

Derecho de evasión y principio de humanidad:
Notas de Francisco Suárez sobre la obligación
penal y la fuga de presos

*Right to Escape and Principle of Humanity:
Francisco Suárez on Obligation in Penal Law
and the Escape from Prison*

Por LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

RESUMEN

A comienzos de la Edad Moderna, el teólogo Francisco Suárez admite la legitimidad de la fuga en el supuesto de durísimas condenas o si la cárcel fuese demasiado insalubre, porque el privilegio de la vida es máximo. Las leyes que castigan el quebrantamiento de condena son leyes puramente penales. La doctrina de las leyes pura o meramente penales no solo fue la versión embrionaria del tratamiento jurídico de la conciencia sino una manera de consolidar al poder soberano porque se está justificando que la legitimidad del mismo no depende en todos los casos de la efectividad de sus normas.

Palabras clave: Suárez, leyes meramente penales, castigo, derecho de fuga, principio de humanidad, derechos humanos, estado de necesidad.

ABSTRACT

In the Early Modern Age the theologian Francisco Suárez admits the legitimacy of the escape from prison when the penalties are very harsh or if the prison was too unhealthy, for the privilege of living is highest. The laws that punish evasion are purely penal laws. The doctrine of purely penal laws was not only the embryonic version of the legal treatment of conscience but a way to consolidate the sovereign power because it is justifying the legitimacy of that not in all cases depends on the effectiveness of its rules.

Key words: Suárez, purely penal laws, punishment, right to escape, principle of humanity, human rights, defense of necessity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL DERECHO PENAL DE LA EDAD MODERNA.-3. SUÁREZ, LAS LEYES Y LAS PENAS. 3.1 *Penas muy graves: la pena de muerte.* 3.2. *Penas de destierro, cárcel y flagelación.* 3.3 *La pena de galeras.* 3.4 *Una valoración retrospectiva.*-4. LEYES «PURAMENTE PENALES».-5. CONCLUSIÓN: NATURALEZA HUMANA, PERMISOS Y ESTADOS DE NECESIDAD.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. CRIMINAL LAW IN THE EARLY MODERN PERIOD.-3. SUÁREZ, LAWS AND PENALTIES. 3.1 *Very severe punishment: the death-penalty.* 3.2 *Banishment, imprisonment, and flogging.* 3.3 *Sentence to Galley.* 3.4 *A retrospective Evaluation.*-4. PURELY PENAL LAWS.-5. CONCLUSION: HUMAN NATURE, PERMISSIONS, AND DEFENSE.

1. INTRODUCCIÓN

Por una vía extraña para nuestras mentalidades actuales se abre paso en los siglos modernos lo que parece ser el reconocimiento excepcional del criterio de humanidad en la ejecución penal.

Queremos indagar sobre la posible anticipación del reconocimiento del principio de humanidad en el pensamiento de Francisco Suárez, como paradigma de una versión ontologista del derecho. Este objetivo se hace necesario porque los juristas de la edad moderna, sobre todo los canonistas y aún más los teólogos reconocían a los prisioneros un derecho natural de escaparse, un *ius fugiendi*, cuando su vida estuviese en peligro. Ese pretendido derecho de fuga era consecuencia del reconocimiento de la vida como un don divino indisponible y de la

tendencia innata de todos los seres creados a conservar la existencia. Sin embargo Suárez califica a las leyes que sancionan las fugas de la cárcel como leyes puramente penales, lo cual suponía en apariencia rebajar la importancia de la evasión porque esa conducta del preso que incumple la condena no era considerada por el teólogo como una conducta pecaminosa y, por lo tanto, en el foro de la conciencia no habría pecado ni culpa.

Suárez admite el derecho de fuga cuando la vida del preso esté en peligro, ya sea porque hubiera sido condenado a la pena de muerte o porque las condiciones de cumplimiento de otras penas corporales fueran tan incómodas que sobrepasaran el máximo de lo tolerable desde la perspectiva de una pena justa. La colisión entre el deber de cumplir la pena y el derecho de fuga plantea la cuestión de congruencia que intenta solucionar el autor incorporando lo que llama el beneficio o privilegio de la vida. Esto hace posible interpretar ese supuesto derecho natural de fuga en clave suareciana como un permiso que incorpora estados de necesidad justificantes en la dimensión moral y que podrían también tener repercusiones jurídicas. A pesar de la proximidad terminológica con algunas categorías jurídicas posteriores y de que Suárez contribuyera en gran medida a la futura difusión del sentido del derecho como facultad o intensificase la fundamentación contractualista del poder político, es innecesario presentarlo como precursor de los derechos humanos individuales ni del reconocimiento embrionario del principio de humanidad penal en sentido estricto. Suárez carecía de la herramienta normativa de los derechos humanos, no argumentaba con ellos ni siquiera los necesitaba para solucionar problemas de justicia material. Para él la finalidad primordial de la comunidad política y del derecho es mantener el contexto moral y social adecuado para fomentar el bien común; solo de manera indirecta, en cuanto el orden político y las leyes cumplan su función, obtienen beneficio también los individuos¹.

Promovemos la comprensión de aspectos fundamentales de una tradición clásica de pensamiento iusnaturalista a partir del análisis de institutos peculiares que pueden aproximarlos a otras preocupaciones más

¹ En este sentido, algunos modernos suaristas como John Patrick Doyle han destacado la contribución de Suárez a la «infraestructura» de los derechos humanos, pero esto no ha de entenderse en sentido liberal pues lo mezclan con la existencia de los derechos de las repúblicas o estados (derecho y obligación de existir, derecho a la autodefensa, a defender su honor, su territorio, derecho a defender a personas inocentes). *Vid.* DOYLE, J. P., «Suárez on Human Rights», en *id.*, *Collected Studies on Francisco Suárez, S. J. (1548-1617)*, editados por Víctor M. Salas, Leuven, Leuven University Press, 2010, pp. 333-356, en pp. 346-347. Steven J. Brust interpreta los derechos humanos conforme a la tradición católica de la ley natural, precisamente como había intentado Suárez, para quien los derechos son secundarios respecto de la verdad. *Vid.* BRUST, S. J., «Retrieving a catholic tradition of subjective natural rights from the late scholastic Francisco Suárez, S. J.», *Ave Maria Law Review*, vol. 10/2, 2012, pp. 343-363.

actuales, en esta ocasión al reconocimiento de la dignidad de las personas y el respeto de los derechos de los presos a un trato humano.

Para ello comenzaremos por comparar brevemente las características del sistema jurídico penal ilustrado con el modelo del Antiguo Régimen, mostrando la diferencia profunda entre ambos, aun cuando aparezcan rasgos esporádicos de legalidad penal también en la primera edad moderna y con anterioridad. A continuación centramos el análisis de la obligación moral de cumplimiento de las leyes penales en la doctrina de Francisco Suárez, siguiendo algunas de sus reflexiones sobre modalidades penales especialmente graves. Al hilo de los comentarios de Suárez aparece el reconocimiento del *ius fugiendi* o derecho de fuga de los presos cuando la pena que les haya sido justamente impuesta, sin embargo, se ejecuta en condiciones inhumanas que hacen presumir que el preso va a perder la vida. Por nuestra parte, interpretamos ese pretendido derecho natural de fuga utilizando la propia terminología suareciana como un permiso o tolerancia que no es en rigor un derecho sino que quiere recoger las circunstancias excepcionales que eximen de culpa en el foro interno de la conciencia, aunque no eximen del castigo por la evasión. Concluimos señalando alguna constante antropológica que ha de tenerse en cuenta también en nuestros días, en los que reaparecen modalidades punitivas que parecían superadas y que reciben demasiado soporte social. Lo cual refleja la desazón y los miedos que amenazan con apoderarse de nuestro mundo hipermoderno, donde jamás deberíamos perder el respeto por la débil condición de las personas, sea cual sea su procedencia geográfica o cultural y su condición social.

2. EL DERECHO PENAL DE LA EDAD MODERNA

Está casi por completo asumido que la humanización de las penas se desarrolla sistemáticamente a raíz de la publicación por Cesare Beccaria en 1764 de su tratado *Dei delitti e delle pene*, iniciador de las bases para desarrollar una política criminal humanista. Aunque ello no se entiende sin la profunda aportación previa del pensamiento cristiano y del impulso del humanismo renacentista, siendo rigurosos tendríamos que considerar que hasta ese momento no habría existido una transformación ideológica que abogara por la incorporación a los sistemas jurídicos europeos de los principios de legalidad en sentido estricto ni los de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. Todos ellos están vinculados a la afirmación central de la dignidad de la persona, una de cuyas materializaciones será el principio de humanidad en Derecho penal. Es difícil considerar su existencia antes de que se reivindicquen la proscripción de la tortura y cualesquiera tratos crueles, inhumanos y degradantes, la abolición de la pena de muerte y de las penas corporales. El desarrollo del mismo supone ahondar en las fun-

ciones rehabilitadoras de la pena y, todavía avanzando más en el tiempo, prestar atención a las víctimas².

Esto no se concreta antes de la difusión de las ideas ilustradas y la construcción institucional del Estado de Derecho. Sin embargo, para reconocer hitos potenciales del pensamiento filosófico jurídico a través del curso histórico tenemos que explorar elementos que podrían asemejarse a un cierto principio de legalidad penal, entendido con laxitud; para ello hemos de analizar sin prejuicio contextos pretéritos con sus particulares esquemas argumentativos y terminologías que, si respondían a problemas permanentes de la sociedad humana, quizás hayan subsistido en mayor medida de lo que suponemos, aunque hayan sido en apariencia reformulados utilizando la gramática de la dignidad y los derechos humanos³.

Durante el Antiguo Régimen se fueron incorporando en las diversas fuentes normativas enunciados de hechos considerados como infracciones o delitos, una manera de reconocer una cierta tipicidad penal embrionaria; ahora bien, por entonces aún había una descripción fragmentada de los tipos penales y cabía la discrecionalidad ejemplarizante para el caso de delitos atroces⁴. Como indica Prieto Sanchís, en la Ilustración la innovación determinante se centra en pos-

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 209-225; id., «The Principle of Humanity in Penal Law», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 82, 2011, pp. 457-476; ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, pp. 11-36; TORÍO LÓPEZ, A., «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 69-82; ZAFFARONI, E. R., «Humanitas en el derecho penal», *Cahiers de defense sociale. Pour une Politique Criminelle Humaniste*, n.º 37, 2011-2012, pp. 7-24; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 254 ss.

³ Esto supone retroceder algo más allá de la Ilustración, de donde parte por ejemplo Joachim Hruschka, a quien parafraseo en esta ocasión, para mostrar algunas raíces de «nuestro propio lenguaje y la perspectiva teórica a él vinculada» que están en deuda con la filosofía práctica de aquel periodo. Cfr. HRUSCHKA, J., «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant», *Anuario de Derecho Penal*, T. 57, 2004, pp. 5-17, la cita en la conclusión al final.

⁴ ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 302-309 (sobre delitos atroces); ÁLVAREZ CORA, E., «Tipicidad y fragmentariedad criminal en la España moderna», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 20, 2013, pp. 207-233; DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1991; HESPANHA, A. M., «De iustitia a disciplina», en íd., *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, trad. A. Cañellas Haurie, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203-273; RAMOS VÁZQUEZ, I., «La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la edad moderna», *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, núm. 26, 2004, pp. 255-299; THÉRY, J., «Atrocités/enormités. Pour une histoire de la catégorie de “crime énorme” du Moyen Age à l’époque moderne», *Clio@Themis. Revue électronique d’histoire du droit*, n. 4, 2011, pp. 1-76 “halshs-00656685”; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969; VILLALBA PÉREZ, E., *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a*

tular una estricta legalidad que no meramente impone al juzgador el deber inexcusable de someterse a la ley para determinar la existencia de comportamientos punibles sino que «*implica un requerimiento al propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean precisas, claras y dotadas de una denotación empírica taxativa*»⁵.

Es verdad que desde siglos atrás había pretensiones de suprimir la pluralidad de autoridades normativas y que teóricamente al menos desde Bodino se construye el poder supremo circunscribiendo la potestad penal a la autoridad pública. El *ius puniendi* es una marca de la soberanía, que suprime la autotutela y la venganza privada, con la salvedad de los supuestos de legítima defensa y estados de necesidad. Los castigos se aplican por una autoridad pública, en efecto, pero no sólo perviven de manera residual las excusas doctrinales comprensivas con los duelos sino que todavía se deja la resolución de los conflictos y la gestión de la disciplina social a otras instancias, como la familia, las comunidades locales o a la intervención de los clérigos.

Durante la larga etapa de predominio del *ius commune* fue produciéndose también una cierta solidificación del principio de culpabilidad en cuanto que la pena estricta requiere acreditar la responsabilidad individual; sin embargo, se admite una extensión de las consecuencias penales a otros sujetos inculpables por una causa justificada. Esto suponía extender a los familiares del condenado un castigo que sufrían sin haber tenido participación en el delito: confiscación de bienes, la tacha de infamia, restricción del acceso a oficios y beneficios públicos. Se consideraba que ellos no sufrían una pena como tal sino simples perjuicios o incomodidades. Esta imposición de castigos desprendidos de la culpabilidad personal supone, en realidad, complementar una visión retribucionista de la penalidad (en la cual es ineludible la conexión de la pena con la culpabilidad personal) con algunos aspectos que consideran su funcionalidad ejemplarizadora y muestra los peligros para la libertad personal de fundamentar la represión penal en criterios utilitaristas⁶.

Se reiteraba también durante los siglos XVI y XVII la necesidad de que el juez se atuviera a las leyes (el juez no puede conmutar las penas ni imponerlas a su arbitrio), pero en la práctica el juez tenía gran dis-

comienzos del siglo XVII, Madrid, Actas, 1993; WEISSER, M. R., *Crime and punishment in early modern Europe*, 2.^a ed., Brighton, Harvester Press, 1982.

⁵ PRIETO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Dirs.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 493.

⁶ El carácter consecuencialista del utilitarismo ha dado lugar a fuertes ataques desde enfoques deontológicos y a correlativas estrategias de defensa, como señala con brevedad BETEGÓN, J., «Confianza y justicia penal», en Betegón, J. y De Parámo, J. R. (Coordinadores), *Derecho, confianza y democracia*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 86-87; BELLOSO MARTÍN, N., «Filosofía de la pena: entre el Derecho y la moral», *Persona y Derecho*, vol. 41, 1999, pp. 527-578, esp. pp. 561 ss.

crecionalidad⁷. No hay estricta separación de poderes pues el soberano se entromete en todos los ámbitos de la acción política, acaparando las esferas de gobierno, legislación y jurisdicción⁸. Se admiten las penas arbitrarias y enormes en los casos de delitos atroces, para que sirvan de escarmiento y amedrenten a la población; no se cuestiona la justificación del tormento ni por su crueldad ni como un medio de alcanzar la verdad procesal, ni se cuestiona seriamente la ineficacia del sistema punitivo, ni la frecuente desproporción entre los delitos y las penas⁹.

Por lo tanto, no podemos avizorar nuevos tiempos para el sistema jurídico penal hasta que Beccaria recogiera el espíritu de esas ideas racionalistas, filantrópicas y secularizadoras en su célebre panfleto, que señala el momento inicial para la demolición del derecho penal del Antiguo Régimen y el advenimiento de proyectos de reforma ilustrados:

«Para que toda pena no sea violencia de uno, o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta,

⁷ CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregidores* (1597), lib. 2, cap. 10, n. 9-33 (Madrid, Joaquín Ibarra, 1759, tomo 1, pp. 368-375). En este capítulo décimo, sobre el juicio de albedrío, describe los graves inconvenientes de la fuerte discrecionalidad judicial. El autor lo conocía muy bien por su condición de jurista práctico, como fiscal de la Chancillería de Valladolid que escribió este importante tratado para solucionar los problemas prácticos a partir de su propia experiencia. Para acoger una perspectiva más amplia sobre el arbitrio moderador del rigor, *vid.* SCHNAPPER, B., «Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 41/2, 1973, pp. 237-277 y vol. 42/1, 1974, pp. 81-112; ORTEGO GIL, P., «Notas sobre el arbitrio judicial *usque ad mortem* en el Antiguo Régimen», *Cuadernos de Historia del derecho*, Vol. Extr., 2004, pp. 211-233, matizando que el arbitrio estaba sometido a principios esenciales de larga tradición jurídica y proyectaba la equidad a cada hecho delictivo individualizado.

⁸ En cambio, existen desde hace tiempo intentos serios de mostrar las raíces históricas del estado de derecho y que en el Estado moderno existió una administración que actuó regladamente. Véanse, por ejemplo: ARIÑO ORTIZ, G., «Derechos del Rey, Derechos del Pueblo (Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas)», en *Actas del II Symposium. Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 37-93; GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, IEA, 1971; NIETO, A., «El Derecho como límite del poder en la Edad Media», *Revista de Administración Pública*, núm. 91, 1980, pp. 7-73; VILLAPALOS, G., «Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII (notas para su estudio)», *AHDE*, núm. 46, 1976, pp. 5-76.

⁹ Hay una excelente exposición de las características de la penalidad en el Antiguo Régimen en los artículos de PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, pp. 489-510; Peces-Barba Martínez, G., y Fernández García, E. (Dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales. tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson, 1998, cap. 4: «La humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», elaborados por SEGURA ORTEGA, M., «La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII» (*ibid.*, pp. 457-483) y BETEGÓN CARRILLO, J., «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII» (*ibid.*, pp. 483-502); PELAYO, A., «La humanización del Derecho penal y procesal. Razón y sensibilidad», *Derechos y libertades*, núm. 7, 1999, pp. 253-280.

necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las Leyes»¹⁰.

Así que las equiparaciones entre periodos históricos deben hacerse con cautela y evitar homologías improcedentes tanto como antagonismos infundados. Hay que intentar no confundirse con el hecho de que hubiera también importantes desarrollos doctrinales del principio de legalidad en la tradición jurídica del derecho común y en la filosofía pre-ilustrada.

Entre los filósofos destacaron los llamados teólogos-juristas de la Segunda Escolástica o clásicos hispanos de la filosofía del Derecho¹¹, denominación más comprensiva que la de «Escuela de Salamanca» en cuanto evita polémicas sobre la delimitación de los componentes y alcance de esa escuela¹². Están en general identificados con el tomismo a través de la enseñanza de Francisco de Vitoria o de sus discípulos y se caracterizan por la orientación práctica de su esfuerzo intelectual y el ejercicio de la racionalidad discursiva¹³. Se ocuparon con el bagaje de la teología y del derecho de problemas acuciantes en la época: la libertad de arbitrio, la influencia de la gracia divina en la libertad humana, el probabilismo en asuntos morales y políticos, la potestad de la Iglesia frente al poder secular, la justificación de la ocupación del Nuevo Mundo, las relaciones entre pueblos a través del derecho de gentes. El derecho y la justicia son objeto de conocimiento para los teólogos¹⁴.

¹⁰ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, 1774. Edición facsimilar, Madrid, Ministerio de Justicia y Ministerio de Cultura, 1993, p. 255.

¹¹ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., «La escuela española del derecho natural. Introducción a su estudio», en *XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Problemática actual de la Historia de la Filosofía del Derecho española*, vol. 2, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 127-138; PÉREZ LUÑO, A. E., «Los clásicos iusnaturalistas españoles», en Peces-Barba Martínez, G., y Fernández García, E. (Dir.), *op. cit.*, pp. 505-569.

¹² ANXO PENA, M. A., *La Escuela de Salamanca*, Madrid, BAC, 2009; BARRIENTOS GARCÍA, J., «La Escuela de Salamanca: desarrollo y caracteres», *La Ciudad de Dios*, vol. 208, núm. 2-3, 1995, pp. 1041-79; BELDA PLANS, J., *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC, 2000, pp. 147 ss.; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «Legitimación del derecho, emanado del poder, según los Maestros de la Escuela de Salamanca», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976, pp. 111-128; ZORROZA, M. I., «Hacia una delimitación de la Escuela de Salamanca», *Revista Empresa y humanismo*, vol. 16, 2013, pp. 53-72.

¹³ PÉREZ LUÑO, A.-E., «Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la Razón práctica», *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 313-323; SPECHT, R., «Derecho natural español. Clasicismo y modernidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 343-354; DECOCK, W., «From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship», *Rechtsgeschichte*, núm. 18, 2011, pp. 12-34.

¹⁴ VITORIA, F., *Sobre el poder civil*, introducción (edición de L. Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 1998, p. 5): «El oficio del teólogo y su campo de investigación es tan vasto que ningún tema, ninguna discusión, ningún asunto parecen ser ajenos a su profesión ni a su estudio». Lo mismo escribirá Francisco Suárez en el Prólogo del tratado sobre las leyes (SUÁREZ, F., *De legibus I. De natura legis*, edición crítica bilingüe por L. Pereña y otros Madrid, CSIC, 1971; CHP vol. 11, p. 3): «Pues bien, toda

Entre ellos figuran Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias, Martín de Azpilcueta, Domingo de Soto, Luis de Molina, Francisco Suárez, por solo mentar unos pocos entre el conjunto de maestros que reflexionaron sobre las leyes penales.

Aunque no ha sido frecuente ocuparse de las doctrinas jurídico penales de los escolásticos hispanos, tenemos algunos estudios relativamente cercanos que muestran lo provechoso que puede resultar para la ciencia jurídica este tipo de enfoques de historia de las ideas¹⁵. El esfuerzo de aproximación supera la pretensión de erudición porque algún investigador conecta la actual extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas con la aplicación en épocas pasadas de sanciones a individuos inocentes por causa de una responsabilidad colectiva basada en la causa de utilidad pública y no en la culpa¹⁶.

vez que este camino de salvación radica en las acciones libres y en la rectitud de las costumbres, rectitud moral que depende en gran medida de la ley como regla de la conducta humana, de ahí que el estudio de las leyes afecte a gran parte de la teología y que, al ocuparse ésta de las leyes, no haga otra cosa que contemplar a Dios mismo como legislador».

¹⁵ CRUZ CRUZ, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Pamplona, Eunsa, 2010 (recoge una decena de colaboraciones acerca del sentido de la pena en Vitoria, Soto, Fray Luis, Alfonso de Castro, Gabriel Vázquez, Suárez, Tomás de Mercado y Bartolomé de Albornoz); GRUNERT, F., «Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria», en Schlosser, H. und Wiloweit, D. (Hrsgs.), *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Köln, Böhlau, 1999, pp. 313-332; Id., «Punienda ergo sunt maleficia. Zur Kompetenz des öffentlichen Strafens in der Spanischen Spätscholastik», en Grunert, F. und Seelmann, K. (Hrsgs.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Niemeyer, 2001, pp. 313-332; id., «Die Unterscheidung zwischen delictum publicum und delictum privatum in der spanischen Spätscholastik», en Schlosser, H./ Sprandel, R./ Willoweit, D. (Eds.), *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter. Formen und Entwicklungsstufen*, Köln, Böhlau, 2002, pp. 421-438; id., «Strafe als Pflicht. Zur Straflehre von Francisco Suárez (DL V)», en Bach, O./Brieskorn, N./Stiening, G. (Editores), «*Auctoritas omnium legum*». Francisco Suárez' *De legibus zwischen Theologie, Philosophie und Jurisprudenz*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 2013, pp. 255-266; HÖPFL, H., *Jesuit Political Thought: the Society of Jesus and the State, c. 1540-1630*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 217-223 (sobre la fundamentación del castigo y la pena de muerte); HÜNING, D., «Die Begründung des ius puniendi in der Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts», en Kesper-Biermann, S. und Klieppel, D. (Hrsg. v.), *Kriminalität in Mittelalter und Früher Neuzeit*, Wiesbaden, Harrassowitz, 2007, pp. 77 ss.; IGLESIAS RÍO, M. A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Burgos, Universidad de Burgos, 1999, pp. 39-116 *passim*; MAIHOLD, H., *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln, Böhlau, 2005; MARTÍNEZ GARAY, L., «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», *Revista de Derecho Penal y criminología*, núm. 8, 2001, pp. 34-126.

¹⁶ Es lo que hace Harald Maihold en la monografía antes citada (*Strafe für fremde Schuld?*), quien lo destaca además en «El castigo del pecado y la reprobación ética. La evolución del Derecho penal moderno en la doctrina española del Derecho natural», en Cruz Cruz, J. (Ed.), *Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español*, Pamplona, Eunsa, 2011, pp. 125-136.

Vamos a guiarnos en esta ocasión por los comentarios de Francisco Suárez, uno de los más destacados teólogos de la época, quien también hiciera algunas consideraciones relevantes en el ámbito jurídico penal desde su propia perspectiva fundamental.

3. SUÁREZ, LAS LEYES Y LAS PENAS

Francisco Suárez (1548-1617) desempeñó a lo largo de su vida una intensa actividad intelectual en su condición de teólogo perteneciente a la Compañía de Jesús. Extraordinario metafísico y teólogo dogmático ha tenido una dilatada influencia desde Descartes a Wolff. Ese despliegue intelectual no le impidió atender otros requerimientos cuando estaban afectados los privilegios y la autonomía de la Santa Sede, como sucedió al ser reclamado por el Papa para defender a la Iglesia contra las inmunidades de Venecia o para desacreditar la intromisión del rey inglés Jacobo o James I que exigía a los súbditos un juramento de fidelidad sin reserva de conciencia. Ello dio como resultado en 1613 su extenso tratado político titulado *Defensio fidei catholicae et apostolicae, adversus Anglicanae sectae errores*. También fue consultado en tantas ocasiones que hubo de emitir un considerable número de pareceres, recopilados modernamente y editados entre 1948 y 1952 por la Universidad de Coimbra. En esta misma Universidad, mientras enseñaba en la cátedra de *prima* de Teología, perfiló el estudio sobre el derecho y la justicia que había iniciado una década antes en el Colegio jesuita de Roma, dando a la prensa en 1612 su magno tratado sobre las leyes, titulado con precisión *De legibus ac Deo legislatore*¹⁷.

Suárez representa dentro del iusnaturalismo el intento de conciliación entre el voluntarismo occamista y el racionalismo extremo de su compañero Gabriel Vázquez. De ahí una concepción de la ley natural

¹⁷ Sobre la biografía vital y literaria de Suárez sigue siendo imprescindible SCORRAILLE, R., *El P. Francisco Suárez de la Compañía de Jesús* [1912], dos volúmenes, trad. Pablo Hernández, Barcelona, Subirana, 1917 (reproducción facsimilar en Pamplona, Analecta, 2005). Una estupenda introducción la proporciona LARRAINZAR, C., *Una introducción a Francisco Suárez*, Pamplona, Eunsa, 1977. Síntesis apropiadas: BELDA PLANS, J., «Suárez, Francisco (1548-1617) Filósofo y teólogo jesuita. "Doctor eximius"», en *id.*, *Grandes personajes del Siglo de Oro español*, Madrid, Palabra, 2013, pp. 349-360; Domingo, R. (Ed.), *Juristas Universales*. Vol. 2: *Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 279-284 (C. LARRAINZAR, s. v. «Francisco Suárez»); Aldea Vaquero, Q./Marín Martínez, T./Vives Gatell, J. (Dir.), *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, vol. 4, Madrid, CSIC, 1975, pp. 2511-2513 (E. ELORDUY, «Suárez, Francisco, S. I.»); *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, vol. 11, Herzberg, Verlag Traugott Bautz, 1996, pp. 154-163 (K. KIENZLER: «Suárez, Francisco de»); O'Neill, Ch./Domínguez, J. M. (Dir.), *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús*, vol. 4, Madrid, Roma, Universidad Pontificia Comillas, 2001, pp. 3654-6 (E. ELORDUY: «Suárez, Francisco»); DOYLE, J. P., «Suárez, Francisco (1548-1617)», en Craig, E. (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, Routledge, 1998, pp. 189-196.

que reconoce el carácter bueno o malo de las acciones por su misma naturaleza como indicativo de su corrección o incorrección, pero que todavía necesita el añadido de un mandato de la voluntad para convertirse en leyes. Este esfuerzo de sincretismo hace de Suárez un voluntarista moderado, aunque las interpretaciones acerca de la adecuada calificación de su planteamiento siguen siendo controvertidas¹⁸.

Al definir la ley como precepto común, justo, estable y promulgado, se aleja de la noción tomista de ley como regla y medida de los actos humanos orientada a la consecución de la justicia. En Suárez la acción justa es aquella que reconoce las facultades que cada uno tiene sobre las cosas que son suyas o que le son debidas, lo cual supone desplazar la noción de derecho como objeto de la virtud de la justicia hacia la correlación entre ley y facultad. Con ello impulsa un giro subjetivista en el concepto de derecho¹⁹.

Otras aportaciones meritorias fueron la reelaboración del derecho de gentes como un derecho de origen consuetudinario con validez cuasi-universal que organiza las relaciones entre pueblos y naciones. Con

¹⁸ Como la literatura especializada es amplísima, me limito a indicar unas buenas referencias de conjunto y recientes: CARPINTERO, F., *Justicia y ley natural. Tomás de Aquino y los otros escolásticos*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp. 318-348; COURTINE, J.-F., «Vitoria, Suárez et la naissance du droit naturel moderne», en *id.*, *Nature et empire de la loi. Études suarézziennes*, París, Vrin, 1999, pp. 115-161; FRANKE, B. y JÄCKEL, M., «Die Rechtsethik des Francisco Suárez», *Rechtstheorie*, núm. 41, 2010, pp. 87-108; SHIELDS, C. and SCHWARTZ, D., «Francisco Suárez», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/suarez/>. En breve aparecerá otro libro recopilatorio a modo de enciclopedia suareciana: Salas, V. M. y Fastiggi, R. L. (eds.), *A Companion to Francisco Suárez*, Leiden, Brill, 2015 (catorce capítulos, de los cuales hay dos más relacionados con el pensamiento jurídico político –por J. P. Coujou– y con la ley natural –por Paul Pace–). Es una muestra de lo que sucede con esta revitalización de Suárez en el ámbito anglosajón, que predomina la metafísica, la filosofía y la teoría de la acción moral; tenemos un comentario al respecto por SCHLOESSER, S., «Recent Works in Jesuit Philosophy», *Journal of Jesuit Studies*, 1, 2014, pp. 105-126. Para tener acceso a una bibliografía ingente, son muy recomendables en la actualidad: COUJOU, J. P., «Bibliografía suareciana» (*Cuadernos de Pensamiento Español* 41), Pamplona, Eunsa, 2010; y las páginas en línea de Sidney Penner (por ahora la mejor): <http://www.sydneypenner.ca/suarez.shtml>; el sitio Scholasticon, ahora un tanto descuidado (2014): http://scholasticon.ish-lyon.cnrs.fr/Databse/Scholastiques_fr.php?ID=1212; http://scholasticon.ish-lyon.cnrs.fr/Information/Suarez_fr.php; y la encomiable «Biblioteca Virtual de la Escuela de Salamanca» realizada en la Fundación Larramendi: http://www.larramendi.es/i18n/cms/elemento.cmd?id=estaticos/paginas/Biblioteca_Virtual_Escuela_de_Salam.html.

¹⁹ Vid. CARPINTERO, F. y otros, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003; FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI* (Escorialensium Utriusque Studiorum Excerpta), San Lorenzo de El Escorial, Pax Juris, 1960; GUZMÁN BRITO, A., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Derecho subjetivo y deber jurídico, en la escuela de Suárez», *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, núm. 65, 1989, pp. 145-170; VILLEY, M., «Remarque sur la notion de droit chez Suárez», *Archives de Philosophie*, tomo 42, 1979, pp. 219-227.

ello avanza hacia un derecho secularizado que permite el pluralismo cultural, apartando definitivamente esta clase de reglas de una visión religiosa excluyente, sin perder por ello la cercanía con el derecho natural pero tan distinto de él que incluso podemos decir que este nuevo y positivo *ius gentium* es creado como una práctica social que se sostiene en la medida (y en tanto) que sea percibida como buena por sus resultados para la convivencia pacífica internacional²⁰.

Acudimos a Suárez por la importancia de su obra jurídica, en la cual tramó la primera sistematización del Derecho en un sentido muy cercano al que prevalecería posteriormente, estructurando todo el sistema jurídico a partir de una jerarquía de las causas eficientes²¹. Incluso se ha considerado la semejanza entre el modelo suarista de validez con el modelo de validez de Kelsen (según opina Garzón Valdés)²², pues ambos sitúan el fundamento de la validez de las normas y del sistema jurídico no en hechos sino en normas extrapositivas; equiparación entre estos autores tan distantes, salvando la circunstancia de que en Kelsen la norma fundamental es concebida como hipótesis lógico-trascendental mientras que en Suárez pertenece al dominio de la teología, en cuanto todo el entramado normativo está organizado jerárquicamente, culminando en la ley eterna y en Dios legislador. Por si no fuera pequeña la diferencia, para la validez de las normas Suárez exige además un contenido justo densamente conformado, del cual se prescinde en el modelo kelseniano²³. En otras cuestiones, como las concernientes a la interpretación de la ley y la función de la epiqueya se aproximan de algún modo las soluciones anticipadas por Suárez a la de nuestros contemporáneos²⁴.

Respecto del cumplimiento de las leyes, Suárez ha venido insistiendo reiteradamente en la necesidad de que todas ellas sean de posi-

²⁰ Me he ocupado de ello en AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez», en Beloso Martín, N. y De Julios-Campuzano (Coords.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho?*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 23-48.

²¹ BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 322-326.

²² GARZÓN VALDÉS, E., «Algunos modelos de validez normativa», en *ídem*, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 73-115. Indica lo que tienen en común Kelsen y Suárez (*ibidem*, pp. 80-82): a) no recurren a hechos sino a normas extrapositivas para fundamentar la validez de las normas y del sistema jurídico, lo cual implica que la naturaleza de la norma fundamental es diferente de la naturaleza de las normas fundamentadas; b) equiparan existencia y validez, de manera que ley válida equivale a ley justa y a ley existente; c) equiparan validez con deber de obediencia. La diferencia estriba en que Kelsen no añade un contenido justo como exigencia de validez (*ibidem*, pp. 78 y 104).

²³ Lo que ha permitido a Pierluigi Chiassoni cuestionar la equiparación que había hecho Ernesto Garzón. Véase CHIASSONI, P., «Entre formalismo y *theological reading*: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la interpretación de la ley», *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 79-87.

²⁴ También GARZÓN VALDÉS, E., «Las palabras de la ley y su interpretación: algunas tesis de Francisco Suárez», en *ídem*, *op. cit.*, pp. 122-123.

ble cumplimiento para la generalidad de la población, sin que exijan a las personas condiciones extraordinarias o un esfuerzo tal que lo dificulte o incluso lo haga imposible²⁵. Una ley que estableciera un deber desmesurado sería nula, entre otras razones porque la exigencia de justicia para la validez de las normas requiere no solo un contenido recto sino lo que llama Suárez una forma justa y razonable²⁶. Por consiguiente, no es justa la ley que imponga a los súbditos deberes muy difíciles de cumplir, teniendo en cuenta los rasgos humanos corrientes, no idealizados. Esa misma atención a la condición humana realmente encarnada, que ha venido prestando Suárez al ocuparse de la ley en general, la encontramos repetida en el tratamiento concreto de las penas²⁷. El marco de reflexión del teólogo granadino se desenvuel-

²⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 3, cap. 12, n. 11 y 12: la ley civil no puede prohibir todos los vicios ni los contrarios a todas las virtudes pues debe ser moderada y versar sobre materia de posible cumplimiento para la mayor parte de toda la comunidad. Incluso en algunas ocasiones se permiten actos gravemente malos (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 6) para evitar males mayores (*De legibus*, lib. 3, cap. 12, n. 6). Tampoco se mandan todas las cosas excelentes o que superan las fuerzas humanas (*De statu perfectionis et religionis*, cap. 7, n. 1-5); ni se mandan ni se prohíben, porque son obras tan perfectas que son difíciles para la generalidad de los hombres (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 6-11; lib. 1, cap. 16, n. 8; lib. 3, cap. 12, n. 11); por eso cuando la ley aconseja algo, esto no lo hace formalmente como ley, sino por añadidura, lo cual se materializa en un permiso (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 11 en relación con lib. 1, cap. 15, n. 6).

²⁶ Las referencias están en SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 2 y 3 en relación con *De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 18-19. La justicia de la ley requiere un contenido recto y además atenerse a una forma justa y razonable (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 12); pero la forma aquí no tiene que ver con el modo de actuar o motivación del legislador sino con el propio acto de legislar: finalidad del bien común, competencia de la autoridad normativa y proporcionalidad en la distribución (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 13). Este tercer aspecto de la forma de la ley, el que se refiere a la justicia distributiva, consiste en la posibilidad de cumplimiento de la ley humana, esto es, en su adecuación a la naturaleza «habida cuenta de la fragilidad y condición natural», su conformidad a la costumbre del país, y la oportunidad de tiempo y de lugar (*De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 19). Si el objeto de la ley cambia de manera que su observancia resulta «imposible o por lo menos tan difícil y arduo que moralmente se le juzga imposible respecto de toda la comunidad; o finalmente si resulta completamente inútil y vana respecto del bien común» (*De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 2), entonces «la ley cesa ipso facto, ya que por ello mismo comienza a no ser justa» (*De legibus*, lib. 6, cap. 9, n. 3). Puede consultarse la síntesis de MACÍÁ MANSO, R., «Cambios sociales y Derecho en F. Suárez», en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Prof. F. Puy Muñoz*, tomo 2, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 20-21 y 23: la justicia de la ley requiere dos condiciones objetivas y una subjetiva; la justicia objetiva de los preceptos exige que las leyes humanas no contravengan la ley moral natural y que estén objetivamente adecuadas al logro del fin de esta ley moral; el aspecto subjetivo de la justicia consiste en la adecuación de los actos mandados o prohibidos a sus destinatarios, que no sean excesivamente difíciles de realizar a la generalidad de las personas. Si los actos ordenados por la norma se convierten en muy difíciles de realizar, la ley cesa por sí misma porque se ha convertido en injusta.

²⁷ El libro V del Tratado sobre las leyes se ocupa de las leyes odiosas, que son las leyes penales, las leyes tributarias y las leyes invalidantes. Para las referencias al libro V, utilizo esta edición: SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore. Liber V: De varietate legum humanarum et praesertim de odiosis*. Edición crítica bilingüe por C.

ve en torno a la cuestión de si el condenado está obligado en conciencia a cumplir por sí mismo la pena.

Aparte de otras disquisiciones en las que ahora no podemos detenernos, Suárez vuelca su atención sobre diferentes clases de penas que eran aplicadas de conformidad con la legalidad vigente. Por consiguiente, está considerando penas que se califican de justas, adecuadas al delito e impuestas en audiencia judicial y por la autoridad legítimamente competente. No se trata en absoluto de otras controversias posibles sobre el cuestionamiento de la justicia de la pena, la conexión causal entre la sanción y la culpabilidad del reo, ni error en el hecho, ni en el sujeto ni en la cuantía proporcional. El problema es otro.

Aquí el problema de la obediencia o de la obligación moral de cumplimiento concierne a penas justas pero muy rigurosas. Penas de este cariz eran las penas corporales que afectaban a la vida, a la integridad física o que inferían grave dolor e ignominia; por ejemplo, las penas de mutilación, latigazos, galeras, pena capital o condena a dejarse morir de hambre. También podían llegar a plantear dificultad por su rigor otras penas que se aplicaban en el cuerpo o por medio de él, pero *sine crudelitate*, como sucedía con las condenas de destierro, la retención en casa, la pena de cárcel o una flagelación pública moderada²⁸. Por supuesto que Suárez se refiere al elenco de penas característico de su tiempo, que son justas en la época y además consideradas como tales por la población, de ahí que no podamos con facilidad aplicar estándares actuales sobre lo que consideramos castigos crueles o extraordinarios para penetrar en aquella mentalidad²⁹.

3.1 Penas muy graves: la pena de muerte

La pena de muerte era generalmente aceptada como un remedio extremo para preservar a la comunidad de los delincuentes más peligrosos que ponían en riesgo el sistema de valores reconocido. Al respecto ha escrito con rotundidad Bartolomé Clavero que entonces se mataba mucho, haciéndonos ver hoy que nuestro actual sistema de valores no comprende el sistema premoderno, dirigido a proteger bienes jurídicos distintos, preocupado por la salvación del alma y que si acaso cuidaba de la vida era más la vida del alma que la del cuerpo³⁰.

Baciero, A. M. Barrero, J. M. García Añoveros y J. M. Soto. Madrid, CSIC, 2010. Me referiré a ella como: CHP-2.^a Serie, vol. 16.

²⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 11 y siguientes (edición CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 217 ss.).

²⁹ Señalan estas cautelas Albrecht Classen y Connie Scarborough en la «Introducción» del libro que coeditan, *Crime and Punishment in the Middle Age and Early Modern Age: Mental-Historical Investigations of Basic Human Problems and Social Responses*, Berlin-Boston, Walter de Gruyter, 2012, pp. 1-28, en pp. 3-6.

³⁰ CLAVERO, B., «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en VV. AA., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 57-89. Los

En este marco hemos de situar todas las menciones que recoge Suárez. Él empieza por reconocer que la pena de muerte es gravísima y por ello exige individualización de la culpabilidad. Ésta supone una intervención directa en los hechos con conocimiento y voluntad consciente. No puede extenderse a los parientes o herederos, a quienes afectan, en cambio, otras medidas civiles, como la incapacitación, la confiscación de bienes o la privación de sus expectativas hereditarias. Por ejemplo, los descendientes de los condenados por herejía perdían los posibles derechos a heredar al condenado. Se justificaba esta última sanción impuesta sin culpa porque era concebida menos como una pena en sentido estricto que como una incomodidad o desventaja, equivalente a otras penas espirituales, como las de irregularidad, excomunión, o las censuras, que son penas medicinales y no vindicativas³¹.

La dimensión teológica y moral de la sanción conducía a todos los moralistas a distinguir qué tipo de acciones podía hacer el condenado a muerte para que ellas no supusieran una colaboración directa con su propia muerte. Hemos de entender que, mientras los agentes públicos están legitimados por el soberano para acabar con una vida humana, el ser humano individual pecaría contra Dios si cooperase en su propia muerte. Por eso los teólogos elaboraron distinciones para preservar la conciencia de los reos y calificaron como actos no inmorales aquel tipo de actos que no tendían por su propia naturaleza de inmediato a ocasionar la muerte, como subir al cadalso, extender el cuello, ofrecer la mano al verdugo o permanecer en prisión. Era un artificio que les permitía conciliar el acatamiento de la sentencia con la obediencia a la divinidad. De ahí la reflexión de Suárez, en absoluto extemporánea, de que un reo condenado a muerte no está obligado a cooperar en aquellas acciones que los ministros de la justicia pueden fácilmente realizar³². No se entendía por cooperación con la pro-

actos de homicidio se castigaban, pero por distintos valores que los actuales. Recoge expresiones coetáneas que indicaban la diferencia: «cuatro son los lesionados por el homicidio: primero, Dios; segundo la propia víctima, hecha a imagen de Dios; tercero, sus parientes; cuarto, la República y el Príncipe» (*ibid.*, p. 87).

³¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 3, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 49): «las penas espirituales son medicinales y su objetivo principal es la curación del alma y la corrección de la culpa»; *ibid.*, n. 7 (p. 59): «aunque la pena en cierto sentido riguroso diga relación a la culpa, sin embargo, tomada en un sentido más amplio, como un cierto suplicio, daño o perjuicio, se puede imponer equitativamente por una causa justa sin que exista culpa». En relación con *De fide* (disp. 22, sect. 1-6 y disp. 24, sect. 3), en donde explicará las medidas que repercuten en los hijos y familiares de los condenados por herejía. Información general en SANTOS DÍEZ, I. L., «Fin medicinal de la censura hasta Suárez», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 6, 1951, pp. 571-650.

³² SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 14. Como otro ejemplo, el benedictino Gregorio Sayro (1560-1602) indicaba la diferencia entre actos directa e inmediatamente dirigidos a la propia muerte (arrojarse al vacío, ingerir veneno, abrirse las venas, mutilarse uno mismo) y otros conciliables con el respeto de la vida, porque no

pia muerte cualquier actuación de los reos y a explicarlo dedicaban mucha atención los teólogos y moralistas, lo cual nos indica el ámbito de reflexión en que se mueven porque responde a una concepción finalista del ser humano orientado a alcanzar el bien mejor de la felicidad eterna.

Este mismo intento de vincular la pena capital a la culpabilidad individualizada se reconocía también en el conjunto normativo del derecho bélico (en el ámbito del *ius post bellum*), que construyeron los escolásticos hispanos para limitar de alguna manera el alcance de las represalias que el vencedor imponía a los vencidos. Decía Suárez en la disputa XIII y última sobre la guerra, del tercer tratado sobre las virtudes teologales:

«Una vez alcanzada la victoria únicamente es lícito condenar a muerte a los que consta que son culpables»³³.

3.2 Penas de destierro, cárcel y flagelación

Respecto de estas otras penas, una vez impuesta la sentencia coactivamente por ministerio del juez, el deber del condenado es permanecer en el destierro o en prisión. En cuanto a las penas de flagelación (moderada, no bochornosa ni infame), indica Suárez que no eran impuestas con habitualidad en la esfera civil, sino que eran más frecuentes en el ámbito de los miembros de órdenes religiosas. Hay obligación de acatarlas, aunque fuese resignándose a la compulsión, porque lo relevante es que el condenado asuma internamente que el castigo es consecuencia debida para restaurar la injuria previa y que es merecido por la culpa. Aun así esta exigencia moral con respecto de penas graves se expresa solo cuando la ejecución de la pena impuesta «no envuelva injusticia, crueldad o cosa semejante»³⁴.

La pena de cárcel exige permanecer en el recinto, lo cual tendría que significar que moralmente el preso tiene el deber de omitir cualquier acción que contribuyera a la fuga o a preparar una oportunidad de escapar. Sin embargo, esto no se puede sostener ante la diversidad de matices entre los autores de la época, que más bien defienden lo contrario, a saber, que no existe tal deber en la dimensión interna de la conciencia. Incluso Francisco de Vitoria, sin extenderse en aclaraciones, mantuvo que el condenado a la última pena tenía la obligación moral de escaparse cuando pudiera y que pecaría si desaprovechaba la

tendían de inmediato a la muerte. Cfr. SAYR, G., *Clavis regia sacerdotum casuum conscientiae*, lib. 12, cap. 18, n. 14 (Venetiis, Baretium, 1615, p. 1076).

³³ SUÁREZ, F., *De charitate*, disp. 13, sec. 7, n. 16 (*Opera omnia*, París, L. Vivès, 1858, tomo 12, p. 756).

³⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 15 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 221).

oportunidad³⁵. Esta última conclusión no era sostenida por la mayoría de teólogos y moralistas, porque entendían que el preso que ha sido condenado justamente, si permanece en la cárcel en vez de escapar, no estaría cooperando directamente a su muerte, lo cual equivalía a cometer suicidio, un atentado contra la caridad y ofensa contra Dios. Ello no era impedimento para que obrase correctamente tanto si huía como si no lo hacía. Una cosa es acatar la condena justa y otra que en determinadas circunstancias huir de prisión tampoco suponga pecar, aunque esa acción provoque una infracción legal.

En el planteamiento concreto de Francisco Suárez creo que hemos de añadir un elemento que replantea lo que quiere expresar, porque corrige en parte el alcance de la obligación al mantenerla solamente cuando el cumplimiento de la condena sea humanamente tolerable. Y esto sucede, tal como escribe, cuando el lugar sea más espacioso y expuesto a menos molestias:

«Una es la prisión en la cárcel o en un determinado lugar autorizado, pena que no necesita de una ejecución positiva, sino solamente de privación de alguna acción, como es, por ejemplo, no escapar o no fugarse de la cárcel. Por esta explicación aparece claro que se puede mandar eso fácilmente; y así, ejecutar la acción contraria sería hacer resistencia al juez que fuerza justamente, lo cual nunca es lícito. Finalmente, tal pena puede cumplirse sin pecado. Luego debe cumplirse.

Dirás que esta razón no es concluyente, porque, como dijimos, hay que tener en cuenta no sólo si es lícito, sino también si la pena así impuesta es humanamente tolerable; pues, una obligación a la pena puede ser cruel no solamente cuando implica acción sino también cuando implica amarga suspensión de acción, como es la obligación de no comer o de no huir, aunque amenace la muerte.

Hay que decir, empero, que esa razón es válida, hablando con propiedad y según lo que el tema permite; así, en efecto, la permanencia en un determinado lugar o en la cárcel no es cosa tan dura que no pueda imponerse bajo obligación, y será tanto más soportable cuanto más amplio sea el lugar y esté menos expuesto a incomodidades»³⁶.

Solo cuando la ley imponga deberes de realizar o de omitir acciones que cualquier persona normal podría aceptar como tolerables, entonces y solo entonces habría obligación moral de atenerse a lo prescrito. Lo escribe en 1612. Por consiguiente, cabría deducir, sin temor a desviarnos demasiado, que el encarcelamiento dejaría alguna

³⁵ VITORIA, F., *De homicidio*, n. 29 (*Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, edición por T. Urdánoz, Madrid, BAC, 1960, p. 1123): «Debe huir porque no es una parte de la pena impuesta por el juez el que permanezca en la cárcel. Por lo menos afirmo que lo mismo se debe juzgar del que está preso que del que está libre; y que si el ladrón peca presentándose voluntariamente al juez o en la cárcel, peca también si puede huir y no huye».

³⁶ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223).

vez de ser penalidad dura y grave si hubiese un sustancial mejoramiento tanto de las condiciones de habitabilidad del recinto como de las atenciones y cuidados de los presos. Esta fue una reivindicación que en España iniciaron en la segunda mitad del siglo xvi los pioneros de la ciencia penitenciaria, Cristóbal de Chaves, Bernardino de Sandoval y Tomás Cerdán de Tallada³⁷, pero que no cuajará en la doctrina hasta que Beccaria y, sobre todo, John Howard después, lo desarrollen; y que normativamente tendrá su plasmación en el primer Código penal francés revolucionario de 1791.

Pero ya en el siglo xvi importaba que las condiciones de cumplimiento de la condena fueran tales que no añadieran mal al mal de la pena. Hasta ahora no se ha destacado lo suficiente que también desde la teología, o si queremos decir desde la filosofía jurídica escolástica, se tienen en consideración las condiciones sociales reales, a pesar de que esa preocupación penitenciaria esté oscurecida por el hecho de que la argumentación de los teólogos es muy abstracta y la de Suárez en particular responde a preocupaciones de clarificación conceptual y no criminológicas. Al respecto, Francisco Suárez escribe unas pocas letras, pero es tajante:

«Otra cosa sería si la cárcel fuera excesivamente penosa, triste e insalubre; pues entonces sería duro obligar al reo así condenado a no huir aunque pudiera. Y ello será mucho más duro si alguien no sólo es detenido sino incluso es maltratado con excesiva dureza, de modo que paso a paso vaya camino de la muerte o por lo menos sea obligado a llevar una vida llena de dolores y disgustos. Entonces no estará obligado en conciencia a permanecer allí voluntariamente»³⁸.

Este texto responde a la situación de una cárcel que fuera demasiado penosa, triste e insalubre. Que lo fuese «en exceso». Lo decisivo se encuentra en la locución adverbial (*nimis*, en latín), porque es normal que las penas de prisión sean un daño para los reos, pero la

³⁷ Bernardino de SANDOVAL, *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres* (Toledo, 1564); Cristóbal de CHAVES, *Relación de la cárcel de Sevilla* (Sevilla, 1588); Tomás CERDÁN DE TALLADA, *Visita de la cárcel y de los presos* (Valencia, 1574). Cfr. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 357 ss.; DORADO MONTERO, P., «Ideas de algunos escritores españoles sobre la prevención de los delitos», en *El Derecho protector de los criminales*, tomo I, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1916 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 1999, pp. 487-512); GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983, pp. 104-109; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I. *Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal comparada*, 4.ª edición, Buenos Aires, Losada, 1964, pp. 833-847; MONTES, J., *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1911 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 2003, pp. 662 ss.); SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo 1, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1918 (edición facsímil en Pamplona, Analecta, 1999, pp. 23-28).

³⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223).

condena tiene que ejecutarse en condiciones apropiadas sin exceder el mal fijado.

Podríamos interpretar este texto como el rechazo a las penas de la época que castigaban con gran severidad la evasión y a los guardianes descuidados³⁹. Pero ello no sería correcto, pues el autor no lo discute, ni rechaza las penas establecidas. Tampoco cabe la hipótesis de que tuviera un sentimiento peculiar que lo apartase del común. Su sensibilidad es perfectamente sincrónica con la escala coercitiva de su época histórica hasta el punto de que él mismo admite que pueda juzgarse, condenarse y ejecutarse al instante al reo cuando hubiera cometido un delito atroz en día festivo con gran escándalo público. Según dice, esas ejecuciones públicas casi sumarias, aunque no se producían normalmente, eran consideradas –también por él– como algo necesario y convenientes por su función ejemplarizante, porque en ciertas fechas destacadas «*puede haber mayor concurrencia de gente, que es muy necesaria para causar terror al pueblo e instruirlo*»⁴⁰.

Hay ocasiones, pues, en que era aceptable la ejecución de un criminal sin demora y para escarmiento general estaba permitido ahorcarlo al día siguiente:

«[M]e acuerdo bien hace años de haber visto ahorcar a un hombre en Granada en Viernes Santo, aunque fue *ad terrorem*, por haber hecho el delito el día antes con irreverencia del mismo tiempo y con escándalo público, y así creo yo que ordinariamente no conviene hacerse tal castigo en aquellos días, pero no me atrevería a decir que es prohibido con rigor *sub praecepto*, especialmente cuando ya no es necesario estrépito judicial, sino sola la ejecución y cuando por razón común de bien público se hiciese no lo extrañaría»⁴¹.

Estas consideraciones hacen desconcertante el aparente reconocimiento, aunque sea negativamente, de un derecho natural a la fuga. Si fuera eso, vendría a ser lo mismo que admitir algo así como un derecho de fuga, en el sentido de que los intentos de escapar serían legítimos y la condena inicial por el delito cometido no debería incrementarse con

³⁹ ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, Dykinson, 2012. Recoge las penas del evadido y de los guardianes por evasión y quebrantamiento de cárcel, en pp. 117 (Castilla), p. 195 (Aragón), p. 223 (Cataluña) y p. 273 (Valencia). Como muestra, en la *Séptima Partida*, título 29, ley 13 se regula la pena para los presos que quebrantan la cárcel: si huyen todos o la mayor parte, cuando sean capturados se les ejecutará a todos; si huyen unos pocos, tendrán después más fuertes prisiones y recibirán pena según albedrío judicial. En la ley 12 se castiga al guardador con la pena del preso si este huyó por gran culpa o engaño del guardador; si el guardador mata al preso recibirá la pena de muerte; si fue negligente o el preso se suicida, el guardián perderá el oficio y recibirá pena de heridas en el cuerpo; si liberó al preso por piedad o parentesco, perderá el oficio y recibirá pena corporal arbitraria.

⁴⁰ SUÁREZ, F., *Opera omnia*, París, L. Vivès, 1859, tomo 13, p. 370.

⁴¹ SUÁREZ, F., *Conselhos e pareceres*, tomo 1, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1948, p. 353 (escrito original en castellano).

el quebrantamiento de cárcel. Porque la situación realmente existente de las prisiones impedía que la obligación moral de sufrir las penas pudiera cumplirse conforme a los requerimientos materiales y espirituales mínimamente exigibles por naturaleza. Aquí opera ese aspecto subjetivo de la justicia formal que exige la adecuación de las leyes y del castigo a la fragilidad constitutiva de los seres humanos⁴².

En aquella época la prisión en el Derecho secular funcionaba como instrumento de custodia para retener a los detenidos hasta el momento en que fueran juzgados e impuesta la sentencia⁴³. A diferencia del Derecho canónico, que concebía la retención temporal y la perpetua como medios de lograr la purificación espiritual del pecador, su arrepentimiento y conversión y, en tal sentido, esta función medicinal o curativa de la pena-penitencia se asemejaba funcionalmente a los métodos de oración, con la peculiaridad de que la penitencia ahora se impondría forzosamente⁴⁴. En el ámbito secular paulatinamente se fue abriendo camino la convicción de que el Derecho penal no es solamente retributivo sino preventivo y rehabilitador.

La pena máxima era la muerte, pero las necesidades de mano de obra hicieron a la Corona instruir a los jueces para que impusieran sanciones de traslado forzoso de los criminales a las minas de Almadén o a los presidios norteafricanos de Orán o La Goleta, así como al servicio de galeras⁴⁵.

⁴² He aportado en nota 26 *supra* los textos básicos de Suárez, correspondientes a *De legibus*, lib. 1, cap. 9, n. 18-19 y lib. 6, cap. 9, n. 2-3.

⁴³ GARRIDO GUZMÁN, L., *op. cit.*, pp. 147-159, una breve síntesis del desarrollo histórico legislativo de las penas privativas de libertad en España. Además de la bibliografía citada en nota 37, tenemos información en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.), *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, Edisofer, 1997; LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 5, 2012, pp. 401-448; ORTEGO GIL, P., «La Literatura jurídica en la aplicación práctica de la Ley Penal», en Puy, F. y Rus, S. (Eds.), *La Historia de la Filosofía Jurídica Española*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1998, pp. 75-108; SÁNCHEZ, C., «La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios», *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, pp. 139-179; y sobre todo muy reciente en RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Madrid, Dykinson, 2013 (con amplia bibliografía pertinente).

⁴⁴ En la línea abierta por Michel Foucault en *Surveiller et punir*, afirma el historiador del derecho Jean-Marie Carbasse que las penas canónicas son en el fondo simples transposiciones de técnicas voluntarias de satisfacción y penitencia. *Vid.* CARBASSE, J.-M., *Introduction historique au droit pénal*, París, Presses Universitaires de France, 1998, p. 208.

⁴⁵ Una excelente información sobre los orígenes de los presidios nos la proporciona CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita de la Cárcel y de los presos*, Valencia, Apud Ioannem Chrysostomum Garriz, 1604, pp. 334-336. Hay edición actual de esa obra (Madrid, UNED, 2005); al respecto, PÉREZ MARCOS, R. M., «Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo 75, 2005, pp. 754-801. Son muy útiles por su completud y rigor: PIKE, R., *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison, University of Wisconsin Press, 1983 (versión electrónica: <http://libro.uca.edu/pservitude/pservitude.htm>).

3.3 La pena de galeras

La pena de galeras llegó a convertirse en la pena por antonomasia del sistema sancionador⁴⁶. Se ejercía en condiciones tan terribles que conducía prontamente a la muerte. Solía imponerse en los casos de robo, falsificación de moneda y violencia contra las personas, pero acabó por extenderse a los delitos de perjurio, bandidaje, falsificación, asesinatos y crímenes sexuales.

También se pronuncia acremente Suárez al respecto, mostrando su desagrado contra el notable canonista Azpilcueta, y lo hace inmediatamente después de haber admitido que en cárceles duras, tristes e insalubres, que serían casi todas, lo esperable es que los penados se quieran escapar:

«Por eso no me cabe en la cabeza lo que dice Martín de Azpilcueta, que los condenados a galeras están obligados en conciencia a no huir aunque puedan, porque esto es crueldad excesiva, y es a los ministros de la justicia a quienes atañe vigilarlos»⁴⁷.

No hay obligación moral (de permanecer en la cárcel) en estos casos atroces, a no ser que el condenado haya prometido y jurado que no se escaparía.

3.4 Una valoración retrospectiva

A través de esta indagación acerca de si el reo tiene o no deber en conciencia de cumplir la pena podríamos pensar que se está introduciendo una condición esencial de la penalidad que consiste, a mi juicio, en la proporcionalidad en la ejecución, y que se traduce en una apelación al legislador para que imponga penas adecuadas a la ofensa y eficaces, que puedan ser adecuadamente cumplidas. En este segundo momento, la adecuación en el modo de ejecución penal tiene que ver con aspectos que hoy reconocemos integrantes de la dignidad de la persona. Si hay menoscabo de la salud física o mental, incluso riesgo de ello por causa de la permanencia en el lugar, la pena es algo

Acceso: 28/02/2014); RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, cit., cap. 1, pp. 25-82.

⁴⁶ DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Los galeotes de los Austrias. La penalidad al servicio de la Armada», *Historia Social*, núm. 6, 1990, pp. 127-140. Calcula que a finales del siglo XVI, el índice de mortalidad anual de los forzados era el 13 por ciento (*ibid.*, p. 132).

⁴⁷ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 16 (CHP-2.ª Serie, vol. 16, p. 223). La referencia del Doctor Navarro, a quien Suárez nombra sin especificar la cita, se encuentra en AZPILCUETA, M., *Commentarius Quartus de regularibus (in cap. statutus. 19. q. 3)*, n. 64.

menos que justa. La realidad histórica era esa⁴⁸. Ahora bien, no es seguro que las palabras de Suárez acerca del *ius fugiendi* puedan interpretarse correctamente como precedente del principio de humanización de las penas.

No puede decir Suárez que en esos casos tan duros la pena impuesta es injusta porque hubo restauración del primer desequilibrio contra la justicia conmutativa, o mejor dicho, contra la justicia legal, porque hubo ofensa contra la comunidad: una infracción del derecho origina un débito que hay que equilibrar. En el planteamiento suareciano el castigo corresponde a lo que denomina, acudiendo al clásico lenguaje de las virtudes, justicia vindicativa; pero ésta no es una clase de justicia distinta de las otras tres que se realizan en la aplicación de las sanciones. En el castigo se abre camino la justicia en sus tres manifestaciones, según entendían los escolásticos, con las matizaciones peculiares de cada autor⁴⁹. En primer lugar está implicada la justicia conmutativa porque impone al juez el deber de aplicar las leyes sin exceder los límites del castigo; en segundo lugar está afectada la justicia distributiva porque atribuye al responsable la sanción que le corresponde en proporción a la gravedad del delito cometido; en tercer lugar, interviene –y en Suárez lo hace de modo fundamental– la justicia legal porque el

⁴⁸ Escribió el jurisperito setabense Tomás Cerdán de Tallada, quien fuera visitador de presos, que «en esta ciudad y Reino de Valencia, donde hay las más crueles cárceles que se tiene noticia haberlas en estos Reinos, porque se sabe por relación de cautivos cristianos, que los baños de Argel, no son con mucho tan ásperos como la cárcel común de esta ciudad, habiendo de ser muy al revés, como se dirá abajo» (CERDÁN DE TALLADA, T., *op. cit.*, p. 340). Sobre las condiciones de vida en la Cárcel Real de Sevilla, vid. HERRERA PUGA, P., *Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro*, Madrid, BAC, 1974, pp. 77 ss.; GACTO FERNÁNDEZ, E., «La vida en las cárceles españolas de la época de los Austrias», *Historia 16*, número extra, octubre 1978, pp. 14-46, que se basa fundamentalmente en la *Relación de la cárcel de Sevilla*, de Cristóbal de Chaves y en el *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*, del P. Pedro León; VILLALBA PÉREZ, E., «Algunas notas acerca de la gestión de las cárceles madrileñas a comienzos del siglo XVII», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 3, 1993, pp. 311-328.

⁴⁹ John Finnis ha entendido que la justicia general (o legal), tal como fue concebida por Tomás de Aquino, es la noción fundamental de la justicia que exige una orientación hacia el bien común y que fue la interpretación errónea de Tomás de Vío (= Cayetano) la que provocó la distinción tripartita entre una justicia legal (convertida en una simple lealtad de los ciudadanos con el Estado) y dos variantes de justicia particular, la justicia conmutativa (igualdad entre particulares) y la distributiva (reparto de beneficios de la comunidad a sus miembros). La escuela española del siglo XVI es continuadora de la interpretación de Cayetano y tergiversaría la noción tomista. Vid. FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 184-186; *id.*, *Aquinas. Moral, political, and legal theory*, Oxford University Press, 2004, pp. 210-217 (compensación y castigo, junto a las notas sobre la «inestable» clasificación de la justicia de Aquino). El castigo remueve la desigualdad, o sea la ventaja que ha obtenido el infractor en términos de beneficio o libertad de las restricciones externas para elegir y actuar. Finnis interpreta que la igualdad de la justicia se repara por medio del castigo suprimiendo la voluntad del infractor (su libertad o autonomía) que tomó lo que no debía. En este punto, los ofendidos son no sólo las víctimas sino la comunidad.

buen funcionamiento de la administración pública castigando (o premiando, cuando corresponda) las malas acciones corresponde a la necesaria buena gobernación del Estado⁵⁰.

«[L]a pena no es debida al delincuente por exigencia de la justicia conmutativa, sino que es debida sobre todo a la república, de la cual es deudor el mismo reo; por consiguiente, cuando el juez quiere imponer una determinada pena, no ejerce un acto de justicia conmutativa positivamente (por así decir), sino más bien negativamente, en cuanto el juez quiere no excederse en la debida cuantía de la pena. Digo, en cambio, de suyo y con respecto a la persona del delincuente, ya que respecto de la república sí sucede que el juez humano está obligado por deber de justicia conmutativa a castigar los delitos con penas justas y legales»⁵¹.

Pero teniendo en cuenta que las obligaciones derivadas de la justicia imponen obligación en conciencia, cuando Suárez admite que el preso justamente condenado, sin embargo no tiene obligación (moral, por lo tanto) de no huir (esto es, de permanecer en prisión y cumplir la condena) en estos casos de cárceles duras y galeras, para no tener que concluir su razonamiento calificando como injusto el modo de cumplimiento de la pena tiene que admitir implícitamente que hay al menos un «permiso» para no cumplirla.

Reconoce que el reo está obligado a cumplir la pena, pero no con esas incomodidades, en cuya ocasión el mismo Derecho natural le permite suspender su cumplimiento ejerciendo su derecho de fuga. El Derecho natural reconocería solo entonces un *ius fugiendi*. Ese *ius* no sería un derecho (subjetivo) riguroso sino un permiso, licencia o tolerancia que está reconocido por un precepto natural, el cual obliga a terceros, en este caso a los jueces y a la administración penitenciaria, a no sancionarle por realizar lo que le está permitido.

Por eso nos llama más la atención que Azpilcueta sostuviese el deber de los galeotes, precisamente cuando el egregio canonista niega la obligación moral no sólo del condenado injustamente sino además cuando la pena ha sido impuesta justamente pero su ejecución es injusta⁵². Con ello distingue, pues, entre la justificación de la sanción

⁵⁰ SUÁREZ, F., *De iustitia Dei*, sec. 5, n. 5-9. Podemos admitir que Suárez acentúa la función pública del castigo (implicando a la justicia legal) frente a sus inmediatos predecesores, Cayetano o Domingo de Soto (que enfatizaron la justicia conmutativa que resarce la ofensa privada), conforme a la interpretación de GIERS, J., *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suárez*, Freiburg im Breisgau, Herder, 1958, pp. 181-186 y 230-231. Para Suárez el castigo al delincuente es un acto de justicia legal mientras que la justicia conmutativa interviene para exigir al juez el cumplimiento de su deber con el Estado al que sirve y que le paga.

⁵¹ SUÁREZ, F., *De iustitia Dei*, sec. 5, n. 9 (*Opera omnia*, París, L. Vivès, 1858, tomo 11, pp. 572-573).

⁵² AZPILCUETA, M., *Opera omnia*, Venetiis, Apud Ioannem Guerilium, 1599, tomo 1, p. 128: «En séptimo lugar (...) una pena injusta no ha de seguirse, en el foro de la conciencia (...), a no ser que esto ocasione grave escándalo (...) En octavo lugar,

penal y el cumplimiento, lo mismo que hace Suárez, y por eso no alcanzamos a comprender el sentido del reproche.

4. LEYES «PURAMENTE PENALES»

Sobre las fugas había discrepancias entre los escritores. Si nos fijamos de la autoridad de Quintiliano Saldaña, el Consejo Supremo de la Inquisición se había pronunciado rotundamente a favor del derecho natural de evasión⁵³. El jurista toledano Baltasar Gómez de Amescua recapituló las opiniones en tres tendencias, a saber⁵⁴: la que rechaza totalmente que pueda huir sin consecuencias quien haya sido encarcelado justamente, la cual sería sostenida casi unánimemente por los juristas; una segunda, más aperturista, que defendían Silvestre Prietas o Diego de Covarrubias, admite la fuga del que está encarcelado justamente, o condenado a muerte o a mutilación de algún miembro, con tal que para huir no cause ningún daño a las personas o a las cosas; la postura más permisiva estaría representada por aquellos como Domingo de Soto o los agustinos Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón, quienes admitían que pudiera el justamente encarcelado huir de la cárcel y para ello romper las cadenas, forzar la cár-

hay que afirmar lo mismo cuando la pena es justa pero su ejecución sea injusta. Esto sucede cuando alguien ha sido justamente condenado a prisión perpetua, o temporal, pero el guardador de la cárcel por su propio impulso, o por mandato de otro, le priva injustamente de alimento, de vestimenta, o del fuego o del espacio necesario para mantener su vida; como ha sucedido hace poco, que a un religioso regular le mantenían solo con escasas porciones de pan y agua en días muy excepcionales. También pasa cuando estando en medio del invierno en un lugar muy frío solo se permite al condenado tener una túnica; o se le niega día y noche el fuego para calentarse; o cuando se ve forzado a dormir en el suelo en un sótano muy húmedo y sin cubierta. O cuando con otros actos similares obran muy cruelmente, de un modo poco religioso y cristiano, de manera que quienes sufren estos actos creen con probabilidad que obtendrán la muerte. Los que aconsejan y mandan esos actos no solo cometen pecado mortal e incurrir en irregularidad si llegara a suceder la muerte (...), sino que ellos mismos se hacen inclementes y crueles, según explica Santo Tomás (*Suma de teología*, 2-2, cuestión 157 y cuestión 159)».

⁵³ SALDAÑA, Q., «Adiciones de Historia del Derecho Penal en España», a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 18.ª edición alemana y añadido, Madrid, Hijos de Reus Editores, tomo primero, 1914, p. 344: «La pena de azotes, aplicada por los tribunales civiles a los delitos de escalonamiento, robos, lesiones, etc., fue abolida por la Inquisición en cuanto a las mujeres, y limitada a los bígamos y a los que se fugaban de las cárceles; pero declarado por el Supremo Consejo que la evasión era un acto de derecho natural la pena de azotes quedó completamente abolida, cuando seguía por mucho tiempo usándose entre los laicos».

⁵⁴ AZCÁRRAGA, J., «Balthasar Gómez de Amescua: Tractatus de potestate in se ipsum», en Grossi, P. (Ed.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 452-453. Amescua fue un jurista toledano, que publicó en Palermo en 1604 este tratado sobre los derechos de la personalidad, del cual hubo en 1609 otra edición posterior en Milán.

cel, descerrar las puertas o perforar paredes, siempre que no se cause daño a los guardianes.

Por su parte, Francisco Suárez ha afirmado resueltamente que las leyes que imponen pena a quien huye de la cárcel son *leges pure poenales*, «leyes puramente penales»⁵⁵.

La doctrina de las leyes pura o meramente penales funcionaba en el pasado como epicentro de la cuestión acerca de la obligatoriedad moral de obediencia al Derecho. Como ha sintetizado el profesor Liborio Hierro, la doctrina «merepenalista» servía para mantener un compromiso moral genérico con el ordenamiento jurídico vigente a la vez que se permitían ciertas desviaciones instrumentales por motivos de autointerés⁵⁶. No solo tenía esa función, pues sus partidarios pretendían ante todo restringir la opinión vulgar –muy extendida en aquellos tiempos– consistente en negar el deber moral de obediencia a las leyes reforzadas mediante penas o multas. La finalidad de la teoría era restringir el grado de inobservancia de las leyes, enseñando a los súbditos que también las leyes penales obligaban en conciencia, que debían ser obedecidas y por ello acatarlas consistía en cumplir la conducta (activa o pasiva) en la que consistía el deber enunciado en ellas sin que hubiera la alternativa de conformarse moralmente con la excusa de que no había desobediencia cuando el enunciado lingüístico de la ley contuviera una sanción, fuera pena, multa o medida coercitiva⁵⁷.

Los autores distinguían escolarmente tres categorías de leyes, que podríamos intentar aproximar en la actualidad, sólo a efectos pedagógicos y no exclusivamente técnicos, a los intentos de distinción entre normas morales (no garantizadas mediante la coerción institucionalizada) y normas jurídicas (unas garantizadas plenamente por referirse a unas materias importantes y otras normas más cercanas tal vez al

⁵⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 7 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 73). Eran ejemplos típicos de leyes consideradas meramente penales, el del robo de leña en terrenos comunales –que repite Suárez– y el de la defraudación de impuestos. Los comenta en nuestros días William Daniel con la autoridad de Vitoria, Soto, Toledo, Vázquez, Salón, Molina, Bartolomé de Medina y Suárez. Se oponían Soto y Molina. Vid. DANIEL, W., *The purely penal law theory in the spanish theologians from Vitoria to Suárez*, Roma, Gregorian University Press, 1968, pp. 130-162.

⁵⁶ HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 115-116.

⁵⁷ Sobre el alcance de la teoría de las leyes meramente penales, vid. DANIEL, W., *op. cit.*, particularmente sobre Suárez en pp. 18-24, 34-37, 48-52, 88-113, 156-162, 203-208; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 326-330; LEOCATA, F., «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en Cruz, J. (Ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, cit., pp. 15-24; CRUZ, J., «Proyección de la ley natural en las leyes penales», en íd. (Ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, Eunsa, 2007, pp. 159-180; MACIÁ, R., *Doctrinas modernas iusfilosóficas*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 150-158; MORTA FIGULS, A., «Suárez y las leyes meramente penales», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 5, 1950, pp. 503-599; MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., «La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas», *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 55-56, 1950, pp. 189-241.

ámbito reglamentario o que regulan asuntos menores). Una ley era puramente moral porque obligaba solamente en conciencia, esto es, cuando imponía deberes imperfectos cuya eficacia no estaba garantizada. Ley mixta o compuesta se llamaba a la que es a la vez moral y penal, pues impone deberes perfectos, cuyo cumplimiento además está garantizado: obligan a hacer o a no hacer una acción y, en caso de incumplimiento, obligan a padecer la sanción. La tercera categoría es de la ley puramente penal, que define Suárez como «*la que contiene exclusivamente el precepto, por así decir, hipotético de sufrir tal pena o perjuicio si se hace esto o aquello, aun cuando no se imponga precepto respecto del acto sometido a tal condición*»⁵⁸.

La ley puramente penal adopta aquí un enunciado proposicional que impone una obligación disyuntiva: hacer algo o someterse a la pena. Este criterio formalista había sido suficiente para Alfonso de Castro para distinguir una ley penal que obligue en conciencia bajo amenaza de sanción y una ley puramente penal, que no obliga en conciencia a realizar el acto⁵⁹. Pero Suárez añade un criterio material: la importancia intrínseca del asunto que regula la ley. Es indicador de que podríamos estar en presencia de leyes puramente penales cuando normalmente se refieran a conductas de escasa relevancia para el bien común –como aclara–, afecten poco a la moralidad pública, no preten-

⁵⁸ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 65-67): «No obstante, se ha de decir en primer lugar que pueden darse leyes que fueren u obliguen bajo amenaza de una pena, aunque no obliguen en conciencia al acto por cuya transgresión obligan a la pena. Martín de Azpilcueta da por supuesto que esta tesis es manifiesta; así la sostiene Francisco de Vitoria, la expone ampliamente Alfonso de Castro y la siguen otros autores antiguos ya citados. Todos ellos distinguen una doble ley penal, pura y mixta o compuesta, a las cuales se añade una tercera, la ley humana no penal sino puramente moral, como es la que obliga en conciencia y no añade pena (...) Mixta se llama la que es al mismo tiempo moral y penal e incluye virtualmente dos preceptos; uno, el de realizar o evitar tal acto; otro, el de sufrir tal pena, si no se realiza o evita el acto (...) Ley puramente penal se llama a la que contiene exclusivamente el precepto, por así decir, hipotético, etc.»; *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 13 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, pp. 77-79): «la ley penal se resuelve en la obligación de conciencia de satisfacer y sufrir la pena y esto basta para que sea verdadera ley, aunque no obligue en conciencia a la condición bajo la cual se conmina la pena. Respecto de esa condición la ley se dice puramente penal, aunque respecto de la pena misma tiene eficacia de obligar de la manera antedicha».

⁵⁹ Alfonso de Castro (1495-1558) fue pionero en desarrollar sistemáticamente su teoría en *De potestate legis poenalis* (1550), lib. 1, caps. 5, 8, 9, 11. Cfr. CASTILLO HERNÁNDEZ, S., *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales o la obligatoriedad moral de las leyes humanas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1941; CRUZ CRUZ, J., «La interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en *Delito y pena en el Siglo de Oro, op. cit.*, pp. 53-68; MAÑARICUA NUERE, A. E. de, «La obligatoriedad de la ley penal en Alfonso de Castro», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 4, 1949, pp. 35-64; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del Derecho Penal*, Pamplona, Eunsa, 2014 (basado en la edición de Madrid, Editorial Cisneros, 1959).

dan enmendar vicios muy comunes ni tampoco se refieran a comportamientos que pudieran atentar contra la paz social⁶⁰.

La materia complica aparentemente la calificación jurídico-moral de la legislación. Las leyes que regulan las fugas son para Suárez meramente penales. ¿Cómo podrían ser de escasa importancia leyes procedentes de un soberano que representa la voluntad divina, aunque sea mediada por el consentimiento del pueblo? Para preservar la coherencia del autor tendremos que suponer que la calificación de las fugas como conductas meramente penales no puede querer decir que la fuga sea asunto de escasa importancia. Ello significaría que el legislador se desentiende de la eficacia social de sus normas.

Según el modelo suareciano, cuando una ley es válida obliga, el juez tiene la potestad de imponer y hacer ejecutar la sentencia, y el condenado estará obligado a acatar la sentencia, sin derecho de resistirse activamente. Pero no hay impedimento moral alguno para que no pueda escapar cuando haya oportunidad: *«pues impedir la pena mediante la huida no está prohibido en conciencia cuando la pena es corporal y grave»*⁶¹.

Por eso cuando la pena es corporal y dura, el condenado no tiene obligación en conciencia de evitar la fuga. Sin embargo, Suárez desplaza sutilmente la obligación en conciencia al momento de cumplir el castigo, de manera que el legislador puede suprimir la necesidad de culpa por la transgresión declarándolo así expresamente, pero como no sería posible para Suárez admitir la existencia de una ley sin que produjera obligación (es esencia de la ley la obligación y toda obliga-

⁶⁰ Para conocer si la obligación legal es de conciencia o sólo bajo pena hay también que atender a la gravedad de la materia, criterio mencionado en SUÁREZ, *De legibus*, lib. 5, cap. 4, n. 12 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 77): «Finalmente, aunque las palabras consideradas en sí mismas o la gravedad de la pena no muestren suficientemente la obligación en conciencia a observar la ley, se ha de tener en cuenta la materia de la ley. Si la materia es moral, es decir, atañe directamente a las buenas costumbres de la comunidad política y a la represión de los vicios, y si se juzga necesaria para esos fines o para lograr la paz de la comunidad o para evitar un gran daño de ella, estamos ante una presunción sólida de que la ley se da con la intención de obligar en conciencia, aun cuando el modo de mandar no sea tan expreso y formal ni la pena grave en demasía. Tal es el parecer de Francisco de Vitoria y Diego de Covarrubias. Y la razón es que se ha de creer que en estos casos el legislador quiere obligar del modo más conveniente y necesario a la comunidad política. Ahora bien, en tal materia y circunstancias es muy conveniente presionar obligando en conciencia. Luego. Pero cuando no se da nada de eso, sino que la materia es política o de escasa importancia o necesidad para las buenas costumbres y la forma de mandar es solamente condicionada y la pena no grave en demasía, es señal suficiente de que tal ley no obliga en conciencia».

⁶¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 5, cap. 10, n. 2 (CHP-2.^a Serie, vol. 16, p. 209): «A este respecto, es cierto que la ley penal obliga después de dictada sentencia bastante, porque entonces el juez tiene derecho a ejecutar la sentencia. Luego, el otro no tiene derecho de resistir; de lo contrario, tendríamos una guerra justa por ambas partes. Me refiero a una resistencia positiva en sentido propio, pues impedir la pena mediante la huida no está prohibido en conciencia cuando la pena es corporal y grave».

ción es moral, en conciencia), una vez que el actor infrinja la ley tiene que asumir el deber moral de cumplir el castigo⁶².

Hay que insistir en que para Suárez la esencia de la ley es la obligación. No existe ley ni acto con fuerza de ley sino en cuanto imponen obligación⁶³. Toda obligación es moral, una obligación en conciencia que impone cierta necesidad de obrar o de no obrar⁶⁴. Por eso sostiene que la transgresión de una ley humana ofende doblemente a Dios y al príncipe o al Estado, por lo cual castigan ambos, y en este sentido la sanción terrenal es acompañada con la amenaza de sanción ultraterrena⁶⁵.

⁶² LEOCATA, F., *op. cit.*, pp. 20-22: en la ley puramente penal el legislador exime de la culpa moral en el momento de la transgresión, pero una vez realizada «y/o descubierta y juzgada la falta», la obligación en conciencia se traslada al cumplimiento del castigo impuesto por la ley. La culpa moral que se elimina antes de realizar el acto transgresor se traspa a posteriori. Aun así la obligación de cumplir el castigo –aclara Francisco Leocata– es moral y depende de factores externos como son el descubrimiento del infractor, el juicio de transgresión y además una sutil tarea interpretativa de la voluntad legislativa. Esto lo había mostrado en su momento Jean Dridoens (1480-1535), según indica FINNIS, J., *op. cit.*, p. 327, nota 18. En efecto, esto es correcto; sin embargo, hay un elemento relevante que nosotros señalamos: la obligación natural superior de preservar la vida prevalece cuando la ejecución penal es desproporcionada.

⁶³ La cuestión sobre los efectos que produce la ley se centra en la ley propiamente dicha y en la auténtica obligación moral (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 1). Pero amplía la cuestión a los actos con fuerza de ley: «No existe ley ni disposición del superior que participe de la naturaleza de ley si no es en cuanto impone obligación» (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 11; edición CHP, vol. 12, Madrid, CSIC, 1971, p. 89). La obligación es efecto próximo y adecuado, pero no es el único, pues por medio de la obligación produce otros efectos (manda, prohíbe, permite, castiga). Esos cuatro efectos se distinguen entre sí y con una especie de orden: mandar y prohibir, *praecipere et prohibere*, se buscan directa y fundamentalmente, en cierto modo pertenecen a la sustancia de la ley (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 14 y 16; lib. 1, cap. 17, n. 3); los otros dos, *permittere et punire*, son como accesorios y añadidos para ayudar a la ley a conseguir los dos primeros efectos con mayor facilidad y eficacia (*De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 16).

⁶⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 4 (CHP, vol. 12, p. 82): «no existe auténtica ley que no imponga obligación, es decir, cierta necesidad de obrar o de no obrar»; *De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 12 (CHP, vol. 12, p. 90): «toda obligación de no hacer o hacer algo nace de la ley, pues siempre que alguien, actuando contra la propia obligación peca en conciencia, actúa contra la ley».

⁶⁵ Lo mismo pasa con la ley penal, que tiene un doble aspecto, según se considere desde la perspectiva del órgano judicial o desde la del súbdito. En el primer caso, la ley impone al juez la obligación de castigar tal delito (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 6). Pero desde la perspectiva del reo, la ley impone dos obligaciones: una se refiere a la culpa (obligación en conciencia) y otra se refiere al castigo (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 7; lib. 1, cap. 16, n. 3; más específicamente en *De legibus*, lib. 5, cap. 4, donde discutirá si puede haber pena sin culpa). La tesis general es que, aunque alguna ley no obligue en conciencia a realizar el acto por cuya transgresión se impone la pena, obliga al menos a realizar el acto o, si no se hace el acto, obliga a pagar (cumplir espontáneamente el castigo) o a sufrir el castigo (no poner resistencia al castigo) (*De legibus*, lib. 1, cap. 14, n. 7; lib. 5, cap. 10, n. 2). Por consiguiente, también la ley penal impone un deber, y si no se cumple voluntariamente la conducta, el deber es acatar la sanción. Las leyes penales obligan en conciencia, lo cual no significa que se

Cuando comenta la capacidad sancionadora canónica, Suárez indica que todos los autores coincidían en que el reo justamente condenado estaba obligado a cumplir la condena. Esta opinión común no impedía sostener lícitamente lo contrario cuando el cumplimiento de la condena conllevara anejas gravísimas incomodidades⁶⁶. Y añade, con más rotundidad aún, que en el supuesto de durísimas condenas canónicas, a muerte y cadena perpetua, está admitida la legitimidad de la fuga: el condenado «*puede lícitamente huir, pues en realidad no está huyendo de la cárcel sino de la muerte*»⁶⁷.

Obviamente, entiendo yo, no es el hecho de escapar lo que propugna sino que está manifestando el reconocimiento de la colisión entre el deber público de imponer sanciones para garantizar el bien común y el deber natural personal de preservar la vida. El condenado a muerte puede lícitamente fugarse porque «*el privilegio de preservar la vida es máximo*». Y lo mismo, cuando haya sido condenado a perpetuidad pero el reo deba mantener continuas abstinencias que ineludiblemente desembocarán en el irremediable acontecimiento fatal⁶⁸.

castigue dos veces, una por el legislador temporal y otra por Dios con la condenación eterna, sino que el pecado es susceptible de ambas penas y que la transgresión de una ley humana no sólo ofende a Dios sino también al príncipe y a la república, y por tanto justamente ambos (Dios y el Estado) la castigan (*De legibus*, lib. 5, cap. 3, n. 3). Lo mismo escribe con una rotundidad que asusta, en SUÁREZ, *Opera Omnia*, París, Vivès, 1856, tomo 4, p. 516: «la transgresión de cualquier ley es pecado, ya que conlleva la transgresión de la ley divina natural según la cual toda potestad proviene de Dios, de manera que ninguna ley obliga sino en virtud de la ley divina».

⁶⁶ SUÁREZ, F., *De religione*, tratado 8, lib. 2, cap. 10, n. 10 (*Opera omnia*, París, Vivès, 1860, tomo 16, pp. 153-154). El prelado religioso tiene potestad coercitiva para imponer penitencias y labores severas, pero la dificultad que se plantea Suárez como canonista es si el condenado a cadena perpetua o a dejarse morir de hambre está obligado a no huir. Era doctrina común (Covarrubias, Cayetano, Soto, Navarro, Salcedo) que el religioso condenado a cárcel perpetua estaba obligado a no escapar, tanto por ley general de justicia que obliga al reo a cumplir la sentencia justa, como por título especial añadido por el voto de obediencia. Ahora bien, «accidentalmente, en cambio, por causa de las gravísimas incomodidades añadidas a la encarcelación, podría ocurrir que fuese lícito lo contrario»— como indicará a continuación.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 154. El texto específico se refiere a una sanción canónica por la que el religioso sea condenado a morir de hambre.

⁶⁸ Y continúa, SUÁREZ, F., *ibid.*, n. 11, p. 154: no está obligado el reo a abstenerse de comer ni puede obligársele en conciencia porque es muy difícil, repugna la inclinación natural ni es necesario para el bien común; bastante es que el juez pueda mandar a los ejecutores que no le den la comida, y lo mismo puede hacer el prelado por virtud del voto de obediencia, aunque no puede prohibir que coma lícitamente si puede. «De donde infiero que el religioso así condenado puede huir lícitamente, no para huir de la cárcel sino de la muerte. Todos admiten que el condenado a muerte puede lícitamente huir, si pudiera, porque el privilegio de cuidar de la vida es máximo, como consta en los autores citados y en otros que ellos refieren. Ahora bien, quien ha sido condenado a prisión perpetua, para que perezca paulatinamente por una continua inedia, está condenado a muerte, pues, aunque no haya sido condenado a que lo maten, sin embargo está condenado a morir casi desde dentro, lo cual es parecido, en la medida en que afecta al deterioro de su vida. En consecuencia, para evitarlo será lícito huir. Tal vez los autores hablan de este caso, Angelo de Clavasio y los otros que

Hasta ahora aún no tenemos un reconocimiento general del derecho de fuga, ni puede haberlo sino de manera muy excepcional para aquellos casos en los que corra riesgo grave, diríamos casi inminente o muy seguro, la vida de la persona justamente condenada.

5. CONCLUSIÓN. NATURALEZA HUMANA, PERMISOS Y ESTADOS DE NECESIDAD

A mi juicio, no es imprescindible entender el *ius fugiendi* como un derecho estricto, pues «tener un derecho» puede querer decir también que es posible de hecho escaparse sin que actúen mal las personas que intenten impedirlo. Puede ser entendido como una expresión trivial, a modo de lo que puede calificarse en la propia terminología suareciana como una mera negación del impedimento o permisión de hecho (en la medida en que no está prohibido escaparse), pero también cabe que entendamos que en determinadas circunstancias existe un permiso jurídico que sólo significa tolerancia o licencia⁶⁹. En este último sentido, significaría algo más que el reconocimiento de una situación fáctica y algo menos que el reconocimiento de una posición merecedora de protección activa; una noción débil de «derecho» que admite internamente la moralidad de la acción, aunque exteriormente no pueda probarse ni exigirse protección jurisdiccional.

En consecuencia, el reo no obra mal en el foro de la conciencia, aunque el legislador tampoco obra mal intentando impedir la evasión. Es obvio que el reo no podía solicitar la suspensión de la condena o instar algo semejante a la libertad condicional. Estas instituciones solo son concebibles a finales del siglo XVIII o principios del XIX, cuando se haya asentado un sistema penitenciario digno de tal nombre⁷⁰. Pero el reo que de hecho se evadiera, si fuere capturado podría estar amparado por ese permiso.

Es el derecho natural de evasión, un permiso o tolerancia que negativamente se estructura, entiendo yo, como inmunidad. La consecuencia moral es clara: no peca y descarga la conciencia.

Las consecuencias jurídicas inmediatas pueden inferirse, aunque en esta ocasión interpretamos expansivamente al autor (de manera verosímil, pero aplicando la inferencia a un contexto externo en el que no se mueve específicamente). El juez no podría castigar al evadido por una acción que está permitida en esas circunstancias crudas. O no podría castigarlo de inmediato sin antes valorar las motivaciones de la acción. Que esté permitida no significa que uno tenga derecho a hacer-

citan Covarrubias, Navarro y Salcedo, que sostienen que al condenado a cárcel perpetua le es lícito evadirse».

⁶⁹ En especial, SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. 1, cap. 15, n. 5-12.

⁷⁰ RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria*, *op. cit.*, pp. 163 ss.

lo, sino que una vez hecha la acción en esa ocasión y circunstancias surge *per se*, naturalmente, un escudo que impide añadir castigo a la condena inicial. Más dudoso es que la inmunidad pueda aplicarse a los vigilantes, pues ellos tienen contraído con el Estado un especial deber de cuidado por el que son responsables directamente.

A la vez se mantiene simbólicamente la lealtad con el sistema jurídico en su conjunto y la adhesión al soberano, pues los reiterados incumplimientos de sus normas no pueden entenderse en estas materias «meramente penales» como síntomas de dilución de su legitimidad.

La doctrina de las leyes meramente penales no solamente fue la versión embrionaria del tratamiento jurídico de la conciencia sino una manera de consolidar al poder soberano porque se estaba justificando que la legitimidad del mismo no depende en todos los casos de la efectividad de sus normas. Que el incumplimiento no supone en todo caso desobediencia.

Cuando hay una colisión de obligaciones, entre el deber de cumplir la condena y el deber de preservar la vida, en estos casos excepcionales de crueldad y sufrimiento, el beneficio o privilegio de la vida opera como elemento catalizador que motiva la decisión de evadirse. La infracción de la norma penal no tiene porqué ser considerada una infracción moralmente grave cuando se pondere la seriedad de las razones que contribuyeron a la evasión. En ella se tendrá en cuenta un conglomerado de circunstancias fácticas y motivaciones psicológicas, todo lo cual puede valorarse como nutriente de ese principio genérico que Suárez y los teólogos llamaban el «privilegio de la vida». Esas circunstancias determinarán, tal vez, la existencia de estados de necesidad exculpatorios. Que no es una interpretación descabellada lo muestran la abundancia de fugas que se produjeron, y no solo aprovechando la falta absoluta de seguridad en los centros de internamiento⁷¹, sino porque se utilizaban como mecanismo parajurídico de protección: los fugados se ponían a disposición del tribunal superior que solía ser más benévolo para purgar el delito de evasión, evitar el encierro o las presiones de jueces locales⁷².

Suárez, a diferencia de otros coetáneos, restringe el derecho de fuga a condenas justas que aparejen la muerte, incluyendo las penas de cárcel cuando el cumplimiento acaezca en condiciones inhumanas. Tampoco hay reconocimiento general sino en circunstancias extremas. El denominado *ius fugiendi* no es considerado por él un derecho

⁷¹ En España llegaron a ser tantas las fugas que en el siglo XIX eran motivo de chanzas en la prensa, como sucedió con las evasiones de reclusos de la cárcel de Lugo. Refiere esta anécdota MATA Y MARTÍN, R. M., «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 5, 2012, p. 288: el problema era general a todo el sistema penitenciario, con instalaciones deficientes, falta de personal e inseguridad en los centros.

⁷² *Vid.* ORTEGO GIL, P., «El vehemente impulso y justo deseo de recobrar la libertad (notas históricas sobre fugas de cárcel)», *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 399-440.

estricto sino que sería un permiso en el sentido que hemos explicado. Lamentablemente no hace una conexión directa con su concepción de los permisos, bastante elaborada, ni utiliza la expresión de causas o circunstancias justificativas, o alguna denominación semejante. Lo cual no impide que podamos relacionarlo, porque en todo caso el fundamento del permiso (ese equívoco *ius fugiendi*) enraíza en la tendencia innata a preservar la vida, requisito estructural de una comunidad política y de su organización jurídica. La fragilidad de los seres humanos es un rasgo antropológico fundamental que debe contemplarse en cualquier legislación positiva para que ésta sea justa y merecedora de obediencia. La debilidad intrínseca y contingencia de todos los seres humanos no se equipara a los instintos o simples pulsiones psicofisiológicas, aunque éstas puedan a veces servir de señal del modo de ser natural⁷³. Este rasgo antropológico es universal y como tal tiene que ser tenido en cuenta en la actualidad, aunque hoy difieran los autores en atribuir su procedencia al reconocimiento social y no al origen divino, como sostenían los iusnaturalistas.

De esta manera saldríamos del atolladero de tener que considerar estos argumentos como avatares de los derechos humanos y podríamos considerarlos como una aplicación de la racionalidad práctica para obtener la respuesta justa en circunstancias difíciles. Reconoceremos la contribución de la escuela española a la fundamentación filosófica jurídica de los derechos humanos y a la universalización de los principios de dignidad o de igualdad, sin confundir esta tradición central de pensamiento con el racionalismo posterior y sin hacerlos precursores de la positivación de los derechos humanos⁷⁴.

Problemas recurrentes y respuestas jurídicas no del todo satisfactorias se presentan también en nuestros días, como sucede en aquellos casos de quebrantamiento de condena en los que alega el evadido que la fuga estuvo motivada por el temor (para él racional y fundado) de sufrir daños físicos e incluso morir si hubiere continuado encerrado en la prisión; ya sea por motivos psicológicos o por circunstancias verificables como la de haber sido amenazado por otros internos o por los mismos vigilantes, e incluso por el director de la prisión. Más fre-

⁷³ Vizmanos o Pacheco, entre otros comentaristas españoles de la codificación penal decimonónica reconocían la tendencia natural de escapar. Por ello rechazaban tipificar el delito de quebrantamiento de condena. Actualmente algún prestigioso penalista reprocha a esos autores ese presupuesto moralizante porque confunde instinto natural con impulsos fisiológicos o psicológicos, que merecen a veces reprimirse. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales», *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 19, 2007, pp. 34-35. Pero la escolástica construyó un concepto metafísico de naturaleza humana y no cayó en ese burdo reduccionismo biologicista.

⁷⁴ Al respecto, OTERO PARGA, M., «Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo 1, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 599-614.

cuentas son los actos de desobediencia a mandatos judiciales u órdenes de alejamiento o de impago de pensiones que la evasión de las cárceles, al menos en los países europeos desarrollados⁷⁵. La erosión de la dignidad de los internos proviene del hacinamiento, la ausencia de motivación, la soledad o el acoso padecido por otros presos. Las fugas, las muertes o los suicidios son aspectos que reflejan situaciones graves de falta de atención.

Los instrumentos jurídicos de protección se canalizan a través del reconocimiento normativo de la legalidad penal, de la dignidad y prohibición de malos tratos. No faltan pronunciamientos judiciales sobre condiciones carcelarias que podrían asimilarse a otras épocas pasadas, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hacen responsable al Estado de proteger la vida, la salud o el bienestar de los presos por causa de su estatus de personas privadas de libertad⁷⁶. Sin embargo hay hechos rancios que acaecían en la época moderna que también los encontramos planteados en nuestros días⁷⁷.

Reconocer la excepcionalidad de estas circunstancias no significa incentivar el incumplimiento de las leyes, ni alentar las fugas, sino aceptar la realidad de que humanamente no son en absoluto descartables comportamientos o actuaciones moral y socialmente reprobables que, sin embargo, suponen un intento de elegir entre cursos de acción en circunstancias difíciles, aquel que el agente moral se representa como menos malo⁷⁸. No se puede descartar del todo, aun hoy, que

⁷⁵ La tasa de fugas es mínima en España, incluso comparada con países de nuestro entorno. Pueden compararse datos recientes en BECERRA MUÑOZ, J., «Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 7, 2012, pp. 381-406; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., «La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo XXI», *ibid.*, núm. 8, 2012, pp. 351-402. Para una comprobación rápida de las cuestiones implicadas en la actualidad en el delito de quebrantamiento de condena, véanse los artículos 468 a 471 CP, junto a *Comentarios al Código Penal* (p. ej., el dirigido por M. Gómez Tomillo, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 1716-25).

⁷⁶ Cita sentencias recientes DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El principio de humanidad en Derecho penal», *op. cit.*, pp. 214 ss.; VAN KEMPEN, P. H., «Positive Obligations to ensure the human rights of prisoners», en Tak, P. & Jendly, N. (Eds.), *Prison policy and prisoner's rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 21-44.

⁷⁷ ZUBRIN GOLD, J., «Prison Escape and Defenses Based on Conditions: A Theory of Social Preference», *California Law Review*, vol. 67, issue 5, 1979, pp. 1183-1204, para casos de los EEUU. Por otra parte, un problema similar se ha planteado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU: *Comunicación n.º 1344/2005, Korolko c. la Federación de Rusia* (Decisión adoptada el 25 de octubre de 2010). El Comité desestima la petición del señor Mikhail Korolko, que alegaba haberse evadido de la cárcel porque sufría amenazas de muerte del jefe de la prisión y condiciones inhumanas.

⁷⁸ La dogmática penal ha desarrollado argumentos muy sofisticados, para cuya aproximación me limito a señalar las importantes contribuciones del número monográfico de la *Revista Discusiones*, núm. 7-2007, a partir de la ponencia central de SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia». Otras intervenciones: BOUZAT, A./CANTARO, A./NAVARRO, P., «El fundamento jurídico de un

haya casos en que la evasión fuera elegida como un mal menor y que sea posible fundamentar la exención de la pena basándonos en la inexigibilidad de otra conducta, sea porque hay circunstancias objetivas o sea porque el individuo padece en esa situación una presión tal que él percibe como muy peligrosa para su vida, aunque distanciado del lugar en otro instante habría reaccionado de otro modo⁷⁹.

La existencia de estos hechos significa también hacer público que el sistema carcelario tiene defectos graves que merecen alguna corrección y que debemos replantearnos las modalidades punitivas y la finalidad de las mismas sin dar por sentado que el avance de la historia signifique siempre un progreso moral irreversible.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

estado de necesidad» (*ibid.*, pp. 113-154); FERRANTE, M., «Necesitados, intolerantes, homicidas y malos samaritanos» (*ibid.*, pp. 57-77); «GONZÁLEZ LAGIER, D., «Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo» (*ibid.*, pp. 155-175); PÉREZ BARBERÁ, G., «Infracción punible de deberes de tolerancia: el problema de la causalidad» (*ibid.*, pp. 79-11).

⁷⁹ Vid. VARONA GÓMEZ, D., «El miedo insuperable: ¿Una eximente necesaria?», *Revista de Derecho Penal y criminología*, núm. 7, 2001, pp. 139-175; íd., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000.