

## ÓRDENES, PROHIBICIONES, PERMISOS Y CASTIGOS

El tratamiento de las características de la ley permite situar a Suárez entre los más agudos juristas de la Escolástica. Si resultan interesantes las cuestiones sobre la promulgación y la permanencia de la norma, el análisis sobre la obligatoriedad de la ley y sobre los efectos de ésta merecen consideración especialmente atenta.

Preguntarse sobre la obligación (“necesidad moral”) que impone la ley, inclina a tomar en cuenta que existen leyes permisivas, punitivas y los llamados privilegios. Suárez sostiene que, aun tratándose de éstas, cabe hablar de “cierta” obligación, “cierta necesidad de obrar o de no obrar”. El argumento desarrollado minuciosamente en *De Legibus*, es que “la ley es un mandato que emana de la voluntad eficaz de obligar de quien tiene potestad para ello. Ahora bien, la voluntad eficaz, dando por supuesto el poder, produce el efecto. Luego obliga”.<sup>69</sup>

Las leyes permisivas son leyes en cuanto implícitamente contienen preceptos sin los cuales no podría entenderse la permisión como especialmente otorgada por la ley. Suárez trae la glosa de Accursio cuando utiliza el ejemplo de una ley del código, en la que se permite al soldado entablar recurso, alegando su ignorancia, una vez dictada sentencia contra él. Efectivamente, esa ley permisiva obliga al juez a admitir tal recurso. Las leyes punitivas llevan a Suárez a una doble distinción: un aspecto de ellas afecta al juez que ha de infligir la pena; otro, al reo que ha de sufrirla. “En el primer sentido puede decirse que aquella ley introduce una obligación —y la impone al juez— de castigar tal delito en la medida establecida por la ley (en cuanto al reo), aunque alguna ley no obligue en conciencia al acto por cuya transgresión se impone la pena, obliga al menos a realizar el acto o a pagar o sufrir el castigo”.<sup>70</sup>

Sobre los privilegios distingue la finalidad que pueden perseguir. Algunos se conceden con miras a algún bien común y respecto de los cuales no cabe la renuncia de los particulares. Suárez invoca el ejemplo del fuero eclesiástico, al que no pueden renunciar los clérigos “por haberse concedido no en consideración a su persona, sino a la dignidad clerical”.<sup>71</sup> Este privilegio es ley con absoluta propiedad, no sólo respecto a los demás, a quienes se ordena respetar tal privilegio, sino incluso

<sup>69</sup> Suárez, Francisco: *De Legibus*, lib. 1, cap. 14, núm. 4.

<sup>70</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 14, núms. 6 y 7.

<sup>71</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 14, núm. 9.

respecto del propio clérigo al que se ordena haga uso de él. “En esta disposición del superior encontramos una perfecta fuerza obligacional (*vis obligandi*); no le falta nada para ser ley.”<sup>72</sup> Cuando se trata de privilegios otorgados en consideración al bien particular de las propias personas, no constituyen ley por lo que ve a quién se concede “pues no le obliga desde el momento en que puede renunciar a él”. En cambio —observa Suárez— respecto de los otros que han de respetar ese privilegio, tiene verdadero carácter de ley; lleva consigo un mandato que obliga a respetar tal inmunidad. De otra forma este privilegio sería ineficaz.

Es interesante retener una de las tesis que Suárez expone en esta ocasión. Admite —respecto de los consejos— que su emisión no requiere potestad propia de un superior, y por lo tanto no pueden ser considerados como leyes. Sin embargo, aprueba la proposición de la glosa de Acursio en el sentido de que la ley no sólo manda sino que también aconseja, “*aun cuando, en realidad, esto no lo haga formalmente como ley, sino por añadidura*”.<sup>73</sup>

La posición en el tópic sobre “la obligación de la ley” es: no existe ésta sino es en cuanto impone obligación. La promesa y cualquier tipo de contrato obligan en virtud de la ley. Estas son conductas que producen consecuencias en virtud de una ley.

Al abordar la obligación como *efecto* de la ley, Suárez se ciñe al método escolástico, pero discute la afirmación que ve en la obligación efecto el único y total de aquélla. Cuatro son, “según los autores”,<sup>74</sup> los efectos de la ley, lo que contrariaría la tesis de que la obligación es el efecto adecuado, es decir, el único y total de la ley. Si “la esencia” de la ley radica en el mandato y la obligación es tal en virtud de la ley, parecería que cualquiera otra consecuencia es irrelevante o accidental. Los cuatro efectos aludidos (*ordenar, prohibir, permitir y castigar*) resultarían distinciones superfluas. Parece que ordenar y prohibir son, formalmente, lo mismo y sólo materialmente se diferencian. La prohibición constituye un cierto mandato u orden. Prohibir no es más que ordenar que no se haga algo. Y a la inversa: una orden representa cierta prohibición. La permisión como tal no es un efecto del mandato, sino se produce aparentemente más bien por ausencia del mismo. Tampoco el castigo es efecto de la ley, sino que parece provenir del juez (o del legislador).<sup>75</sup>

Suárez justifica la distinción entre mandato y prohibición. “Ambos efectos quedan comprendidos bajo la obligatoriedad de la ley. Sin em-

<sup>72</sup> Suárez, Francisco. *loc. cit.*

<sup>73</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 14, núm. 11.

<sup>74</sup> Suárez cita a Herennio, a Modestino y a Tomás de Aquino.

<sup>75</sup> Cfr. Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 15, núm. 1.

bargo, imponen la obligación de diferente manera... La ley no sólo puede obligar a hacer, sino también a no hacer.”<sup>76</sup> Es importante la distinción, porque mientras la ley que impone una obligación de hacer “la impone en un tiempo determinado”, la que impone una abstención lo hace respecto de todo momento.

Sobre la permisión, Suárez examina la posición de Tomás de Aquino, quien “la explica de modo que parece hacerla consistir en la no existencia de mandato o prohibición”. Así, se permite todo aquello que ni se manda ni se prohíbe. De Aquino sostiene que “la materia de la permisión son los actos indiferentes o los actos que son poco buenos o poco malos”. Suárez busca una explicación menos insatisfactoria, porque entiende que hacer consistir la permisión en una no existencia de mandato o prohibición, impide considerarla como efecto de la ley, y lleva a pensarla como efecto de la negación de la ley. “La permisión así entendida no impone obligación, ni es efecto de ella. Luego no puede ser efecto de la ley.”<sup>77</sup>

La afirmación de Tomás de Aquino sobre la materia de la permisión es insostenible. Los actos que son “poco malos” no los permiten ni la ley eterna ni la ley natural. Además, en ocasiones, la ley permite actos gravemente malos, como la muerte de la adúltera. En lo que ve a los actos buenos, algunos ni se manda ni se prohíben; ellos son materia de consejo.

Suárez intenta caracterizar la permisión y distingue al efecto la que obedece a una forma puramente negativa y la regulada mediante una ley positiva. Para la primera no se precisa dar ley alguna; basta con no establecer ninguna que la prohíba. A veces —reconoce— el acto es de tal naturaleza que no puede prohibirse ni mandarse. Esas negaciones de prohibición no proceden de la voluntad del legislador. Para reconocer una permisión legal es preciso, en cambio, “algún decreto o voluntad del legislador. Entonces sí cabe decir con exactitud que el acto está positivamente permitido. Esta permisión reviste una forma especial, por razón de la cual la calificamos como efecto de la ley”.<sup>78</sup>

Los casos de permisión que examina Suárez le permiten sostener que esa no consiste en una pura negación de prohibición, “sino que produce algo positivo en torno a la negación”. Cuando la permisión se aplica a un acto por lo demás bueno, no sólo no lo prohíbe, sino que, incluso por ser bueno, confiere una positiva facultad o licencia, o un determinado derecho a él. Cuando la ley dice que el hombre valiente pida el premio, no sólo se lo permite negativamente, sino que le concede un

<sup>76</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 15, núm. 4.

<sup>77</sup> Suárez Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 15, núm. 5.

<sup>78</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, Cap. 15, núm. 8.

derecho especial para exigir tal recompensa y para trabajar con la esperanza de él, en razón de la virtual promesa de esa misma ley. En igual sentido, a la ley que otorga un favor, cuando no obliga a aceptarlo, sino que deja en libertad para renunciar a él, la llamamos permisiva. Aunque no legisla sólo negativamente, sino que concede algo positivo. Cuando por el contrario, la ley permite un mal, respecto al cual no lo dispensa, confiere no un derecho, sino una impunidad. Si lo dispensa, confiere inmunidad de culpa “lo cual es mucho más”. Conclúyese, entonces, que la ley permisiva lleva siempre consigo un precepto que obliga a alguien y de alguna forma. Aun cuando no obligue, a modo de mandato, a aquellos a quienes va dirigido. Así, por ejemplo, la permisión “no obliga al mutilado a hacerse clérigo, sino que existe para él una permisión concessiva (*ut sic dicam*)”. Pero obliga, en cambio, al prelado a no rechazarle por ese motivo.

Si para algunos el castigo no es efecto de la ley, Suárez sostiene que ésta, al imponer como necesario un acto “virtuoso u honesto”, hace, en consecuencia, que el transgresor de la ley sea merecedor de castigo. Supuesta la ley, el acto es desordenado y ese merecimiento de castigo es consecuencia intrínseca de la malicia del acto. Por el hecho de ser la ley la que señala la pena, el transgresor se hace reo y merecedor de tal castigo. “Este es el sentido en el que decimos que esa pena es un efecto de la ley.” Suárez distingue este aspecto (merecimiento) de la imposición efectiva de la pena. En efecto, la ley natural “aun cuando *haga o manifieste* que un acto es malo, sin embargo, por ser meramente natural no fija la forma y cuantía del castigo. Bajo ninguna razón puede comprenderse que estas determinaciones (la clase de mal, su intensidad, su duración) no se hagan sino por decreto de una determinada voluntad libre”. Lo ordinario es que la ley<sup>79</sup> imponga la pena de forma indirecta o mediata, moviendo u obligando a una persona a imponer el castigo en virtud de la ley. Aun cuando el juez sea la causa próxima del castigo, sin embargo, “*por ser la ley una especie de primera determinante del juez, decimos que esa pena es un efecto de la ley*”.

Se entiende entonces la distinción entre los cuatro efectos citados y la forma en que la ley los produce:

bien inmediatamente en el caso de la obligación, la prohibición o la concesión, bien mediatamente cuando se trata de la ejecución o castigo. Queda clara también una especie de orden entre sí de estos efectos: los dos primeros —mandar y prohibir— se buscan directa y fundamentalmente, y, en cierto modo, pertenecen a la sustancia de la ley. En esto radica la diferencia con los otros dos que son como accesorios y añadidos para ayudar

<sup>79</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 15, núm. 13.

a la ley en orden a conseguir con mayor facilidad y eficacia los dos primeros efectos. Por otra parte, los dos primeros efectos se diferencian entre sí como la afirmación y la negación... Oposición semejante, poco más o menos, mantienen entre sí la permisión y el castigo, ya que la primera otorga impunidad o incluso favor, y la segunda procede al revés, como es evidente.<sup>80</sup>

Suárez debe advertir que los efectos citados convienen predicarse de la ley cuando “ley” significa un conjunto de preceptos, y no cuando designa cada una de las leyes particulares pues “es cierto que no todos los efectos mencionados pueden aplicarse a cada una de las leyes, ya que algunos de ellos son opuestos entre sí. En primer lugar, la ley prohibitiva no es preceptiva y viceversa”. Estos dos efectos sirven para distinguir dos especies de preceptos que guardan entre sí una oposición en cierto modo contradictoria. Para Suárez nada importa la eventual afirmación de que la ley que ordena un acto prohíbe su omisión, ya que esa prohibición se reduce a una afirmación, pues es una negación que se aplica a otra negación, esto es, a la omisión y dos negaciones afirman.

Si la prohibición y la obligación respecto de la misma materia, “o de las cosas que directa y fundamentalmente mandan” nunca pueden darse juntas en la misma ley, el castigo en cambio “va siempre unido de alguna manera a cada una de las leyes y a los dos primeros efectos, al menos en cuanto que toda transgresión hace al transgresor merecedor de castigo”. Añade “en todo orden de leyes se precisa mandar y prohibir algo y también es inherente a toda ley una fuerza coactiva (*vis cogens*) que haga a sus transgresores merecedores del castigo”.<sup>81</sup> La permisión parece de difícil tratamiento. No hay duda de que las leyes civiles permiten muchas cosas. La ley natural también concede muchas cosas de una forma permisiva más bien que preceptiva (por así decirlo), por lo que se refiere a los particulares a quienes tal concesión se hace. “Así, por ejemplo, permitió que los hombres se repartieran y apropiaran las cosas, pues es de derecho natural que puedan repartírselas y convertirlas en propiedad privada. Pero no es derecho natural en sentido preceptivo, ya que podían los hombres no habérselas repartido y no convertirlas en propiedad privada. Luego este derecho natural es permisivo.”<sup>82</sup>

La permisión de los actos indiferentes es permisión jurídica, porque la ley natural se refiere a ellos no de una manera meramente negativa “sino que juzga y dispone positivamente que tales obras son indiferentes”.

<sup>80</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 15, núm. 16.

<sup>81</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 16, núm. 4.

<sup>82</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 16, núm. 7.

En consecuencia —concluye Suárez— no son de suyo disconformes con la naturaleza racional ni tampoco de suyo honestas. De ahí que sean de tal naturaleza que las pueda permitir cualquier otra ley.

La determinación de cuatro efectos en la ley puede ser cuestionada, porque, observa Suárez, las leyes fijan el precio de las cosas, establecen la forma de los contratos, testamentos, etcétera, “dando a tales formalidades carácter de esenciales, de manera que los actos realizados de modo distinto carezcan de validez. Este efecto tienen también las anulaciones de los contratos, la inhabilitación de las personas para determinados cargos”.<sup>83</sup> La ley también transmite la propiedad, deroga otras leyes, concede beneficios y otorga recompensas (esto último, advierte Suárez, es tan propio de la ley como el castigo). Suárez sostiene que “cabe decir, con bastante posibilidad, que no hay ninguna ley que no realice con toda propiedad alguno de los cuatro efectos citados y, por el contrario, que no existe efecto alguno de la ley que no esté incluido en ellos”. La ley obliga a hacer o a no hacer, pues ambos términos son entre sí contradictorios y no admiten término medio. “Por tanto, no hay ley que, al menos en cuanto que obliga a alguno, no lleve consigo un mandato o prohibición, aunque, bajo otros aspectos, puede producir otros efectos.”<sup>84</sup>

Suárez considera entonces al poder coactivo, al que corresponde forzar a la obediencia sea de las leyes preceptivas, sea de las prohibitivas, “objetivo que se logra por medio de la amenaza del castigo (*quod fit per comminationem poenae*)”.<sup>85</sup> La permisón, en cuanto efecto de la ley es reconsiderada partiendo de la “distinción vulgar” de la doble virtualidad de la ley —*directiva* y *coactiva*— de la que hablan Tomás de Aquino y Cayetano. La primera consiste en obligar en conciencia y la segunda en someter y obligar al castigo. La permisón depende en parte de la potestad *directiva* y en parte de la *coactiva*. La fuerza *directiva* manifiesta y determina que el hombre debe permitir una cosa y no castigarla. De esta manera ordena la propia permisón y fuerza a su observancia.

Suárez intenta demostrar la segunda parte de la tesis: no existe efecto alguno de la ley que no esté incluido en los cuatro citados. Así, fijar el precio de las cosas puede ser mandato, prohibición o permisón. Afirma que “tales leyes se dan de ordinario por medio de una prohibición: que tal cosa ni se venda más cara ni se compre más barata del precio fijado. En ocasiones puede mandarse dos cosas: que la cosa se venda y que se venda a tal precio. “Si queremos enfocarlo como precepto

<sup>83</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 17, núm. 1.

<sup>84</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 17, núm. 3.

<sup>85</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. 1, cap. 17, núm. 5.

afirmativo (la fijación del precio) se establece mediante una especie de condición o limitación de las formalidades del acto y no exigiendo la realización del acto, es decir: si uno quiere vender o comprar hágalo a tal precio.”<sup>86</sup> Sobre la forma de los actos humanos, que incluye el tópico de la nulidad de los contratos y la incapacitación de las personas, ha de sostenerse que están establecidos por mandatos, en cuanto que la ley determina una forma de realizar los actos y por prohibiciones, en cuanto los anula. “Esto último presenta dificultad: para la anulación no basta la prohibición. La prohibición, como tal, no elimina la posibilidad de realizar un acto, sino que lo hace ilícito. La anulación priva de la facultad de actuar válidamente. La anulación se distingue de la prohibición, pero va siempre unida a la prohibición y parece que tiene carácter de castigo. Suárez discute esta última característica: la ley impone anulaciones o inhabilitaciones como castigos, pero no siempre (“la inhabilitación del sacerdote para el matrimonio no es un castigo, ni lo es tampoco la invalidez del matrimonio celebrado sin el párroco y sin testigos”). Invalidar o inhabilitar es prescripción contenida en una prohibición o en una obligación. “La invalidación puede producirse de dos maneras: fijando la forma esencial —de manera que si falta, el acto no es válido— o prohibiendo en absoluto el acto. Lo primero se efectúa ordenando la forma en que tales actos han de realizarse o bien prohibiendo que se hagan de modo distinto.”<sup>87</sup> Respecto de la prohibición absoluta se toca el tema de la invalidez.

Si se considera la transmisión de la propiedad de las cosas, este efecto está contenido dentro de la categoría del mandato, “toda vez que la ley determina que el dueño es éste y no aquél. Y lo determina otorgando positivamente la propiedad, pues de otra forma no podría tener eficacia su mandato”.<sup>88</sup> Podría alegarse que la transmisión de la propiedad es función de la soberanía. El soberano ejerce este poder cuando determina que uno adquiera la propiedad y otro la pierda. “Sin embargo —replica Suárez—, lo lleva a cabo mediante un precepto, dada la conveniencia de que sea una ley la que fije la forma de adquirir la propiedad y que una vez adquirida, sea firme e intangible.”<sup>89</sup>

La derogación de la ley —efecto aparente de otra ley— cae también en uno de los cuatro efectos considerados por Suárez: la prohibición. “Si la ley manda que una ley anterior no se cumpla, ni se le considere ley, tal derogación tendrá carácter de prohibición.”<sup>90</sup>

En lo que ve a la concesión de beneficios y otorgamiento de premios,

<sup>86</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 17, núm. 6.

<sup>87</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 17, núm. 9.

<sup>88</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 17, núm. 11.

<sup>89</sup> Suárez, Francisco: *loc. cit.*

<sup>90</sup> Suárez, Francisco: *op. cit.*, lib. I, cap. 17, núm. 12.

sostiene que “ocurre con los beneficios lo mismo que con los privilegios. . . Si se consideran desde la perspectiva de quienes tienen que prestar ese favor o respetar el privilegio, caen dentro del precepto o de la prohibición”. Del premio afirma que “en las leyes se da con mucha más frecuencia la imposición de un castigo que el otorgamiento de una recompensa. Los jueces se ven más obligados ordinariamente a castigar a los transgresores que a dar premios a quienes cumplen las leyes. Este es el motivo de que el castigo se cuente entre los efectos de la ley y no el premio”.