecho a la medida del deseo del acusador o del acusado: debe estar por encima de sus pretensiones; debe ser una ley de equilibrio en la colisión de intereses en juego que se ventilan y deciden en el proceso: los intereses de la sociedad que persigue la restauración del derecho violado tomando al proceso como instrumento, y el interés del encausado que exige el cumplimiento en su persona, de las garantías que le otorga la Constitución Federal. Si la substanciación del proceso se rige por la observancia de normas arcaicas y desusadas, el interés de la sociedad será secundario; por lo interminable y confuso, de la Justicia se pasará a la venganza. Muchas veces, y esto es bien sabido, la demora en la tramitación de los procesos no depende de los hombres encargados de juzgar, sino de la Ley misma. La lentitud y el retraso ocasionan la repulsa y la desconfianza que la Sociedad tiene a la Administración de Justicia. Debe buscarse una forma eficaz que sin menoscabo de las garantías del procesado tenga los atributos de simplicidad y de celeridad. El procedimiento criminal debe ser rápido, certero y justo y debe, además, satisfacer las exigencias de la verdad y de la justicia; para lograrlo se necesita vigilar cuidadosamente porque el articulado sea claro y coherente a fin de evitar las interpretaciones teleológicas que ciertos juristas suelen hacer con menoscabo del espíritu que guió al legislador.

El legislador argentino, con atinado juicio, no quiso dejar en manos del Ministerio Público la práctica de las diligencias iniciales para proveer al ejercicio de la acción penal. El Juez argentino, como el Juez francés, es la figura más destacada en el proceso. El Ministerio Público sólo tiene en sus manos la función de acción y de requerimiento ante los tribunales. Según el artículo 149 de la Ley Procesal que comentamos, la presentación de denuncias o de querellas debe hacerse en el orden establecido, ante los jueces de instrucción; ante los funcionarios del Ministerio Público o ante la Policía. El artículo 155 dispone que cuando la denuncia se haga ante funcionarios del Ministerio Público, éstos la remitirán inmediatamente al Juez que deba instruir el sumario y cuando se hiciera ante la Policía, se procederá en la misma forma; dará cuenta inmediata al Juez que corresponda, sin

perjuicio de proceder sin demora a practicar las diligencias de prevención. Mucho se ha discutido sobre el papel que en el Derecho Moderno tiene la Institución del Ministerio Público, cuyo origen y desarrollo corresponde a Francia y se ha discutido su papel en el proceso penal hasta el acaloramiento, pues no se concibe que tenga tal suma de poderes en algunos países americanos, afortunadamente en minoría y ocupe una situación privilegiada con respecto al procesado. Los sostenedores de la omnipotencia de la institución invocan una frase vana y hueca: "El Ministerio Público es una institución de buena fe" que es tanto como no decir nada. Argentina, por su tradición jurídica no ha aceptado que el Ministerio Público tenga en sus manos de un modo omnímodo la marcha y dirección del proceso penal.

## VI

Existe en la Argentina una común opinión entre sus procesalistas. En forma unánime abogan por la supresión de la apelación en materia penal. Justo y certero el gran Jofre, respetado por todos los procesalistas modernos, ha sostenido la inutilidad de la segunda instancia en que no se abre un nuevo proceso, sino que se reduce a una mera revisión de las cuestiones de hecho y de derecho. Es erróneo sostener que haya una mayor garantía de justicia porque un asunto sea examinado y resuelto dos veces consecutivas primero por un Juez unitario y después por un tribunal colegiado, pues en la mayoría de las veces resulta que los buenos fallos que se pronuncian en primera instancia regidos por los principios de la oralidad, la publicidad y la inmediación, son lamentablemente alterados en la segunda instancia, donde se realiza una verdadera revisión de las cuestiones de hecho y de derecho. Consagrada la instancia única ante tribunal técnico colegiado, es inexplicable que subsista la apelación en materia penal resuelta igualmente por tribunal colegiado. Bastaría con procurar la selección de los integrantes de la judicatura en la primera instancia y con establecer la inamovilidad judicial en primer término; las oposiciones para la provisión de los cargos y la inamovilidad. En la Argentina, la Constitución Nacional establece el juicio por jurados, pero los argentinos han tenido el buen juicio de dejar en manos de jueces técnicos, debidamente expensados el nuevo régimen de juicio oral. Las transformaciones del Derecho imponen por la misma inercia de la vida, una serie de complejidades y de fenómenos cuya solución solamente puede encontrarse con el auxilio de la técnica. Los jueces argentinos son jueces de carrera. Sus actos oficiales están sujetos a la vigilancia constante de los ciudadanos. La jurisdicción, en otras palabras, la facultad de "declarar el derecho" pertenece al pueblo porque es parte integrante de su soberanía. Esta facultad es delegada en los jueces, que imparten la justicia a nombre del pueblo. Pero el pueblo tiene en todo mo-

mento el derecho de saber cómo obran sus delegados y la manera de lograrlo es el reconocimiento del principio de la publicidad. Las audiencias deben ser públicas "ante los ojos y miradas del pueblo". Así se consagra el respeto a la soberanía popular indispensable en todo régimen democrático. La publicidad es un imperativo en los regímenes republicanos de gobierno. Es una de las bases de sustentación del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Los ciudadanos saben bien cómo los jueces administran la justicia y aplican la ley. Por otra parte, la publicidad en la audiencia imprime a ésta una gran solemnidad y austeridad. Quienes llegan ante los jueces con el propósito de engañar son frecuentemente confundidos. Así se logra que resplandezca la verdad efectiva y se derrumba el falso andamiaje de la verdad convencional. En los pueblos, donde la oralidad y la publicidad han encontrado acogida; donde los actos procesales no se desarrollan en secreto y al capricho de los jueces, insensiblemente se ha notado una elevación en el nivel moral de la judicatura y un sano propósito de emulación por mejorar su capacidad científica y para ajustar sus actos estrictamente a la pauta de la ley.

Con la publicidad y con la oralidad viene la consecuencia, que es la rapidez en la tramitación de los procesos. El juicio oral y público los simplifica considerablemente; abrevia los términos; reduce a su mínima expresión las formalidades y de este modo satisface el anhelo de que la impartición de la Justicia sea pronta, cumplida y bastante.

Las opiniones valiosas de Rivarola, Jofré, Gómez, Lascano, Antelo, Vélez Maricorde y Sebastián Soler son el sostén doctrinal de la nueva Ley Procesal Penal argentina.

En el Derecho probatorio se descubre un velo de muchos siglos que convertía al Juez en un autómatas; lo encadenaba al férreo precepto de la Ley, de la que no podía salirse. Herencia del sistema inquisitorio, resultaba un absurdo que aún se mantuviese en las leyes contemporáneas. La apreciación de la prueba debe estar regida por las reglas de la sana crítica racional. La sana crítica significa que no queda en manos del Tribunal apreciar la prueba en conciencia, sino de acuerdo con su valoración lógica y jurídica. En el régimen de la sana crítica, decía Jofré, se conjugan la ciencia y la conciencia del juzgador.

## VII

Consecuente el legislador argentino con los dictados de la realidad, cuidó de estructurar el ejercicio de las acciones que surgen de la comisión de un delito, diferenciando la acción civil de la acción penal. En la acción penal pública, es el Ministerio Fiscal el único titular. En los delitos perseguibles por querrela necesaria que requieren la excitativa del ofendido por el delito para ponerla en ejercicio, el Ministerio Fiscal está supeditado a la satisfacción de la condición de procedibili-

dad. De este modo se consagra que es el Estado el único titular del derecho de punir y que cubierta la exigencia consistente en la manifestación de la voluntad del ofendido, actuará sin demora, ejercitando la acción hasta llevarla a su fin. En cuanto a la acción civil, al ofendido se le reconoce personalidad preferente, con prescindencia del Ministerio Público que sólo puede intervenir cuando el titular de la acción le delegue su ejercicio. La nueva Ley reparó en lo que atañe al titular para reclamar el resarcimiento del daño, la injusta situación en que se encontraba en la Ley derogada. En el proceso penal, el ofendido puede actuar promoviendo ante el Juez el desahogo de las pruebas necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado. Es inexcusable su admisión, pero el tribunal queda investido de facultades para su calificación valorativa.

Inútil parece advertir la dificultad que existe para estructurar el proceso penal exclusivamente en el sistema acusatorio. La discusión ha dado margen a amplias disquisiciones en la doctrina y en la jurisprudencia, pero en la realidad se ha visto lo complicado que resulta consagrar de un modo absoluto el sistema acusatorio por las dificultades que presenta para que normalmente se desarrolle la investigación previa. Se puede afirmar de las ventajas que presenta el sistema acusatorio frente al sistema inquisitorio en un aspecto fundamentalmente teórico. Coincide en este punto el legislador argentino con el mexicano. En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 que suscribe el entonces Procurador General de la República, Licenciado don Emilio Portes Gil, se advierte que fué el sistema acusatorio el que sirvió de base para la redacción del Código por estar consagrado en el artículo 21 de la Constitución Federal, pero que, sin embargo, se conservaron modalidades del antiguo sistema inquisitorio por que es imposible suprimirlo totalmente. tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el sistema acusatorio, cuanto que llevado al extremo ese sistema, sería perjudicial para la organización misma de los tribunales, pues si bien es cierto que el Ministerio Público a partir de la Constitución de 1917 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte tiene encomendado en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal, no es debido restringir la actuación judicial a tal extremo que los jueces tengan sólo como funciones, primero, la de dictar autos de formal prisión, y segundo, la de dictar sentencias. Cabe hacer notar que el artículo 232 de la novísima Ley argentina permite decretar la incomunicación de un detenido por un término que no exceda de tres días, prorrogable por igual plazo, siempre que exista una resolución motivada y que en el período de instrucción se consagra el empleo del secreto por el término de diez días.

El articulado de la nueva Ley es conciso y práctico. Se ha procurado huir del exagerado casuismo que tantos tropiezos produce para la marcha del proceso porque resulta inútil pretender prever hasta el detalle lo que muchas veces es imprevisible e impiden la libre actuación

del Juez en el proceso. Señalar la medida del papel de actuaciones, el color que deben llevar las carátulas y otros detalles innecesarios más que simplificar, embrollan la marcha regular del proceso y origina al consultante a una diversidad de divagaciones. Las leyes procesales modernas deben ser claras y congruentes; expeditas, de fácil manejo y entendimiento, útiles para los fines que se persiguen, pues si es bien claro que en las leyes substantivas se advierte el laudable propósito de huir del casuismo, este anhelo también debe alcanzar a las leyes procesales, tan cargadas de farragosos conceptos y de inservibles citas.

## VIII

La noticia del delito hecha por el querellante o por el denunciante, puede darse al Juez Instructor, al Ministerio Público o a la Policía. En todo caso, el imputado puede comparecer ante la autoridad tan luego como tenga conocimiento de que se le atribuye la comisión de un delito, aún cuando todavía no tenga el carácter de procesado para aclarar los hechos y solicitar el desahogo de las pruebas que estime útiles. El Juez tiene la obligación de admitirlo y de desahogar las pruebas que se soliciten. Cuando el titular judicial abrigue sospechas fundadas de que alguien ha tenido participación en un delito, decretará, en auto motivado su detención u ordenará su citación mediante el "auto de procesamiento". El auto de procesamiento en el Derecho Procesal argentino, equivale a nuestro "auto de radicación". Desde el momento en que se dicta, el procesado tiene derecho a las garantías que otorga la Constitución Federal del país. La persona contra quien se ha dictado el auto de procesamiento, debe ser identificada y reconocida por el servicio psiquiátrico. A partir del auto de procesamiento, corre un término de diez días, al término de los cuales se dictará un nuevo auto llamado de "calificación provisional", la libertad por falta de méritos o el sobreseimiento, en su caso. El auto de calificación provisional produce el efecto de iniciar la prisión preventiva. Desde el momento de la detención, decretada en el auto de procesamiento hasta el auto de calificación provisional, el empleo del secreto rige todos los actos del sumario. El auto de calificación provisional equivale a nuestro auto de formal prisión, disfrutando el Juez de mayor tiempo que el señalado en nuestra Constitución para el desahogo de las diligencias imprescindibles para fijar la situación jurídica del detenido. Dentro de este término, el detenido rinde su declaración indagatoria que en la nueva Ley adquiere nuevas orientaciones, porque no se trata de tomar a la indagatoria como un medio eficaz de prueba para lograr que el detenido confiese su delito, sino antes bien, más que un medio para lograr la confesión, constituye para el procesado un medio legal para su defensa, porque lo que se pretende es que conozca el motivo de la incriminación, la causa del proceso, el hecho punible que se le atribuye y el

derecho que tiene para nombrar defensor. El periodo del secreto dura, como hemos dicho, diez días, pero puede prorrogarse una sola vez por diez días más cuando así lo exijan las necesidades de la investigación. La declaración indagatoria debe tomarse dentro de las veinticuatro horas siguientes computadas desde que el procesado fué puesto a disposición del Juez. Tomada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español de 1882, el artículo 224 de la Ley que comentamos, dispone que cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo o el número de preguntas que se le hubiese hecho fuera tan considerable que el indagado hubiere perdido la serenidad de juicio necesario o diere muestras de fatiga, el Juez suspenderá el examen hasta que el mismo descanse y recupere la calma. La declaración será suspendida siempre que se adviertan en el indagado, indicios de alteración mental. En tal caso se ordenará el examen médico respectivo.

La libertad personal del procesado está revestida de una gran liberalidad. Se han suprimido las cauciones reales y personales, manteniéndose únicamente la juratoria. Por regla general, para los delitos leves y principalmente para aquellos en los que puede corresponder la condena condicional, no se priva de su libertad al inculpado; se emplea la simple citación, pero si desobedece la orden de comparecencia o de cualquier modo dificulta la marcha del proceso, el Juez Instructor está facultado para decretar su detención provisional. Esto sucede cuando el inculpado trate de destruir u ocultar las huellas o vestigios del delito o prepare a testigos falsos para que declaren en su abono. El auto de calificación provisional substituye al auto de prisión preventiva para corregir el absurdo de dictar dicho mandamiento en los casos en que el presunto responsable solamente hubiese sido citado. Tratándose de delitos de gravedad, la libertad provisional se concede para los delitos que tengan señalado en la Ley una pena que no exceda de seis años. En determinados casos, el Juez Instructor está provisto de la facultad excepcional de conceder la libertad provisional aún cuando no estén satisfechos los requisitos legales para que sea procedente, siempre que los antecedentes del procesado la justifiquen.

## IX

Al sobreseimiento se le ha reconocido en la nueva Ley Procesal un carácter de provisionalidad. Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por los procesalistas, pero es indudable que si después de dictado el auto de sobreseimiento se puede volver a actuar, esta cuestión será fuente de constantes inquietudes y de críticas acerbas porque no se justifica que se deje abierta la averiguación, como sucede con los autos de libertad por falta de méritos, hasta que la prescripción se opere. En los casos en que las pruebas obtenidas en el curso de la instrucción, sean insuficientes para formular acusación, es preferible con-

signar la libertad del acusado, dándole al sobreseimiento un carácter definitivo. Si se admite el sobreseimiento provisional, se deja al acusado en una situación de incertidumbre, formulado el pliego inacusatorio por el Ministerio Público y confirmada la no acusación por el Procurador del Distrito, el auto de sobreseimiento en el Derecho Procesal mexicano, tiene el alcance de una sentencia absolutoria. Así lo establece el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios de la Federación y el Código Federal en la materia que autoriza la procedencia del sobreseimiento, con exagerados límites, en cualquier período de la instrucción, pero de cualquier modo, en el Derecho Mexicano el sobreseimiento corta de raíz la provisionalidad, y como le reconoce un alcance de sentencia absolutoria, evita de esta manera el quebrantamiento del principio del "non bis in idem" que consagra el artículo 23 de la Constitución Federal.

Explorada ampliamente esta cuestión en México, el legislador de 1931 tuvo ciertas reticencias para darle al sobreseimiento un carácter definitivo. Don Jacinto Pallarés, que por muchos años compartió en la Escuela Nacional de Jurisprudencia la cátedra de Procedimientos Judiciales, expresa que SOBRESEER, proviene del verbo latino "supersedere" que significa cesar en algún procedimiento o desistir de alguna empresa, y, por lo tanto, sobreseer en un proceso significa que se corte y quede en el estado en que se encuentra, por no poderse legalmente continuar aún cuando según su personal opinión, el sobreseimiento no puede decretarse antes del auto de formal prisión, porque si se entiende que sobreseer equivale a cortar una causa, no puede cortarse lo que no existe. Esta opinión respetable que sustentan algunos procesalistas mexicanos, proviene de la forma en que se halla redactado el artículo 19 de la Constitución mexicana de 1917, que establece en su segundo párrafo que "Todo proceso debe seguirse por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión, etc.", interpretación que ha establecido con posterioridad la Jurisprudencia Nacional y que algunos novísimos Códigos han admitido como el de la Defensa Social del Estado de Puebla. Pallarés concluye diciendo que el sobreseimiento sólo puede tener lugar durante el sumario, esto es, desde el auto de formal prisión hasta el momento en que la causa se eleva a plenario" y en cuanto a que el auto mencionado tenga el alcance de una sentencia definitiva absolutoria, el distinguido jurista sostiene que: "Antes de la Constitución de 1857 en que los jueces no sólo podían, como hoy, sobreseer sino absolver de la instancia o sea dar o fallar en el plenario, absolviendo al reo con calidad de provisional y sin perjuicio de abrir la causa contra el mismo absuelto, si con el tiempo se descubría nuevos datos, cuya absolución, por lo mismo, no producía excepción de cosa juzgada, sucedía que el sobreseimiento no terminaba para siempre el proceso que podía volverse a abrir por los mismos motivos que cuando se había absuelto de la instancia. Pero hoy en día, siguiendo el espíritu de dicho artículo constitucional que quiere

que nadie sea juzgado dos veces por el mismo delito y que ha condenado la práctica de absolver de la instancia. ES EVIDENTE QUE EL SOBRESEIMIENTO, UNA VEZ EJECUTORIADO, PRODUCE EXCEPCION DE COSA JUZGADA. Es verdad que, como se ha dicho, durante el sumario no hay un verdadero juicio; pero también lo es que prolongar indefinidamente la situación de un acusado; dejar indecisos por medio de uno o más sobreseimientos su honor, su libertad y hasta su vida; dar facultad al Poder Judicial para abrir nueva y repetidamente procesos por un mismo hecho, molestando al acusado con nuevas prisiones, nuevos peligros contra la libertad y la vida, es evidentemente contrario al espíritu y a la letra del artículo constitucional.”

En esta materia, el legislador argentino, al admitir la provisionalidad en el sobreseimiento ha abierto la puerta para que se desboquen las inquietudes y se agudicen las incertidumbres para la libertad ciudadana.

## X

Finalmente, la nueva Ley Procesal presta preferente atención al período del juicio y consagra que en la Cámara de lo Criminal o en el Tribunal Correccional, integrados por Jueces que no han intervenido en la instrucción del proceso, se verifiquen los actos probatorios practicados en la instrucción, con las características de oralidad, publicidad, inmediación y concentración procesal. Para que la decisión jurisdiccional sea más expedita y como complemento del debate, la Ley dispone que una vez verificadas las pruebas; conocidos e interrogados por el Tribunal sus órganos productores y oídas las alegaciones del Ministerio Público y de la defensa, el Tribunal sentenciador procederá a deliberar y EN LA MISMA AUDIENCIA, hará saber los puntos resolutivos de su fallo, cuyos fundamentos y motivaciones la parte medular de la sentencia se hará saber después de hecha la declaración de vistos, dentro del término de cinco días.

Existe en la nueva Ley que comentamos un procedimiento sumarísimo en lo correccional, para ciertos delitos que por su escasa importancia, demanda mayor rapidez en el trámite. Se trata de verdaderos procesos verbales que por su simplicidad, permiten que los órganos del Estado, procedan de inmediato, a la represión de la delincuencia, principalmente en los casos de delitos flagrantes o cuando medie la confesión del acusado en que no hay razón para esperar la lenta y escabrosa marcha que caracteriza a los procesos ordinarios. Para estos casos, de instancia única, no ha querido el legislador argentino confiar la suerte de los acusados a la voluntad de un Juez: debe ser juzgado por Tribunal colegiado y las penas impuestas no podrán exceder de aquellas cuya aplicación solicite el Ministerio Público en su pliego acusatorio.

De igual manera procede en los trámites de extradición que no son

propriadamente procesos penales porque los delitos se han cometido fuera de las fronteras del país. y no tiene por lo mismo, que sujetarse a los procedimientos y normas que rigen el desarrollo de los procesos.

En materia de recursos, no es propicio el momento para abogar por su supresión. A pesar del reconocimiento que se ha dado a la instancia única, según hemos dicho, la apelación es procedente sólo contra las resoluciones que se dicten durante la instrucción de los procesos. Para la sentencia dictada en única instancia, solamente se reconocen los recursos de casación y de revisión. Excepcionalmente, procede el de "habeas corpus" que reviste algunas características de nuestro juicio constitucional de amparo. La casación es uno de los recursos que los argentinos consideran como indispensable para completar la instancia única, porque en ésta vía no se examinan las cuestiones de hecho ventiladas en la instancia única, sino sólo las cuestiones de derecho. De este modo la revisión alcanza a las leyes de fondo y a las leyes rituales. Mediante el recurso de revisión se logra subsanar las equivocaciones y errores de los Jueces.

Trata la nueva Ley los casos de ejecución de sentencias y llama la atención que en el proyecto de Ejecución no se haya meditado que estas materias deben formar parte del Derecho Procesal, sino más bien del Derecho Penitenciario y quedar comprendidas en el Código de Ejecución de Penas. Sin embargo, como la misión del tribunal sentenciador no termina con el fallo, sino que se prolonga en el período de ejecución, es admisible que el nuevo Código se ocupe de regular los incidentes y demás cuestiones que se susciten en este período en que sigue actuando el Ministerio Público para vigilar que el contenido del fallo sea puntualmente cumplido. Lo relacionado con la libertad preparatoria, la rehabilitación de derechos, etc., debe decidirse por el Tribunal de Ejecución en forma incidental, concediéndose cierta ductilidad para permitir de esta manera la mejor eficacia en sus funciones.

Tales son, a grandes rasgos los principales lineamientos que contiene la nueva Ley Procesal Argentina, en que, primordialmente se atendió a hacer de la Ley un instrumento de fácil aplicación; a huir de fórmulas vagas que ningún resultado producen; a concretar en el articulado las esencias procesales, haciendo, de esta manera, más accesible su empleo que si en muchos aspectos no se logró; en cambio es laudable el propósito que animó a sus autores de abandonar los viejos moldes que con sus términos complicados son la rémora para la regular tramitación de los procesos.

## S U M M A R Y

*The author examines the new Argentinian Code of Procedures in criminal matters and after revising the evolution of the former laws of procedure, he goes over to study the characteristics of the present ones.*

*He treats so the principles that inform this new code and the progress that it represents in the science of procedures.*

*He begins afterwards to study, one after the other, all its different dispositions, to finish the article by stating that in this Argentinian Law of Procedure it was principally intended to obtain a simple application, to run from vague formulas away and to concrete in its articles the essence of procedure and that although in many aspects this has not been achieved, the intention of its compilers was to obtain that this code was separated from the ancient models which only constitute an obstacle to the procedure of the process.*

## R É S U M É

*L'auteur examine le nouveau Code argentin de procédures en matière criminelle et après avoir révisé l'évolution d'antérieures loies de la procédure, il passe à étudier les caractéristiques actuelles.*

*Il traite ainsi les principes qui informent ce nouveau code et le progrès qu'il représente dans la science des procédures.*

*Ensuite il commence à étudier, l'une après l'autre, toutes ses dispositions différentes pour finir l'article en affirmant que dans cette nouvelle Loie de la Procédure Argentine on tâche principalement d'obtenir une application facile, de s'écarter des formules vagues et de concrétiser dans ses articles l'essence de la procédure et que quoique dans beaucoup d'aspects on n'y parvint pas, l'intention des rédacteurs fut obtenir que ce code s'écartât des modèles anciens qui ne constituent qu'un obstacle pour le cours du procès.*

# Doctrina de Fray Pedro de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal

Por el P. JOSE M.<sup>a</sup> LOPEZ RIOCEREZO

Profesor de Derecho penal de la Universidad de María Cristina de El Escorial

## *Datos biográficos*

Valgan de introducción los siguientes datos biográficos, que tal vez por tratarse de un autor no muy conocido, sirvan para aclarar el contenido y sentir de algunas de sus opiniones expuestas en el presente trabajo.

Fray Pedro de Aragón es un teólogo agustino, notable filósofo y jurista clásico de la Escuela Salmantina en la segunda mitad del siglo XVI. Nace en Salamanca, al parecer el año 1538, sin que se pueda fijar con precisión la fecha exacta, por carecer de documentos.

Fueron sus padres Antonio del Castillo e Inés Godínez de Santisteban. Según costumbre de la época, adoptó otro apellido distinto de los de la familia, pasando a la historia con el nombre de Pedro de Aragón. El año 1560 vistió el hábito agustiniano, en el entonces célebre convento de San Agustín, de su ciudad natal, verificando la profesión religiosa el 20 de septiembre de 1561. Cursó luego los primeros estudios eclesiásticos en el citado convento, el llamado más tarde "el Santo Tomás del siglo XVI" según el historiador de la Teología de Salamanca, P. Vicente Beltrán de Heredia, bajo la dirección de tan afamados maestros, como Fray Luis de León y Fray Juan de Guevara. A continuación se graduó de Bachiller y regentó una cátedra de Teología en la Universidad de Huesca, pasando después a la de Salamanca, donde recibe los grados de Licenciado y Maestro en las facultades de Teología y Artes, previos los juramentos del 6 de febrero y 4 de marzo de 1576 para los de Teología, y 10 y 15 de enero de 1582, respectiva-

mente, para los de Artes. El 7 de noviembre del citado 1576 se hace cargo de la cátedra de Escoto, que regenta hasta el 12 de diciembre de 1582, fecha en que es designado como candidato para la cátedra de Prima de Lógica que posee en propiedad hasta el 24 de septiembre o 9 de octubre del año siguiente, jornada en que debió morir.

De sus actividades docentes nos dejó dos obras densas y compactas: *De fide, spe et charitate* y de *Justitia et Jure*, de más de mil páginas cada una, publicadas por él mismo y que son un comentario a esas cuestiones de la Summa Theologica de Sto. Tomás.

La obra *De justitia et jure* tuvo gran aceptación en su tiempo, tanto que en once años se hicieron de ella cuatro ediciones en España y en el extranjero. Obra clásica en la materia, siendo elogiada tanto por San Alfonso María de Ligorio, como por moralistas y juristas, reputando las opiniones, en ella defendidas, de graves al par que de gran autoridad. El P. Miguel de San José, en su "Bibliografía Crítica" (1), después de ponderar el profundo saber del autor, dice de esta obra que es un "tractatus satis succulentus".

El mismo Fray Pedro de Aragón nos habla, en el prólogo, de la gran utilidad que su obra reportará a los estudiosos y lectores, ya que en ella encontrarán compendiadas la compleja variedad de serias y objetivas doctrinas sobre la materia, expuestas por teólogos y juristas doctos en ambos derechos. Para ello—dice—hube de imponerme un trabajo intenso, revolver muchos códices, leer muchos libros y autores, al par que consultar a competentes teólogos y peritos juristas de Derecho Canónico y Civil.

De esta obra, interesante por todos los conceptos, hemos entresacado las ideas personales de Fray Pedro de Aragón acerca de los efectos obligatorios de las leyes penales, y de la ley positiva humana en sus diversos aspectos, es decir, tanto en su naturaleza como en sus relaciones con la ley natural, sin omitir las obligaciones que como tal ley impone. Silenciamos las aplicaciones prácticas que de ella hace el jurista agustino, bien por no alargar demasiado el trabajo cuanto por no considerarlas del todo encuadradas dentro del marco de nuestra asignatura.

### *La Doctrina*

Aragón no tiene un tratado especial acerca de las leyes, como, por ejemplo, Suárez. Expone su doctrina sobre la materia al hablar de otras cuestiones, para cuya solución es preciso recurrir a la ley, fuente y norma del derecho, bien sea la eterna, la natural o la positivo-divina o humana.

---

(1) T. III, pág. 439.

## LA LEY POSITIVO-HUMANA EN RELACIÓN CON LA NATURAL

No hay necesidad de demostrar que todos los antiguos moralistas y jurisconsultos parten de la existencia de una ley natural objetivamente inmutable, derivada de la naturaleza racional del hombre, anterior y superior a toda ley humana, fuente y norma del derecho positivo. Aragón, lo mismo que todos los juristas de la época, contrapone la ley humana a la natural y aún a la positivo-divina. Las leyes humanas se derivan de la ley natural y a ella se subordinan, teniendo por objeto los actos de la virtud, de la justicia y del derecho establecidos por acuerdo y voluntad del hombre: tales son todas aquellas leyes impuestas por voluntad de los príncipes para gobernar la república con justicia y rectitud, atendidos el lugar y el tiempo (2). La violación de la ley humana es, por eso mismo, una injusticia y va mediatamente contra la ley natural. Así, por ejemplo—sigue diciendo—, si alguien vende trigo a mayor precio del que marca la ley humana, comete hurto y quebranta, por eso mismo, el derecho natural (3).

A veces—prosigue el autor—la ley divino-positiva ilustra la natural, y la humana la perfecciona, en cuanto a su eficacia práctica, dándole una mayor fuerza coactiva, mediante la imposición de penas gravísimas contra los transgresores de aquélla. Pero aun así—enseña Aragón—, aunque se derive de la natural y se subordine a ella, entre una y otra existen muchas diferencias.

*Difieren*: 1.º Por razón de la causa eficiente—u origen—, pues la causa eficiente del derecho natural—derecho aquí se toma en sentido de ley—es Dios, mientras que la causa eficiente del derecho positivo humano es el hombre. 2.º, se diferencian por razón de la causa formal o ejemplar que en el derecho natural es *lumen naturalis rationis*; en tanto que en el humano el ejemplar y norma es el mismo derecho natural, pues en tanto el derecho humano es bueno y recto, en cuanto está conforme con el derecho natural. 3.º, se distinguen por razón de la obligación, ya que el derecho natural obliga a todos y siempre, y es inmutable, mientras que el derecho positivo ni obliga a todos, ni siempre y puede cambiar. 4.º, discrepan en que, para que una cosa sea de derecho natural es necesario que se deduzca en buena y evidente consecuencia, de los primeros principios prácticos; en tanto que el derecho positivo no se deduce, en buena y evidente consecuencia, del derecho natural, sino que se conforma simplemente con él (4).

(2) Fray Pedro de Aragón: "*De justitia et jure*", quaest. 60, art. 65 y q. 57, art. 62, pág. 9. Usamos la edición de Salamanca de 1590 revisada por el autor y existente en nuestra Real Biblioteca de El Escorial.

(3) *Ibid.* quaest 57 art. II, pág. 9.

(4) Fray Pedro de Aragón: "*De justitia et jure*", quaest. 57, art. II, páginas 9-10.

Las mismas diferencias establecen Suárez, Molina, el P. Bartolomé Miguel Salón, O. S. A., y cuantos trataron de esta materia. Hubo, no obstante, ciertas discrepancias en cuanto a la extensión del concepto de la ley natural, y por tanto, respecto a la determinación del límite que la separa de la positiva.

Unos restringen el concepto de derecho—o ley—natural a los primeros principios, sin extenderlo a las consecuencias. Otros como Suárez (5) lo amplían a todas las consecuencias y aplicaciones próximas y evidentes que pueden conocerse y demostrarse por la luz de la razón.

Aragón expone el concepto de ley natural en el primer sentido. En el texto arriba transcrito afirma: "Cuando decimos que el derecho natural obliga a todos y siempre y es invariable, se ha de entender en cuanto a los primeros principios, pues de los segundos preceptos, es decir, de las consecuencias y aplicaciones de esos principios, ya dijimos que son variables por especiales circunstancias, aunque generalmente obliguen siempre y a todos" (6). "Ya que ni todos los conocen, sea por falta de inteligencia para ver la necesidad de la ilación o por otras circunstancias, a las cuales tienen que atender" (7).

Esta fué su opinión; pero entendida del modo que sigue, aplicada a la ley penal, en cuanto es sanción de delitos naturales. "El derecho natural—afirma el jurista agustino en el mismo lugar—dicta que los criminales deben ser castigados. De esto se deduce, en buena consecuencia, que los ladrones y los herejes son dignos de castigo, y así expresado, es de derecho natural. Pero que se queme al hereje y se ahorque al ladrón, no se sigue como consecuencia lógica de la ley natural, aunque esté conforme con ella; siendo esto último de derecho humano" (8).

Tenemos, por consiguiente, que, según Aragón, las leyes positivas humanas se subordinan a la ley natural y de ella se derivan; no por consecuencia necesaria, o por modo de conclusión, necesariamente deducida de los principios naturales, sino por modo de especificación o determinación. Tales son las leyes que establecen penas contra los malhechores. El castigo de los culpables es de derecho natural; pero el determinar la clase de penas aplicables pertenece a la ley positiva humana, derivándose, por consiguiente, de las naturales por arbitrio y disposición del hombre y no de un modo necesario, y estando, desde luego, conformes siempre con el derecho natural del cual dimanan. Por esto, tales leyes no son de derecho natural, sino de derecho positivo humano. Las mismas ideas repiten otros muchos autores para demostrar la relación de subordinación en que se encuentra la ley positiva respecto de la natural.

(5) Suárez: "Tractatus de legibus ac D<sup>e</sup>o legislatore", lib. II, cap. V.

(6) Fray Pedro de Aragón: "De justitiæ et jure", quaest. 57. art. II, página 10.

(7) Ibíd. quaest. 57, art. II, pág. 8.

(8) Ibíd. quaest. 57, art. II, pág. 10.

## LA LEY HUMANA CONSIDERADA EN SÍ MISMA

Trátase al presente de ver en qué consiste la ley humana según Pedro de Aragón. El jurista agustino prescinde de todas las definiciones de la ley propuestas por otros autores y da una explicación, hasta cierto punto personal, de la misma. Contra Escoto, Castro, Suárez y algunos otros teólogos y juristas que ven en la ley un acto de la voluntad, y enfrente a Sto. Tomás y sus seguidores, que dicen ser un acto de la inteligencia—“ordenatio rationis”—, Aragón, al igual que Gregorio de Rímimi, Becano y quizá el mismo Suárez, sostiene, aunque no lo expresa con estas palabras, que no es ni lo uno ni lo otro exclusivamente, sino un acto, a la vez, de la inteligencia y de la voluntad. Opinión media, ecléctica: la ley—en su sentir—es obra simultánea de la voluntad y del entendimiento “quoddam imperium rey probatae per iudicium et voluntatem”: o mejor, si cabe, “vis quaedam imperans id, quod principis iudicio, et voluntate probatur”.

Él mismo explica la anterior definición diciendo que en la ley deben distinguirse dos cosas: una, el imperio, la fuerza imperativa, y otra, la ordenación de lo preceptuado al bien común. El imperio constituye la esencia de la ley, es como el alma de la misma, y lo que la diferencia del simple consejo. “No basta, afirma, para que el rey o príncipe sea legislador, que juzgue de la conveniencia de hacer algo, o piense hacerlo; es preciso que ordene ejecutar una cosa determinada, no con exhortaciones o consejos, sino con un mandato eficaz”. En el imperio o mandato eficaz del legislador van implícitas dos fuerzas, *directiva* una y *coactiva* la otra, y ambas pertenecen a la esencia de la ley. Y así, la ley es fuerza *directiva*, en cuanto que, estableciendo aquello que dicta la razón, indica la norma de lo que se ha de hacer. Es *fuerza coactiva*, porque amén de preceptuar lo recto, lo bueno, manda con eficacia cumplirlo. Para aclarar esta doctrina trae la metáfora del fuego. Así como el fuego es luz y fuerza combustiva, así también la ley es una doctrina, que como la luz, guía y tiene la virtud de obligar y castigar (9).

El otro elemento esencial de la ley—elemento teleológico—es la ordenación de lo preceptuado al bien común, que es lo que hace que sea *recta* (10). Y tan convencido está de esto último, que en otro lugar nos dice, “cesando el bien común, debe cesar necesariamente la ley”. Todo ello se deduce de la función propia del que preside la comunidad. “El rey o príncipe—afirma—en tanto tiene potestad para hacer leyes, en cuanto preside la república y es su ministro; pero como su misión u oficio es fomentar y proteger el bien común, síguese que es de la esencia de la ley su ordenación al bien común” (11).

(9) Ibid. quaest. 62 art. 3, págs. 220-221.

(10) Ibid. quaest. 62, art. 3, pág. 221.

(11) Ibid. quaest. 67, art. 2, pág. 466.

Mas una ley, para ser recta—enseña Aragón—, primero ha de procurar el bien común y luego el particular. El legislador bueno debe parecerse a Dios, que procura el bien del universo y no sólo de sus partes. Le compara, además, con un buen médico que se preocupa de restituir la salud a todo el cuerpo del enfermo y no solamente a uno de sus miembros (12).

Asimismo, Aragón, señala concretamente el bien común al que se ordena la ley. Como las comunidades, a las que se imponen las leyes, son diversas, así es distinto el bien común para cada una de ellas, ya que se propone lograr un bien ordenado a su misma naturaleza. Tratándose de la sociedad universal, el bien común será la armonía de las partes entre sí. Para la comunidad sobrenatural, el bien común es la visión de Dios. El bien común de una nación, ciudad o pueblo es la tranquilidad en la justicia y la riqueza. Pero estos bienes, propios de cada comunidad, no son independientes entre sí, sino que al igual que las comunidades, se subordinan entre sí; el bien común de la ciudad se subordina al de la nación; el de la nación, al de la sociedad universal; y como en el hombre la naturaleza se subordina a la gracia, el bien común natural se subordina al espiritual. En general, el bien inferior, se subordina al superior (13).

#### OBLIGACIÓN DE LAS LEYES HUMANAS

El teólogo agustino estudia este tema con cierta amplitud y como materia previa al estudio de la obligación de las leyes penales.

Se pregunta el autor si la autoridad humana puede imponer leyes que obliguen en conciencia a pecado. El efecto propio y característico de toda ley en general, es crear un ligamen, una obligación; en esto coinciden todos los juristas. Discrepan, sin embargo, cuando se trata de este problema en lo referente a las leyes humanas y con respecto a su alcance. Se pregunta: Esa obligación que las leyes humanas crea, ¿es una obligación meramente jurídica, o también teológica? Marsilio de Padua, Wicief, Huss, Calvino y quizá en parte el célebre canciller de la Universidad de París, Gersón, etc.; se declaran por la primera hipótesis.

Nuestro Pedro de Aragón, en conformidad con el sentir de Santo Tomás (14), sostiene, por el contrario, que las leyes humanas, así eclesiásticas como civiles pueden obligar en conciencia, siempre que sean justas, citando para ello varios textos tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento (15), y termina aduciendo esta razón: “Tanto la

(12) *Ibíd.* q. 58, art. 5 pág. 33.

(13) *Ibíd.* q. 67, art. 2, págs. 466-467.

(14) 2.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup> quaest. 62, art. 3.

(15) I.<sup>a</sup> Petr. cap. II.<sup>o</sup>, ad Rom., 13.

potestad civil como la eclesiástica son necesarias para que el hombre pueda vivir bien y con felicidad, siendo por lo mismo obligatorias en conciencia, ambas clases de leyes humanas. Es necesaria la primera, porque sirve para mantener la paz entre los hombres; y lo es la segunda porque los conduce a los bienes espirituales de la otra vida, en los que consiste la verdadera y auténtica felicidad. Ahora bien, si ambas potestades no pudieran obligar en el foro de la conciencia, serían poco menos que inútiles, ya que la potestad del príncipe no valdría gran cosa, si los súbditos no estuvieran obligados a obedecer en conciencia las leyes por él dadas (16).

### *Razón y fundamento de la obligación de las leyes humanas*

Presupuesta la potestad de las leyes humanas para obligar en conciencia a su observancia, Aragón busca el fundamento de ello, y lo pone, no en la voluntad sola del legislador, sino en cuanto se subordina su potestad a la potestad divina y a la ley eterna, a semejanza de lo que ocurre con todas las causas segundas con relación a sus efectos. “Del mismo modo—dice—que en el orden natural las causas segundas producen sus efectos no absolutamente y por sí mismas, sino en cuanto reciben el influjo o moción de la causa primera, así también en el orden natural, la potestad humana, que es como las causas segundas; produce sus efectos, uno de los cuales es obligar a los hombres en conciencia a su observancia y cumplimiento, no absolutamente y por sí misma, sino en cuanto está subordinada a la potestad divina y a la ley eterna”. De donde deduce que dicha obligación se deriva de una doble voluntad: la del poder humano que dicta el precepto, y es como la causa segunda, y la de la potestad divina y la ley eterna que manda, en general, que lo preceptuado por las potestades humanas se tenga por ratificado y confirmado (17).

A continuación se plantea una duda, a saber, si aquella obligación nace de la voluntad del legislador o más bien de la materia preceptuada, contestando que “una es la causa de que la ley obligue, y otra distinta la de obligar más o menos”. La razón de lo primero es la fuerza imperativa puesta en la ley por la potestad legítima; que obligue más o menos, depende de la mayor o menor conformidad de lo preceptuado con el bien común. Esto supuesto, de la voluntad del legislador depende que la ley por él dada obligue en el fuero de la conciencia, porque en su voluntad está limitar la fuerza imperativa de la ley, sin la cual no es propiamente ley ni obliga. Pero, una vez establecida la ley, no de-

(16) Fr. Pedro de Aragón: “*De iustitia et iure*”, quaest. 62. art. III, página 219.

(17) Pedro de Aragón, In 2.<sup>am</sup> 2.<sup>o</sup> Divi Thomae: “*De iustitia et iure*”, tomo II, quaest. 62. art. III.

pende de la voluntad del legislador que obligue más o menos, esto es, bajo culpa mortal o venial, porque el hecho de obligar más o menos una ley procede de que la cosa preceptuada sea más o menos exigida por el bien común (18).

La consecuencia que saca es lógica: el legislador no puede obligar *sub levi* en materia grave, ni *sub gravi* en materia leve. De esta doctrina infiere que los preceptos y normas de las Constituciones de los religiosos, propiamente hablando, no son leyes, sino "ciertos decretos de hombres prudentes, más con fuerza de consejo que de ley, porque les falta un elemento esencial de la ley, que es el *mandato*".

LAS LEYES HUMANAS, ¿PUEDEN OBLIGAR A SU OBSERVANCIA  
CON PELIGRO DE MUERTE?

Aragón propone esta nueva cuestión acerca de la obligación de las leyes humanas y se pregunta: Cuando sobreviene peligro de muerte, ¿cesa la obligación de las leyes humanas de manera que puedan ser infringidas sin culpa, o por el contrario, dicha obligación subsiste y por lo mismo han de observarse aún con peligro de muerte?

Después de señalar la opinión negativa de algunos juristas, y la extremista de Cayetano (19), según la cual, cualquier ley humana obligatoria bajo pecado mortal o venial, obliga también a su observancia con peligro de muerte, el jurista agustino, previas algunas aclaraciones, expone su parecer, que es un término medio entre las dos teorías anteriores.

A) Como doctrina general tiene por cierto que las leyes humanas pueden obligar a su observancia con peligro de muerte. En su confirmación aduce un argumento claro. "Los hombres—dice—son parte de la república, compuesta de muchas partes. Ahora bien, el compuesto puede exponer a peligro alguna de las partes que componen el todo, siempre que sea preciso para conservar y defender el bien público, por lo tanto, la república puede exponer a peligro la vida de sus individuos para conservar, bien el interés común, bien su propia existencia y la permanencia del todo." Ni obsta—observa contra las razones de quienes lo niegan—que el hombre haya de preservar su vida por derecho natural, puesto que exponer la vida a peligro por defender la república o al amigo es siempre bueno y honesto, amén de que el derecho natural que manda conservar la vida, autoriza también a cada compuesto—u organización—arriesgar la parte para conservar el todo.

B) No es, sin embargo, Aragón tan extremista que imponga tal obligación siempre, como Cayetano, sino que distingue acertadamente tres casos:

(18) *Ibid.* quaest. 62, art. III, pág. 221.

(19) I. 2. q. 96, art. IV.

1.º Si el peligro de muerte va inherente intrínsecamente a la observancia de la ley, es decir, siempre que dicho peligro nazca de la misma ley, de modo que haya sido previsto y advertido por el mismo legislador, como, por ejemplo, cuando en caso de invasión, el jefe intima a los soldados la orden de ataque, en cuyo caso la ley humana obliga aun con peligro de muerte, porque si las leyes humanas pueden obligar de este modo, y se establece una ley de cuya observancia intrínsecamente se sigue el peligro de muerte, es claro que el legislador, aún así, quiere obligar; de lo contrario, no impondría dicha ley, de cuya observancia ve se sigue intrínsecamente el peligro de morir.

2.º Si el peligro de muerte por la observancia de la ley es accidental y proviene de fuera—conminaciones, amenazas, por ejemplo—y se infiere en odio o desprecio de la ley y de la religión, entonces sigue obligando, aun con peligro de la vida, pues siempre que el bien público y común corre algún riesgo, los ciudadanos están obligados a procurarlo, promoverlo y defenderlo, aun con exposición de su vida.

3.º En todos los demás casos la ley humana no obliga a su observancia con peligro de la vida, ya que el legislador, al dar las leyes, debe atender al bien común sin descuidar el privado; mas el mayor bien privado de cada individuo es la vida, por lo que debe tener cuidado de no exponerla a peligro por cualquier motivo fútil o baladí (20).

De esta doctrina deduce aplicaciones prácticas a casos particulares, en que las leyes humanas e incluso divinas, no obligan con peligro de muerte, recordando con este motivo aquella célebre distinción de los moralistas “*aliqua esse mala, quia prohibita, et alia prohibita, quia mala*”, y añade que lo intrínsecamente malo nunca es lícito hacerlo ni aún para evitar el peligro de muerte. En cambio, lo que es malo únicamente por estar prohibido, es lícito hacerlo siempre que sea preciso para evitar el peligro de muerte, con excepción de los casos referidos en los apartados anteriores (21).

## LAS LEYES PENALES

El estudio de Fray Pedro de Aragón acerca de este punto es muy breve. Únicamente se ocupa de los efectos obligatorios de dichas leyes y en la forma en que lo hacían los teólogos de su época. Al igual que ellos, trata de la obligación de la ley penal, principalmente bajo el aspecto moral o teológico que a ellos correspondía, concretándose, por tanto, a investigar si la ley penal obliga en conciencia o puede ser quebrantada sin culpa moral, grave o leve, según los casos.

Aunque es cierto que no debe confundirse el aspecto moral con el jurídico, no lo es menos tampoco, que entre uno y otro no puede esta-

(20) *Ibíd.* quaest. 62, art. III, pág. 224.

(21) *Ibíd.* quaest. 62, art. III, pág. 224.

blecerse una separación absoluta. Las doctrinas fundamentales son las mismas, porque al fin el derecho es ley moral, y por lo mismo, nadie negará que la obligación de conciencia o moral es un poderoso refuerzo agregado a la eficacia intimidadora de la pena. Porque si abundan los hombres que sólo por temor a la pena se deciden a observar el precepto con ella sancionado, existen también otros muchos, para quienes el temor a la culpa tiene más fuerza que el temor a la pena, conforme al pensamiento del poeta:

Noluerunt peccare boni virtutis amore;  
Noluerunt peccare mali formidine poenae.

Es conocidísima la disputa entre los juristas y moralistas católicos sobre la llamada "teoría de las leyes meramente penales". Nadie coloca su origen más allá de Santo Tomás. ¿Es el Ángel de las Escuelas el autor de esta doctrina? Si nos atenemos a los estudios más modernos hemos de decir que en Santo Tomás se encuentran algunas frases, ciertos como rasgos que convienen a las leyes puramente penales; pero no la teoría misma; es decir, que Santo Tomás no se propuso la cuestión debatida.

Es el Doctor Solemne, el célebre Enrique de Gante, quien primeramente defendió en la Universidad de París, con conciencia de su alcance, dicha teoría, que más tarde nos dejó escrita en el tercero de sus "Aureos Quodlibetos" (22). Un siglo más tarde recoge esta misma doctrina, y hasta la defiende impetuosamente, el piadoso y docto Juan Gersón, canciller de París. Pero al presente se pregunta: ¿Puede sostenerse que las Reglas de los religiosos han dado origen a la teoría de las "leyes puramente penales"? Así lo afirma, al menos, G. Renard, basándose en el Capítulo que en 1236 celebraron los Padres Dominicos en París. No obstante, parece más aceptable la opinión siguiente: Las Reglas de los religiosos no influyeron en el origen de la "teoría de las leyes puramente penales"; brotó ésta independientemente de aquéllas. Las Reglas han influido después y muy eficazmente dando estabilidad a la teoría y una mayor extensión al campo en que se aplicó.

Pasamos a continuación a examinar la opinión de Fray Pedro de Aragón sobre el epígrafe enunciado: ¿Admite nuestro jurista las leyes puramente penales? ¿Qué son para él? ¿Es probable su teoría? He aquí el asunto de nuestro trabajo. Para desarrollarle nos basta leer el artículo III de la cuestión 62, "De restitutione", de su obra "In II, II commentaria". Reza el enunciado del artículo III: "Utrum sufficiat restituere simplum, quod injuste ablatum est" (23); leyendo hasta la mitad del artículo y examinando someramente el contenido del mis-

(22) *Ibíd.* quaest. 22.

(23) *Ibíd.*, quaest. 62, art. III, pág. 218.

mo, nos ofrece materia más que suficiente para poder expresar su opinión respecto a este particular. La doctrina desarrollada en el mismo es bastante clara y ordenada.

#### CONCEPTO.

Ley penal, para Aragón, es la que manda o prohíbe algo poniendo a la vez una pena a los violadores del precepto. Precepto y pena constituyen la ley penal, según este autor.

#### *Obligación de dichas leyes.*

Como la ley penal consta de dos elementos, el precepto y la pena, la cuestión, según el teólogo agustino, comprende estos dos problemas parciales: Primero, el precepto penal, esto es, lo que la ley manda o prohíbe bajo amenaza de una pena a los desobedientes, ¿obliga en conciencia y bajo culpa moral o teológica a su cumplimiento? Segundo, infringido el precepto, ¿obliga en conciencia la pena prescrita por la ley para sus infractores? Nos encontramos ante el primer paso que se da bajo el influjo de las Reglas de los Religiosos. A estos dos problemas se reduce el estudio del P. Aragón, y es tal la importancia que da a la solución afirmativa de ambas cuestiones que sin ella juzga destruída la eficacia de la ley penal.

Estudiemos brevemente el problema. El ya citado Doctor christianissimus, Juan Gersón, juzga que solamente Dios puede dictar leyes y preceptos cuya transgresión sea tan dañosa que ligue al hombre a pena eterna. De tal sentencia deduce que ninguna ley puramente natural o puramente humana, en cuanto tal, puede obligar al hombre "ad culpam". Entre nuestros teólogos y jurisconsultos, cita Juan de Salas (24), como defensores de opiniones algo semejantes a la de Gersón y, por tanto, limitando excesivamente la fuerza obligatoria de la ley penal y la potestad del legislador para obligar en conciencia al cumplimiento del precepto penal, a Martín de Azpilcueta, Luis Gómez, Gregorio de Valencia, y más que nadie, Fernando Vázquez de Menchaca, que expresamente se declara partidario de la doctrina de Gersón, siempre que se concrete al legislador civil, afirmando terminantemente que éste ni quiere ni puede obligar en conciencia a sus súbditos.

A esta argumentación, que demuestra que las teorías pactistas fueron aplicadas al Derecho de penar algunos siglos antes que el Marqués de Beccaria escribiese su famoso tratado "Dei delitti e delle pene", añade el mismo Menchaca otra prueba en favor de su aserto, fundada

(24) "Comentaria et disputationes", disput. XV, sect. 1.<sup>a</sup>, 1609.

en la imposibilidad, por parte del legislador humano, de hacer efectiva la pena eterna que resultaría de la transgresión grave de sus preceptos, y sería absurdo admitir la potestad para imponer dicha pena en quien no la tiene para ejecutarla, puesto que toda potestad se da para que se ejercite (25).

No obstante lo dicho, para Pedro de Aragón, probada ya la potestad del legislador humano para obligar en conciencia al cumplimiento de sus leyes, y supuesto el fundamento de dicho poder, la solución contraria es lógica y concluyente, y así nos dice que no existen leyes meramente penales, leyes que no obliguen en conciencia, ya que es de la esencia de la ley, según él, que imponga un precepto con obligación moral de cumplirlo: "obligatio ad culpam". No basta que la obligación recaiga sobre la pena; es preciso que esta obligación de conciencia, que es de esencia de la ley, recaiga directa e inmediatamente sobre la parte dispositiva de la ley, prescindiendo si—además—se impone o deja de imponerse pena alguna. Por lo mismo, opina nuestro autor, que una ley que no obliga *ad culpam* no es verdadera ley. Sería como afirmar—dice—que lo blanco es negro. *Ley*, vimos que lleva consigo imperio, obligación en conciencia. Por tanto, para él no tiene sentido la pregunta: "¿Existen leyes puramente penales?" Es un postulado que presupone en el artículo III que examinamos: de ahí que escriba esto: "Verissimum est quod leges poenales non sunt proprie leges, nec continent verum imperium, atque ex consequenti nec obligent ad culpam."

De idéntico modo se expresan Bartolomé de Medina, Pedro de Lorca y Concina. El mismo Menchaca confiesa que su opinión acerca de la potestad del legislador para obligar en conciencia o en el fuero interno es opuesta a la comúnmente aceptada por los teólogos y jurisconsultos, según los cuales las leyes civiles y penales obligan regularmente en el fuero de la conciencia, con tal que no sean inicuas y hayan sido dictadas por autoridad legítima.

Francisco Suárez sienta, como principio indiscutible, que el legislador humano tiene potestad para obligar en conciencia al cumplimiento de sus preceptos, aunque a ellos agregue una pena para los infractores, afirmando que la ley que impone tal obligación "puede ser muy conveniente para la república; más bien, la experiencia enseña que en muchos casos es necesaria, y por otra parte, no contiene injusticia alguna" (26). El mismo razonamiento reproduce más tarde Castro Palao (27).

Los autores discuten si existen leyes que, siendo tales en sentido estricto, no obliguen en conciencia. Y en general se responde que sí. Nuestro profesor salmantino, como vemos, da la negativa como pos-

(25) *Controversiarium illustrium aliarumque usu frequentium*, libri tres, 1572, libro I, cap. XXIX, núm. 2.

(26) "*De legibus*", lib. V, cap. III, núm. 2.

(27) "*Summa moralis*", tract. III, disp. I, punct. 14.

tulado, y lo único que discute es si, por el mero hecho de que el legislador sancione con penas la no observancia de sus decisiones, se sigue que éstas no obliguen bajo pecado, es decir, que dejen de ser *leyes* y pasen a ser *consejos* que obliguen solamente a sufrir la pena tasada para su cumplimiento. No pregunta si las leyes penales pueden ser *puramente penales*, sino si las leyes, por la mera sanción penal que las defiende, dejan de ser leyes y se reducen a “decretos de hombres prudentes”, pero sin fuerza para obligar, opinando que no, y la única excepción que admite es que el legislador lo diga así “*verbis expressis*”.

Esta afirmación que acabamos de sentar no la deja nuestro jurista suspendida en el aire. Refuta las razones contrarias y propone las suyas. He aquí, a modo de ejemplo, una de ellas: “*Poenā appositā in lege, ex se et ex natura sua ostendit quod legislator habuit voluntatem imperandi et condendi legem obligatoriam.*” O sea, todo lo contrario de lo que deducen los adversarios. La pena y la culpa, según él, son correlativas. Por tanto, si el legislador establece una pena es porque su ley era obligatoria *ad culpam*. Y como consecuencia lógica de las palabras anteriores, sigue diciéndonos: “*omnes leges etiam poenales obligant in conscientia ad culpam, nisi contrarium explicetur a legislatore*”.

Su pensamiento está, por consiguiente, claro. Las Reglas y Constituciones de los religiosos no son leyes, y no son leyes porque no imponen una obligación moral. Su lógica es impecable. ¿Cómo obligan, pues, estas Reglas y Constituciones? No es conciencia; es decir, bajo pecado, por que no son leyes.

Así, pues, esta cuestión previa se reduce a averiguar si las leyes penales son verdaderas leyes o meros consejos sin fuerza obligatoria, por la sencilla razón de contener penas para los infractores. Los que niegan al legislador humano la potestad de dictar leyes penales que obliguen en conciencia, necesariamente han de seguir esta última opinión. Ya el mismo Alfonso de Castro dedica una buena parte de su conocida obra, “*De potestate legis poenalis*”; a combatir el error de los que opinan que la pena agregada al precepto de la ley exime de culpa (28) “Son tantos—dice—los que han errado, que ya se acepta, como una especie de proverbio, que ninguna ley penal obliga a su transgresor a culpa alguna, porque basta que quien quebranta la ley se exponga al peligro de la pena por la misma ley impuesta.” Y asegura que este error ha causado muchos daños en las almas (29).

Con análogas razones, y en los mismos o parecidos términos, combatieron otros muchos juristas y teólogos la peregrina solución de que venimos tratando, fijándose todos especialmente en que la pena agregada al precepto no libra al infractor de culpa, sino más bien la supone o la confirma.

(28) De potestate legis poenalis, praefatio.

(29) *Ibid.* lib. I, cap. VIII.

Según Diego Covarrubias, tal opinión “es indefendible, pues si fuese verdadera, las leyes humanas perderían casi toda su fuerza, y poco aprovecharían el cuidado y diligencia de los legisladores si la pena que ellos agregaron a las leyes para mayor vigor de las mismas las hicieran más débiles” (30).

“No siendo dudoso para ningún católico—agrega Gabriel Vázquez—que el legislador puede ligar con sus leyes las conciencias de los súbditos, nadie dudará tampoco que no menos puede obligarles imponiendo una pena que no imponiéndola.” Y cita una ley de Felipe II acerca de la tasa del trigo, que, por voluntad expresa del legislador, obliga en conciencia, no obstante de imponer pena temporal a los transgresores (31).

Pedro de Aragón, como moralista pensador y de criterio bastante independiente, sienta la siguiente conclusión: “La pena añadida al precepto, por sí misma y por su naturaleza, demuestra que el legislador, al penarla, lejos de eximir de culpa, tiene voluntad de imperar y hacer una ley obligatoria, corroborando el vínculo de dicho precepto y haciendo más grave la culpa de la infracción.” Esto supuesto, aduce varias razones para probar la conclusión arriba enunciada. Siendo la primera de las mismas que si la pena dice relación a la culpa, es evidente que cuando el legislador establece penas para los infractores de la ley demuestra que tiene voluntad de imponer una ley obligatoria a culpa. La pena aquí—dice—se toma en sentido jurídico, en cuanto es castigo, defensa, suplicio. Mas infligir penas no es lícito sino cuando hay culpa. Por consiguiente, la pena indica que la ley penal es obligatoria por voluntad del legislador.

La segunda razón es porque si el legislador ordena algo simplemente sin imponer pena, todos tienen tal precepto por una ley obligatoria en conciencia y que el legislador tuvo intención de obligar. Luego “a pari” cuando da una ley penal, porque la pena impuesta en la ley es signo de que el legislador quiere imponer en conciencia lo que ordena.

Y por fin—y es la tercera razón—en las leyes penales se imponen penas desiguales; mas el legislador no obraría de ese modo si no juzgase que con la transgresión de aquellas leyes se dan culpas desiguales, para que así el castigo sea acomodado a la medida de las culpas.

Aduce en confirmación el ejemplo de la primera ley de Dios, impuesta a nuestros primeros padres en el estado de inocencia, en la que se amenazó con pena acerbísima porque su prevaricación era también muy grave. Esto supuesto, expone ya la solución del primer problema en la siguiente conclusión: 1.º Todas las leyes penales obligan en conciencia y no pueden quebrantarse sin culpa, a no ser que el legislador declare expresamente lo contrario. 2.º Que pueden, no obs-

(30) In reg. Peccatum. De regulis juris, lib. VI... comentarii.

(31) “*Commentariorum et disputationum*”, disput. 159, cap. I.

tante, darse leyes penales que obliguen a la pena sola y no a la culpa, si el legislador así lo quisiere y suficientemente lo expresare. Esta conclusión es consecuencia de la doctrina anterior.

Del mismo modo opina Vázquez cuando demuestra, con ejemplos y razones, que, así como existen leyes penales que sólo obligan *ad poenam*—contra Soto—, así también hay otras muchas, las llamadas *mixtas*, que, constando de un precepto expreso y una pena, producen dos obligaciones: una *ad culpam*, derivada del precepto, y otra *ad poenam*, en caso de infracción (32).

Este pensamiento de Vázquez parece confirmado por todas las legislaciones penales, antiguas y modernas, que, fundadas en los principios más elementales de justicia, reconocen e imponen, en caso de delito, las dos obligaciones: la de reparar el daño causado, que nace de la obligación anterior de observar el precepto, y la de sufrir la pena, sin que baste al infractor cumplir una de estas obligaciones para eximirse de la otra; luego una y otra subsisten conjuntamente. Cierto es que estas obligaciones son de orden jurídico, pero su verdadero fundamento está en las respectivas obligaciones morales de cumplir el precepto, de sufrir la pena si aquél no se cumple y de reparar el daño, si es posible y en la medida de lo posible, en la misma hipótesis. Si la pena dada en la ley es signo de que el legislador quiere obligar a culpa, es evidente que las leyes penales obligan en conciencia, si no se declara expresamente lo contrario (33).

Es cierto—dice—que el legislador puede hacer que las leyes o preceptos impuestos por él no obliguen en conciencia. Como quiera que la obligatoriedad de semejantes leyes tiene por fuente inmediata al que la da, éste bien puede despojarla de esa obligatoriedad a culpa declarándola con la debida antelación. De hecho, ésa ha sido y es la común estimación del pueblo hoy día.

Puede imponer las leyes, no mandando seriamente, sino más bien aconsejando y dando ciertas normas rectas, como hacen los legisladores de Ordenes religiosas en sus Constituciones; pero si manda en serio alguna cosa y no declara expresamente lo contrario, ya no está en su potestad hacer que tal ley no obligue en conciencia, porque es de esencia de la ley el que, una vez mandada una cosa en serio, los súbditos estén obligados a obedecerla (34).

Luego refuta uno a uno los argumentos de la opinión contraria, y dice: En la ley penal el legislador no deja en libertad a los súbditos para que elijan entre el cumplimiento de la ley o sufrir la pena; quiere, por el contrario, que cada uno observe la ley, y para moverlos más eficazmente a ello, los intimida con las penas. Ejemplós de esto los encontramos en número muy crecido en el Antiguo Testamento;

(32) "*Manuale confessoriorum*", dispos. 159, cap. I y II.

(33) Fr. Pedro de Aragón. "*De justitia et jure*", quaest. 62, art. III, página 224.

(34) *Ibíd.* q. 62, art. III, pág. 224.

cuando Dios imponía leyes obligatorias en conciencia añadía penas gravísimas para inducir a los hombres a observarlas u omitirlas, si- quiera por el miedo al castigo, sobre aquello que estaban obligados por la ley natural a hacer o no hacer (35).

Sentadas las anteriores conclusiones, podría muy bien plantearse este segundo problema: ¿Están obligados en conciencia los infractores a cumplir la pena? Aragón distingue dos casos: después de la sentencia condenatoria y antes de dicha sentencia. En el primer caso admite sin discusión ni distingos la obligación en conciencia de sufrir la pena, es decir, están obligados a no resistir al juez o sus ministros cuando ejecutan la pena. En el segundo caso, esto es, si los transgresores están igualmente obligados en conciencia a sufrir los castigos antes de la condena del juez, ofrece ya alguna mayor dificultad; para solucionarla acude a la célebre distinción de penas “*latae et ferendae sententiae*”, afirmando que los transgresores de las normas sancionadas con penas “*ferendae sententiae*” no están obligados a sufrir el castigo antes de la sentencia condenatoria del juez.

Mantiene, no obstante, la duda cuando habla de los violadores de preceptos sancionados “*ipso jure vel ipso facto*” con penas, y se pregunta: ¿El transgresor está obligado en conciencia a sufrir en este caso la pena señalada por el precepto y esto antes de la sanción condenatoria de los tribunales? Como las leyes penales son de por sí odiosas—dice—, y teniendo presente que la interpretación de las mismas se ha ajustado, durante largo tiempo a normas encaminadas, en gran parte, a favorecer al reo—“*in dubio pro reo, in dubio mitius, favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*—, siempre que el legislador mande alguna cosa bajo la amenaza de una pena se ha de sobrentender que habla de penas no “*latae*”, sino “*ferendae sententiae*”, a no ser que se diga expresamente en la misma ley o precepto que los transgresores del mismo incurrir en las penas allí señaladas “*ipso facto*” o “*ipso jure*”, sin esperar sentencia o dictamen alguno condenatorio del juez, y en cuyo caso, en conformidad con el sentir de Alfonso de Castro, expuesto en sus dos obras “*De justa haereticorum punitione, et de lege poenali*” (36), estarán obligados en conciencia a soportar las sanciones señaladas por la ley penal, aun antes del fallo condenatorio de los tribunales, deduciéndose, por lo mismo, que el hereje, una vez caído en el crimen de herejía, queda, “*ipso facto*”, privado del dominio de sus bienes y obligado en conciencia a entregarlos al fisco para provecho de la república y comunidad.

Idéntico parecer sostienen gran número de canonistas, y cuyas opiniones recoge Córdoba en su lib. I, q. 36, declarándose, por el contrario, opuestos a la opinión anterior, primeramente Santo Tomás y más tarde Cayetano con la mayor parte de los juristas posteriores.

Aragón vuelve a distinguir, dentro de las penas impuestas “*ipso*

(35) *Ibid.* q. 62, art. III, pág. 224.

(36) Alfonso de Castro: “*De justa haereticorum punitione*”, cap. VI, “*et de lege poenali*”, lib. II, cap. VIII y IX.

facto” por las leyes, las que consisten simplemente en la privación de un derecho y cuyo cumplimiento obliga siempre en conciencia, aun antes de la sentencia del juez, de las otras “*quae requirunt aliquam actionem passioni adjunctam, sive actio sit ex illis, quae commodius fiunt a nocente, sive ex illis, quae fiunt commodius a iudice, vel a ministris*”, y a cuyo cumplimiento no están obligados los transgresores antes del fallo del juez, diciéndonos que las leyes, si no quieren pasar a la categoría de cosas muertas, necesitan tanto de jueces como de ministros ejecutores que las hagan cumplir; ahora bien: así como nadie puede ser recto y justo juez en su propia causa, del mismo modo nadie puede ser justo e imparcial ministro ejecutor para hacerla cumplir en su misma persona, no estando, por consiguiente, obligado a sufrir la pena antes de la condena de los tribunales encargados del fallo, confirmándolos con hechos tan palpables y evidentes, al par que opuestos a nuestra propia naturaleza, como sería el caso del que habiendo cometido un crimen que permanece oculto e ignorado tuviera que condenarse a sí mismo a la pérdida de su patrimonio, pena de destierro e incluso la misma muerte, haciendo, por lo tanto, de juez, reo, acusador y testigo de su propia causa (37).

Finalmente, nos habla del reo que en juicio niega la verdad de los hechos por él realizados y por lo mismo se libra del castigo y penas marcadas por la ley, sosteniendo que, en conciencia, queda obligado a cumplirlos, no obstante la sentencia absolutoria de los tribunales humanos; pero por no hacernos demasiado pesados nos abstenemos de todo género de pormenores y razonamientos, pasando a exponer brevemente nuestro juicio crítico respecto a las ideas de Fray Pedro de Aragón, dadas a conocer a través de las páginas anteriores.

*Examen crítico de las ideas mantenidas por nuestro jurista Fray Pedro de Aragón.*

No dudamos que Fray Pedro de Aragón es en esta materia—como en todas las que trata—un autor profundo. Sin embargo, con todo el respeto, nos permitimos poner algunos reparos a su doctrina sobre las leyes penales: 1.<sup>o</sup> No aceptamos la conclusión de que el legislador no pueda obligar nunca *sub levi* en materia grave; lo contrario sí lo admitimos con todos los autores. 2.<sup>o</sup> No juzgamos muy probable que por el hecho de que una ley obligue sólo a la pena deje de ser verdadera ley; por lo menos, si aceptamos la definición clásica de Santo Tomás: “*Ordinatio rationis ad bonum commune...*”, el bien común se puede procurar con la sola sanción de la falta jurídica, sin que exista falta moral. 3.<sup>o</sup> Aceptamos, con Aragón, que de la protección de la ley por medio de la pena no se deduce que no obligue en conciencia; para esto es necesario que el legislador lo diga expresamente (Aragón), o que

(37) Fr. Pedro de Aragón: “*De justitia et jure*”, q. 62, art. III, pág. 227.

se dé—a nuestro parecer—alguna de las condiciones que anotaremos en seguida. Diferimos en esta apreciación tercera en lo siguiente: Este precepto que por voluntad expresa del legislador no obliga *ad culpam*, es para nosotros, como hemos dicho, verdadera ley, y obliga a cumplir el castigo impuesto por no observarla (38), antes o después de la sentencia judicial, corroborando nuestra afirmación con las siguientes palabras de Suárez: “Si el legislador puede obligar en conciencia al cumplimiento de sus preceptos y agregar al precepto una pena contra los infractores, podrá también lo uno sin lo otro” (39). Idéntica opinión mantienen el moralista Tomás Sánchez (40) y el jurisconsulto Covarrubias (41). Más radical, en este punto, es Juan Salas, al negar, o poco menos, la existencia de las leyes puramente penales, coincidiendo en ello con nuestro Pedro de Aragón.

Para la existencia de las leyes puramente penales deben darse, a nuestro juicio, alguna de las siguientes o similares condiciones: a) La declaración expresa del legislador, como ocurre con algunas constituciones o estatutos de las Ordenes religiosas. b) La forma de expresarse la ley, como la que, sin imponer precepto alguno, prescribe que pague un tanto quien exportare, por ejemplo, trigo, o quien cazare en algún lugar o tiempo. c) Que la ley sea abiertamente inútil o pernicioso. d) Que su observancia resulte muy difícil o moralmente imposible... Fuera de estos casos y alguno que otro, para que una ley no obligue más que a la pena, nos parece necesaria la expresa declaración del legislador.

Por tanto, admitimos, con Aragón, que por la sola sanción penal de una ley no se puede deducir que no obliga en conciencia: “Nam illa appositio poenae potius est signum quod legislator non utcumque vult fieri id quod praecipit, sed quod vehementissime vul. siquidem poenam sumit de transgressoribus.” (42). En este aspecto nos parece coincidir casi en absoluto con la nueva teoría del P. Ulpiano López, S. J. (43).

San Lorenzo de El Escorial, 17-VI-1949.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAGÓN, FRAY PEDRO DE, O. S. A.: “*De justitia et jure*”. Salamanca, 1590.  
 BALLERINI: “*Opus theologicum morale*”, t. VII. Index scriptorum.  
*Dictionnaire de la Teolo. cathol.*, I. 1728-1729.  
 ESPERABÉ ARTEAGA, E: “*Historia de la Universidad de Salamanca*”, t. II. Salamanca, 1917.

- (38) Fr. P. de Aragón: “*De justitia et jure*”, q. 62, art. III, pág. 226.  
 (39) “*De legibus*”, lib. V, cap. IV, núms. 1 al 12.  
 (40) *Opus morale in praecepta Decalogi*, 1613, lib. III, cap. IX, núms. 32 y siguientes.  
 (41) In reg. Peccatum..., pars. II, núm. 4.  
 (42) Fray Pedro de Aragón, ob. cit., pág. 225.  
 (43) “*Periodica*”, t. 22 (1938) y 29 (1940), págs. 203 y 23, respectivamente.

- FERNÁNDEZ-ALVAR, C.: "La ley". Editorial Labor, 1936.
- GUTIÉRREZ MARCELINO, O. S. A.: "Fray Luis de León y la Filosofía española del siglo XVI". El Escorial, 1929.
- HERRERA, TOMÁS, O. S. A.: "Historia del Convento de San Agustín de Salamanca". Madrid, 1652.
- HURTER: "Nomenclator literarius". Insbruck, 1892.
- LANTERI, J., O. S. A.: "Postrem socculo sext.", t. III.
- NICOLÁS ANTONIO: "Bibliotheca nova" t. II.
- MONTES, JERÓNIMO, O. S. A.: "Introducción al estudio de la ley penal según las doctrinas de los moralistas y jurisconsultos españoles". "La ciudad de Dios", tomos CXXI y siguientes.
- SOLANA, MARCTAL: "Historia de la Filosofía española del siglo XVI". Madrid, 1942.
- SANTIAGO VELA, GREGORIO DE, O. S. A.: "Ensayo para una biblioteca iberoamericana de la Orden de San Agustín", t. I. Madrid, 1913.
- VIDAL, MANUEL, O. S. A.: "Los agustinos de Salamanca". Salamanca, 1751.

## RÉSUMÉ

*C'est bien comme la dispute que les juristes et les moralistes catholiques ont soutenu sur ce qu'on appelle "Théorie des Lois purement pénales".*

*C'est le Docteur Solennel, Henri de Gand, qui a défendu cette théorie à l'Université de Paris, et l'a laissée écrite dans le troisième de ses Aureos Quodlibetos. Un siècle plus tard, c'est Jean Garson, chancelier à Paris, qui recueillit cette même doctrine.*

*Mais il se demande: est-ce qu'on peut soutenir que les Règles des religieux ont originé la "Théorie des Lois purement pénales", ou tout au contraire, celle-ci poussa indépendamment des autres? Fray Pedro de Aragón, grand philosophe et juriste classique de l'école salmantine dans la deuxième partie du XVIème siècle, a résumé sa doctrine sur cette affaire dans ses deux oeuvres "De fide, spe et charitate", et de "Justitia et jure", qui ont plus de mille pages chacune, publiées par lui même et qui sont un commentaire à ces questions de la Summa Theologica, de St. Thomas.*

*D'après Aragón, les lois positives humaines se subordonnent et se dérivent de la loi naturelle, pas par conséquence nécessaire ou à la manière d'une conclusion, nécessairement déduite des principes naturels mais pas spécification ou détermination. Telles sont les lois qui établissent des peines contre les malfaiteurs. Le juriste augustin ne fait pas attention aux définitions sur la loi données par les autres auteurs et nous donne un explication un peu personnelle de la même.*

*Une fois presupposée la puissance des lois humaines pour obliger en conscience à leur observance, il cherche ses raisons pas dans la volonté seule du législateur, mais dans la mesure dans laquelle sa puissance se subordonne à la puissance divine et à la loi éternelle. Il en déduit que cette obligation se dérive d'une double volonté: celle du pouvoir humain qui est celui qui dicte le précepte, et qui est comme la cause seconde, et celle de la puissance divine et de la loi éternelle qui ordonne,*