LAS *LEGES IRRITANTES* EN *DE LEGIBUS* DE FRANCISCO SUÁREZ COMO NORMAS DE COMPETENCIA [1]

Jesús Delgado Echeverría

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN. Francisco SUÁREZ (1548-1617) dedica cerca de setenta páginas de su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* a las *leges irritantes.* No parece que los estudiosos de su obra les hayan dedicado especial atención. Desde la teoría general de las normas, podemos identificar las *leges irritantes* (normas invalidantes) con un tipo de normas de competencia: aquellas que establecen las condiciones de actualización de la competencia y, consiguientemente, la validez o invalidez de los actos. SUÁREZ distingue claramente estas normas tanto de las que regulan conductas (de obligación o de prohibición) como de las punitivas; y las configura como constitutivas (de la validez o invalidez) a la vez que como directivas de una clase particular. El presente estudio se ocupa también de sus ideas sobre el poder *(potestas)* que es fundamento de la validez de los actos, especialmente en el ámbito de la autonomía privada.

Palabras clave: Francisco Suárez, normas de competencia.

ABSTRACT. Francisco SUÁREZ (1548-1617) dedicates near seventy pages of his *Tractatus of legibus ac Deo legislatore* to *leges irritantes.* It does not seem that scholars have paid special attention to this part of his work. From the general theory of the norms, we can identify the *leges irritantes* (invalidating norms) with a type of power-conferring rules: those that establish the conditions of exercise of the power and, consequently, the validity or invalidity of the acts. SUÁREZ distinguishes clearly these norms from those that regulate conducts (of obligation or prohibition), as well as from the punitive ones; and he simultaneously forms them as constituent (of the validity or invalidity) and as directives of a particular class. The present study takes care also of his ideas about power *(potestas)* that is foundation of the validity of the acts, especially in the field of the private autonomy.

Keywords: Francisco Suárez, Power Conferring Rules.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Validez de los actos jurídicos», SEJ2005-05790, financiado por la CICYT (2005-2008), del que soy investigador principal.

1. INTRODUCCIÓN

Tractatus de legibus ac Deo legislatore[2] es la principal obra de filosofía del Derecho escrita por el teólogo y filósofo español Francisco SUÁREZ (1548-1617). Su contenido es predominantemente teológico, moral y iusfilosófico, pero incluye también desarrollos de teoría general del Derecho, en particular de teoría general de las normas, conducidos con rigor conceptual y sobriedad argumentativa.

Las aportaciones de teoría general de las normas se concentran especialmente en los libros V (Variedad de leyes: leyes penales y odiosas), VI (Interpretación, cambio y cese de la ley), VII (La costumbre) y VIII (Los privilegios); pero pueden encontrarse también en todos los demás: I (La ley en general), II (Leyes eterna, natural y Derecho de gentes), III (La ley civil), IV (La ley canónica), IX (Antiguo Testamento), X (Nuevo Testamento).

El presente trabajo versa sobre una parte del libro V («De la variedad de leyes humanas, y en particular de las odiosas»), en que SUÁREZ se ocupa (caps. XIX-XXXIV, pp. 555-621) de las *«leges humanae irritantes contractum».* El resto del libro está dedicado a las leyes penales y a las que imponen tributos, como tipos de leyes (junto con las irritantes) de la variedad de las odiosas. De la distinción entre leyes odiosas (u onerosas) y favorables (o que confieren beneficio) se ocupa en el cap. II, mientras que en el primero incluye media docena de clasificaciones de leyes (por su origen, por su destinatario, por su materia...) de las que dice que no son necesarias para su propósito *«in ordinem ad formalem rationem legis»:* para «el concepto formal de ley», traduce EGUILLOR; «para la teoría general de la norma», podríamos traducir libremente con pleno respeto, según creo, a la intención del autor y al significado objetivo de su intento.

Los filósofos del Derecho han centrado su estudio de la obra de SUÁREZ en los libros I y II, en torno a su definición de ley y a las relaciones entre ley eterna, Derecho (ley) natural y Derecho de gentes. La literatura al respecto es copiosísima[3]. Más cercanos al tema del presente trabajo, algunos civilistas españoles se han adentrado en problemas particulares de la teoría general de las normas en SUÁREZ. Es el caso de

---

[2] Las citas a esta obra se hacen con indicación de libro, capítulo y número, y de la página de la siguiente edición: *Tratado de las leyes y de Dios legislador,* en diez libros, por SUÁREZ, F., S. I. Reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra, 1612. Versión española por EGUILLOR MUNIOZGUREN, J. R., S. I., 1968, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Transcribo en general de esta versión española, cuidada y fiable, de la que me aparto en pocas ocasiones.

[3] Las monografías centradas en la filosofía del Derecho de SUÁREZ no se ocupan de las *leges irritantes.* RECASENS SICHES, 1947: *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez,* 2.ª ed. (corregida y aumentada; 1.ª ed. 1927), México: Ius; AMBROSETTI, G., 1948: *La filosofia delle leggi di Suárez,* I, *Il sistema,* Roma, y 1951: *Il diritto naturale della Riforma catolica. Una giustificazione storica del sistema di Suárez,* Milano (volumen continuación del anterior, aunque no identificado así por ser de distinta editorial). En esta última monografía y en la de RECASENS se ofrece amplísima bibliografía. También, más recientemente, COURTINE, J.-F., 1999: *Nature et empire de la loi. Études suaréziennes,* Paris: Ed. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (que se ocupa de las consecuencias de las decisiones metafísicas de SUÁREZ en el plano jurídico-político, en particular de antropo-teología suareciana y de su doctrina eclesiológica y teológico-política). Las citas del libro V de *De legibus* en la literatura suareciana son muy escasas. Posiblemente, el autor que más ha reparado en las páginas dedicadas a las leges irritantes es el canonista OLÍS ROBLEDA, en la que fue su tesis doctoral en la Gregoriana, publicada primero por la Universidad de Comillas (*La nulidad del acto jurídico,* 1947) y luego, reelaborada y aumentada, por la Gregoriana, Roma, 1964.

Federico DE CASTRO, quien en su fundamental *Derecho civil de España* llega a decir: «Las ideas de Suárez sobre el concepto del Derecho, naturaleza de las normas, conceptos y caracteres de la ley y de la costumbre, aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidos y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro»[4]. Pues bien, creo que ni los filósofos del Derecho que se han ocupado de SUÁREZ, ni civilistas como DE CASTRO o CARRASCO[5] han reparado en las casi setenta páginas que SUÁREZ dedica en el libro V a las *leges irritantes.*

En mi opinión, el interés de estas páginas estriba en que el objeto de su análisis es un tipo de normas constitutivas, que no regulan (directamente) la conducta de sus destinatarios, sino que establecen las condiciones de validez de sus actos. De este modo, aborda SUÁREZ ventajosamente los problemas de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos desde el punto de vista de las normas (no de una construcción psicológica del acto o del negocio)[6].

Leges irritantes son las que privan de validez a los actos humanos. El interés de una doctrina general sobre las leyes irritantes como la ofrecida por SUÁREZ estriba principalmente en haber individualizado un tipo de normas, las irritantes, que no son normas de conducta (no prescriben ni prohíben) ni tampoco establecen penas por su incumplimiento. No pueden acomodarse, por tanto, a las categorías de las diversas fuerzas de la ley en el texto de MODESTINO (básico en la experiencia del Derecho común europeo) según el cual la virtud o fuerza de las leyes es *«imperare, vetare, permitere, punire».* Para SUÁREZ, irritar (invalidar) no es ni implica prohibición, como no es ni implica pena. Las *leges irritantes* son normas constitutivas, que realizan por sí mismas el efecto que pretenden. Ciertamente, pueden estar relacionadas con prohibiciones, así como, en ciertos casos, constituir una pena.

Las normas irritantes o invalidantes establecen los requisitos para la validez de los actos. Desde el actual punto de vista de la teoría de la norma, forman parte de las normas de competencia o normas que confieren poderes *(power conferring rules),* las cuales definen simultáneamente la validez y la invalidez de actos y normas (entendida la validez como pertenencia al sistema). Las normas de competencia (normas secun-

---

[4] DE CASTRO, F., 1955: *Derecho civil de España, Parte General,* I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 3.ª ed. (1.ª ed. 1942), p. 177. Allí se dice que SUÁREZ «sin duda, en su tratado de las leyes y de Dios legislador, es el más hondo filósofo del Derecho que España ha tenido. Su elaboración doctrinal sobre el pensamiento de Santo Tomás no sólo es aguda y original, sino que es quizás la que mejor corresponde a la concepción católica y española del Derecho». Se añade: «También debe señalarse la patriótica defensa que, como su compañero de orden (se refiere a Luis MOLINA), hace del Derecho Real frente al romano o común». En esta obra CASTRO cita a SUÁREZ docenas de veces (especialmente en el cap. I, sobre «El Derecho objetivo»: pp. 31, 39, 40, 41, 44, 45-46, 48, 51, 52, 55, 56, 57, 60 y 61). Sin embargo, en su obra posterior *El negocio jurídico* (1.ª ed., Madrid, 1967), donde CASTRO se ocupa con la necesaria amplitud de la nulidad en todas sus clases, no hay cita alguna formal a la obra de SUÁREZ, lo que cabría atribuir al planteamiento de la obra (que inició un fallido tratado teórico-práctico de Derecho civil), pero el hecho es que tampoco se percibe la influencia de su pensamiento.

[5] CARRASCO PERERA, Á., 1992: «Comentario al art. 6.3 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* I, vol. 1, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 773-774. El contexto en que CARRASCO trae a colación la doctrina de SUÁREZ es el de las relaciones entre norma prohibitiva y nulidad; más en particular, respecto de la ley *Non dubium* (*vid. infra,* nota 23).

[6] Me ocupo con cierta amplitud del concepto de validez de los actos, desde el punto de vista de las normas de competencia, en «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática», en *Anuario de Derecho Civil,* 2005, I, pp. 9-74.

darias) se separan claramente de las normas de conducta (normas primarias, que obligan, prohíben o permiten) y suelen ser consideradas normas conceptuales, constitutivas o definitorias.

Las coincidencias entre el análisis de las normas irritantes que hace Francisco SUÁREZ y la actual consideración de las normas de competencia en la teoría general de las normas me parecen importantes. Además de poner de manifiesto la valía intelectual del autor, indican que en la tradición del Derecho común europeo estaban sentadas las bases para algunas de las distinciones actuales (en particular, la distinción entre normas de conducta y una clase muy relevante de normas constitutivas, así como la diferencia entre invalidez y pena o sanción). Puede decirse que SUÁREZ analiza las «normas de incompetencia» y que muestra algunos atisbos de las normas de competencia en su sentido más estricto, es decir, como normas que atribuyen el poder para realizar los actos jurídicos. En cuanto a esto, en su concepción del Derecho no es el Derecho humano sino el natural el que confiere a los particulares el poder para realizar actos tales como contratos o testamentos (el Derecho humano puede únicamente privarle de ese poder e invalidar sus actos mientras no infrinja el Derecho natural negativo). Nótese también que su discurso sobre la (in)validez no tiene como objeto las leyes públicas, sino los actos de los particulares.

En lo que sigue resumo y anoto las principales afirmaciones de SUÁREZ sobre las normas irritantes, las relaciono con las normas de competencia y apunto algunas ideas sobre el fundamento de la fuerza de obligar de los actos de los particulares según SUÁREZ.

2. LAS NORMAS IRRITANTES Y SUS CLASES. LAS NORMAS IRRITANTES NO SON PENALES

Las normas[7] irritantes privan al hombre de su poder de contratar válidamente, poder que tiene por Derecho natural. Pueden hacerlo, así como imponer algunas condiciones sin las cuales el contrato no es válido, lo mismo que pueden privarle de su libertad.

Estas normas se cuentan entre las gravosas y odiosas, pues es muy gravoso para el hombre atar su voluntad de tal manera que ni lícita ni válidamente puede hacer lo que quiera y lo que podría hacer si la ley no lo impidiese (V, XIX, 1, p. 555).

Ahora bien, a pesar de la opinión de muchos juristas, las normas invalidantes no son penales. «La solución verdadera es que la invalidación de un acto —en su concepto auténtico y esencial— no incluye el ser pena, y así las más de las veces no es pena, aunque a veces puede tener carácter de pena» (V, XIX, 4, p. 556). Sólo son pena ciertos casos de alguno de los tipos de normas invalidantes.

---

[7] SUÁREZ utiliza siempre el término *leges,* pero es posible hacer la distinción, implícita en su obra, entre norma jurídica y disposición legal: en III, 15, 2, p. 256, dice: «en la forma sensible de la ley se pueden distinguir dos cosas: una, el signo material, como la voz o la escritura, y otra, el significado (...)»; lo que concuerda con la definición que acaba de dar en el núm. 1: «la ley civil que se da a los súbditos es, genéricamente, una señal que indica la voluntad del príncipe» (*cfr.* DE CASTRO, 1955: p. 51; VALLET DE GOYTISOLO, 1999: *Metodología de la determinación del Derecho,* Madrid, p. 467).

SUÁREZ diferencia varios tipos de normas irritantes. Con mayor detalle en V, XIX, 4, p. 556; V, XX, 2, pp. 559-560, aunque también en otros lugares [8]. Pone también ejemplos, de los que recojo algunos.

1. Preceptos afirmativos, que determinan y mandan directamente alguna cosa e invalidan indirectamente y como consecuencia. Es el caso de las normas que establecen forma para la validez de los actos. Estas normas no son penales. Como ejemplo, la norma del Concilio de Trento que establece la obligación de celebrar el matrimonio ante el párroco y dos testigos y determina la nulidad del matrimonio celebrado de otra forma.

2. Preceptos negativos que prohíben el acto con fórmulas suficientes para invalidarlo. Esto puede hacerse por tres causas distintas: *a)* en atención al bien común; por ejemplo, la norma que prohíbe el matrimonio entre consanguíneos o anula el matrimonio del clérigo de órdenes mayores; *b)* a favor de determinadas personas, como son las normas que acuden en ayuda de determinadas personas por razón de su fragilidad, como se hace mediante las leyes que anulan algunos contratos de menores; *c)* en venganza de la persona o de su acción, como los impedimentos matrimoniales que se ponen por razón de un delito, como el de uxoricidio con promesa de matrimonio. Sólo las de este último apartado son normas penales.

3. De ninguna de las formas anteriores, sino sólo como condicionante (ley "puramente invalidante", a la manera o en paralelo de la ley puramente penal): no manda ni prohíbe nada, sino que directamente invalida el acto si se hace, o si se hace sin tal forma). Obviamente, estas leyes no son penales.

En relación con el principio *«favorabilia amplianda, odiosa restringenda»,* llega a las siguientes conclusiones: que las leyes invalidantes sean un gravamen para algunos es cosa accidental. Si la norma es penal, ha de restringirse; si no lo es, a veces puede ampliarse y a veces puede restringirse (pues cabe que sea onerosa sin ser penal).

Es importante notar que la invalidación no es considerada una pena siempre que es consecuencia de la infracción de una prohibición, sino sólo en el supuesto en que se ha infringido previamente otra norma de manera que, como pena de aquella infracción, se impone la de no poder luego realizar cierto acto válidamente. No es fácil encontrar un ejemplo en el Derecho civil vigente. Hasta su derogación, podía entenderse así la pena de interdicción civil, pena accesoria a las de privación de libertad de mayor duración, por la que eran inválidos muchos actos realizados por el penado.

---

[8] En I, XVII, 9, p. 80, tratando de la ley en general, distingue sólo dos tipos de normas invalidantes: «La invalidación puede realizarse de dos maneras, a saber, prescribiendo la forma esencial —si falta la cual el acto no será válido— o prohibiendo el acto en absoluto». Sobre la primera posibilidad, *cfr.* I, XVII, 1, p. 78 y I, XVII, 8, p. 79. Todavía de manera más simplificada, en otros pasos parece identificar las normas irritantes (o la fuerza irritante de las leyes) con dar forma a los contratos y los juicios (en III, XXV, 2, p. 351 distingue en toda ley tres elementos o *vis:* la fuerza directiva, la coactiva y la irritante —con lo que desborda la clasificación cuatrimembre de MODESTINO—, denotando la *irritans seu dans formam contractibus et iudiciis*). Y en I, XVII, 1, p. 78, en que se plantea si las leyes tienen otros efectos además de los cuatro del texto de MODESTINO (*imperare, vetare, permitere, punire:* D. I, 3, 7), se ocupa de las *leges irritantes* —que acabará incluyendo en la virtud directiva del *imperare* o el *vetare,* para separarlas del *punire*— y dice de ellas que «dan forma a los contratos, a los testamentos, etc., y esas formalidades las hacen esenciales, de tal manera que los actos, si se realizan de otra manera, resultan inválidos. A este efecto pertenecen también las invalidaciones de los contratos, las inhabilitaciones de las personas para determinados contratos o cargos».

3. EL CASO DEL TESTAMENTO NULO POR DEFECTO DE FORMA

SUÁREZ propone una y otra vez como ejemplo de *"lex pure irritans"* la norma que exige determinada forma para la validez del testamento. Esta ley «no obliga en conciencia a observar la forma prescrita para el acto o a no realizar el acto sin tal forma» (V, XX, 7, p. 561); la ley «no manda nada acerca del acto mismo ni de su forma, sino que sólo condicionalmente determina que si se hace sin tal forma sea inválido» (V, XX, 2, p. 560); «ni obliga al testador a guardar la solemnidad —pudiendo como puede éste disponer de sus cosas válida e inválidamente—, ni obliga tampoco al heredero, ya que a éste nada le manda» (V, XIX, 10, p. 559).

«No hay ninguna culpa previa ni suficiente causa de pena por parte de aquel cuyo acto se anula; por ejemplo, cuando uno hace un testamento menos solemne, que por ese defecto es nulo, en nada pecó ni hizo nada digno de castigo, porque lo mismo que podría libremente no hacer testamento y no por eso sería digno de pena, también pudo libremente hacer un testamento menos solemne sin incurrir en mancha o causa de pena; luego la nulidad aquella no es pena; luego tampoco la ley es penal sino directiva en un sentido determinado y con determinada eficacia para hacer esa forma como sustancial al acto» (V, XIX, 5, p. 557). De nuevo una páginas más adelante (V, XX, 7, pp. 561-562) señala como ejemplo de ley *"pure irritans"* la que establece la forma solemne para el testamento: ni el Derecho natural ni la ley que da forma sustancial al testamento mandan hacer válidamente testamento, es decir, ni obligan a hacer testamento ni prohíben hacerlo inválidamente, «porque de hacerlo inválidamente sólo se sigue que no tenga efecto, lo cual no es contrario a ningún precepto». Plantea luego una posible objeción: «Se dirá que de ese acto inválido puede seguirse el engaño de otro, su enemistad o algún inconveniente parecido, o que al menos ese acto realizado así será ocioso e impertinente». Y responde, en primer lugar, «que, aun concediendo todo eso, no se sigue que esté prohibido por la ley humana»; en segundo lugar, «que esos efectos no se siguen de suyo sino que son accidentales, porque a veces una razón o fin bueno puede mover a hacer testamento aunque sea sin solemnidad» (V, XX, 8, p. 562).

Difícil expresar con mayor claridad la diferencia entre validez o invalidez, por una parte, y obligación o prohibición, por otra. Probablemente no es SUÁREZ el primero que utilizó a estos efectos el ejemplo del testamento nulo por defecto de forma, y ciertamente no fue el último. Lo notable y que quiero señalar aquí es que el mismo ejemplo de las formas testamentarias ha sido luego utilizado por H. L. A. HART[9] precisamente con la misma finalidad, para mostrar la diferencia entre invalidez y sanción. Más tarde, entre otros, por Julio B. J. MAIER, en monografía que tiene como tema central «distinguir categóricamente los conceptos de validez (o vigencia) por un lado, y de deber (u obligación) por el otro»[10], con la sugestiva circunstancia de que señala como valioso precedente desconocido del mismo ejemplo y distinción la obra del penalista alemán de la Ilustración P. J. A. VON FEUERBACH en obra publicada en 1799[11], al

---

[9] HART, H. L. A., 1974: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed. [trad. cast. de la 1.ª ed. (1961), por CARRIÓ, G. R., 1963: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 35-36].

[10] MAIER, J. B. J., 1980: *Función normativa de la nulidad,* Buenos Aires: Depalma, p. 40.

[11] VON FEUERBACH, P. J. A., 1799: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts.* Reproducción de la edición de ERFURT, 1966: Aalen, Scientia, Verlag, t. I, pp. 71-73.

que considera por ello un pionero en distinguir invalidez y prohibición [12]. Como puede verse, la distinción entre las dos clases de normas es formulada con claridad por SUÁREZ y, probablemente, es muy anterior. Posiblemente fue olvidada o muy poco valorada luego por los juristas y redescubierta a mediados del siglo XX en contexto parcialmente distinto, pues ahora importa primordialmente la validez de las normas, mientras que en la tradición del Derecho común importaba la validez de los actos de los particulares (puede sugerirse que la validez de las leyes quedaba encuadrada en la doctrina del Derecho natural en cuanto fundamento material de la fuerza de obligar de las leyes humanas).

4. LA INVALIDEZ NO ES UNA PENA

SUÁREZ ofrece dos conceptos de pena, uno más amplio que el otro. «Aunque la pena, en un sentido riguroso, diga relación a la culpa, sin embargo, en un sentido más amplio de cualquier suplicio, daño o perjuicio, puede aplicarse por una justa causa aun sin culpa» (V, III, 7, p. 466). «En un sentido más general todo daño de la naturaleza, de cualquier causa que proceda, entra en el mal de pena, y en particular y normalmente, toda aflicción que tiene lugar en forma de coacción para que se cumpla una ley, se llama verdadera pena, y ésta puede imponerse sin que haya culpa contra Dios, aunque no sin que haya algún defecto o imperfección en la estimación de los hombres» (V, IV, 5, pp. 469-470).

Las anteriores definiciones, en capítulos dedicados a las leyes penales, presentan como cuestión central la relación entre pena y culpa. Al tratar de las leyes irritantes, se ocupa de la opinión de quienes mantienen que «no son penales, sino morales o directivas de la comunidad» (opinión a la que, en definitiva, se adhiere), en particular de la del canonista Juan ANDRÉS, quien argumenta partiendo de que «sólo hay pena cuando la ley disminuye el patrimonio o quita un derecho adquirido» (V, XIX, 3, p. 555). A SUÁREZ esta razón no le parece decisiva, pues «la invalidación es un gran gravamen y puede causar perjuicio aunque no merme el patrimonio ni quite un derecho adquirido: basta y sobra que impida el que se había de adquirir o el que prive al hombre del poder que tiene de realizar válidamente sus acciones» (V, XX, 8, p. 558). Sobre este poder o potestad que el hombre tiene por Derecho natural hemos de volver, pues parece la razón definitiva por la que SUÁREZ entiende que, si bien la invalidez no es por sí una pena, puede serlo en ciertos casos (es decir, en ciertos casos la privación de la potestad es instrumento adecuado de coacción).

La razón decisiva por la que SUÁREZ entiende que la invalidación no es por sí una pena es que «no hay pena si no precede una culpa; ahora bien, la anulación de un acto tiene lugar sin una culpa previa, luego no es pena» (V, XIX, 3, p. 555). Explica el argu-

---

[12] MAIER, J. B. J., 1980: *Función normativa de la nulidad,* Buenos Aires: Depalma, pp. 118 (n. 139) y 132 (n. 156). El análisis de la validez del testamento sin la forma exigida por el Derecho civil creo que hay que situarlo en la larga disputa de los autores sobre el alcance de la famosa Decretal de Alejandro II sobre la suficiencia de sólo dos testigos (X, 3, 26, 10). Véase PÉREZ-PRENDES, J. M., «Los principios fundamentales del Derecho de sucesión mortis causa en la tardía escolástica española», en GROSSI, P. (ed.), 1973: *La seconda scolastica nella formazione del Diritto privato moderno,* Milán: Giuffrè, pp. 267-272 (no cita a SUÁREZ).

mento con cierto detalle, admitiendo que también cabe la pena sin culpa, aunque no sin causa, es decir, una pena en sentido lato (remite para la explicación de la *lex pure poenalis* a los caps. III y IV del mismo libro V). Añade: «Cuando para la pena no se requiere culpa sino causa, al menos se necesita que esa causa sea un acto libre punible por una causa justa, porque la razón de ser de la pena es únicamente una acción u omisión libre; ahora bien, para anular un acto, no se requiere ninguna causa así, sino otra que se refiera al bien común; luego aquélla no basta para que la anulación sea pena» (V, XIX, 3, p. 556).

De este modo, la ignorancia invencible de la ley, que puede excusar de la pena, no evita la invalidez: «aunque la ignorancia excuse de la culpa, no suprime la fuerza que tiene la ley tanto para obligar —en lo que de ella depende— como para ejecutar» (V, XXII, 1, p. 567); «nadie duda de que la ignorancia de la ley invalidante —ya verse únicamente sobre la fuerza invalidante de la ley, ya absolutamente sobre toda la ley— no impide la invalidación del acto» (V, XXII, 7, p. 569). Tampoco haber actuado por miedo impide la invalidación: «el temor grave no basta para impedir la eficacia de las leyes invalidantes» (V, XXII, 9, pp. 569-570). Puede concluirse que la ignorancia y los vicios de la voluntad y, en general, las motivaciones y circunstancias de la conducta humana que, acaso, excusarían de la pena, nada pueden respecto de la invalidación de los actos [13]. Las normas irritantes no son —por sí— penales, sino directivas, pero en un sentido especial.

La distinción entre fuerza directiva y coactiva de las leyes la introduce SUÁREZ en varios lugares. El efecto o virtud directiva es para obligar en conciencia, la coactiva para someter y obligar a la pena (I, XVII, 4, p. 79); «al poder coactivo le toca forzar moralmente a la obediencia de ambas leyes (directivas: preceptivas y prohibitivas), lo cual se realiza con la amenaza del castigo» (id., 5, p. 79). *Punire* es un efecto mediato de la ley, como accesorios y añadidos para ayudar a la ley a conseguir los efectos correspondientes a *imperare* y *vetare* (I, XIV, 16, p. 75).

Consecuencias importantes de que la invalidación no pertenezca al efecto punitivo de las leyes son estas dos: *a)* la ley natural puede invalidar algunas veces los actos contrarios a sus prohibiciones (I, XII, 2, p. 148; sentada la premisa en el número anterior de que el efecto punitivo no tiene lugar en el Derecho natural), y *b)* los actos del príncipe o del legislador están también sujetos a invalidez, pues «este efecto más pertenece a la fuerza directiva y la ley lo pretende directamente» (III, XXV, 24, p. 358): no sería así si el efecto irritante correspondiera a la fuerza coactiva de la ley, pues la ley no obliga al príncipe en cuanto a su fuerza coactiva (ya que él no tiene superior y la fuerza coactiva pide venir de fuera y es parte integrante de la imposición y ejecución de la pena: III, XXV, 15, p. 355) [14].

---

[13] HIERRO, L. (2003: *La eficacia de las normas jurídicas,* Barcelona: Ariel, pp. 59-60), al ocuparse de la teoría de la ignorancia de las leyes en SUÁREZ, contenida principalmente en el libro II de *De legibus*), añade la siguiente regla, derivada del análisis de SUÁREZ respecto de la invalidación: «Cuando la ignorancia se refiere a la invalidación no impide la invalidación ni cuando es a manera de pena (ignorancia de la pena) ni cuando se trata de leyes que requieren solemnidades o formas especiales para la validez de un acto (ignorancia de la ley)» (V, XXII, 4, p. 568). Lo que transcrito entre comillas es el resumen que HIERRO hace del número citado.

[14] En III, XXV se ocupa SUÁREZ de si el legislador está sujeto a sus propias leyes, y responde que sí, siguiendo la opinión común según la cual el legislador, tanto el civil como el eclesiástico, está obligado a observar sus leyes cuando la materia es común y el motivo para observarla es el mismo para él que para los otros.

5. INVALIDEZ «EN SENTIDO DÉBIL»

He llamado «invalidez en sentido débil» a la que resulta de la mera ausencia en el sistema de una norma con arreglo a la cual el acto sea válido; e «invalidez en sentido fuerte» a la que resulta de la presencia en el sistema de una norma (de incompetencia, invalidante) con arreglo a la cual el acto es inválido [15]. De estas normas invalidantes o irritantes se ocupa SUÁREZ, como vamos viendo. Pero también alude, aunque de pasada, a aquella otra categoría de la invalidez.

Tras sentar la distinción entre la invalidez *ipso iure* y *ut faciendam* (esta última necesitada de sentencia, bien sea condenatoria bien declaratoria), añade que «a estas dos clases de leyes suelen los juristas añadir una tercera: la de las leyes ni favorables ni contrarias al contrato, así llamadas porque no dan acción judicial a ninguno de los contratantes» *(nec assistentes nec resistentes contractui, quia non dant accionem civilem aliqui contraentium).* «Estas leyes no sólo no son invalidantes pero ni siquiera prohibitivas de actos, puesto que ni invalidan ni confirman el contrato, ni lo prohíben ni lo mandan, y así pueden versar tanto sobre actos injustos (...) como sobre actos justos, según lo hace la ley que niega acción judicial por sólo la obligación natural que nace de la simple promesa. Esta clase de leyes se da sobre todo en el Derecho civil (...)» (V, XX, 3, p. 560).

6. LA NORMA PROHIBITIVA NO ANULA, POR SÍ, EL ACTO CONTRARIO

En la dogmática española, prohibición e invalidez se presentan frecuentemente como categorías íntimamente relacionadas. En el extremo, se diría que la invalidez es la sanción por la infracción de una prohibición, erróneo planteamiento a que parece llevar el desafortunado art. 6.3 CC. Como se ha visto, SUÁREZ niega que la invalidez sea, por sí, una sanción, y muestra cómo la invalidez es un efecto de la ley que puede no derivar de ninguna obligación o prohibición antecedente, sino que opera directamente cuando se dan las condiciones previstas en la propia norma invalidante. Muestra también que las normas que establecen formas o modos necesarios para la validez de los actos por lo general no obligan a nada, por lo que la invalidez no es tampoco en este caso consecuencia de una infracción de normas de conducta.

Distingue (núm. 2, p. 351) en la ley la fuerza directiva, la coactiva y la invalidante *(«Distinguenda sunt in lege illa tria, scilicet, vis directiva, et coactiva, et irritans»),* y afirma (núm. 15, p. 355) que la ley no obliga al príncipe en cuanto a su fuerza coactiva. En cuanto al otro efecto de la ley, el irritante, se enfrenta a la dificultad (núm. 24, p. 358) de que este efecto parece penal, de lo que disiente, enseñando que *«hic effectus magis pertinet ad vim directivam, et est per se intentus in lege».* Distingue todavía (núm. 25, p. 359): el efecto irritante «unas veces es pura y propiamente penal, porque se produce únicamente en castigo (...). Otras veces —y es lo más frecuente *(saepius)*— este efecto lo pretende la ley en orden a la honestidad de las costumbres de la república: así, por ejemplo, la solemnidad del testamento se requiere para su validez a fin de que se observe con más seguridad la justicia». De manera similar en I, XVII, 8, p. 80: «Aunque estas anulaciones o inhabilitaciones, muchas veces las impone como castigo, con todo no es así de suyo, puesto que la inhabilitación del sacerdote para el matrimonio no es castigo, ni tampoco lo es la invalidez del matrimonio celebrado sin el párroco y sin testigos, y así otros casos semejantes».

[15] En «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática», cit. en n. 6, pp. 37-39.

Resulta, por tanto, de su análisis —y creo que así es en el Derecho español actual— que la invalidez no es necesariamente consecuencia de la infracción de una prohibición, sino que puede obedecer a otras causas. Dicho de otro modo, las normas de incompetencia *(leges irritantes)* no establecen los efectos de la infracción de deberes.

Cabe, por tanto, invalidez sin prohibición ni norma de conducta antecedente de ninguna clase. Queda por analizar el otro aspecto de la relación entre prohibición e invalidez: ¿siempre que hay prohibición infringida hay invalidez? ¿Es la invalidez —entre otras cosas— la consecuencia necesaria de la infracción de la prohibición?

SUÁREZ, que dedica a la cuestión buen número de páginas, da una respuesta claramente negativa: «Digo, pues, que —por la sola naturaleza de la cosa— la ley puramente prohitiva no anula el acto si tal efecto o intención del legislador no se manifiesta suficientemente de otra manera»[16] (V, XXV, 22, p. 586). Advierte que esto es así «supuesto el significado propio y riguroso de la palabra prohibir sin ninguna adición, ampliación ni interpretación del derecho positivo» (V, XXV, 21, p. 585). Pero que de otro modo será si la palabra "prohibir" ha de interpretarse, en virtud de alguna ley humana que así lo establezca, de tal manera que tenga fueza invalidante, aunque no se añada cláusula alguna irritante.

Esa ley humana, sobre la que también él ha de discurrir ampliamente, es la *Non dubium* (Cod. 1, 14, 5; precedente de nuestro art. 6.3 CC). Donde esté vigente esta constitución imperial, llevará a interpretar las disposiciones prohibitivas como acompañadas de invalidaciones; pero por sí no ocurre de este modo: una cosa es prohibir y otra irritar (invalidar). En la teoría general de las normas[17], son normas distintas las prohibitivas y las irritantes. *«Prohibere actum et irritare illum sunt effectus valde diversi».* «Prohibir no es más que mandar y obligar a que el acto no se haga, y en cambio invalidar no es mandar sino realizar *(irritare autem non es praecipere, sed facere)*[18], es decir, hacer ineficaz a la voluntad o a su consentimiento, o inhabilitar a la persona» (V, XXV, 22, p. 586).

«La prohibición como tal no quita el poder absoluto de realizar el acto: lo único que hace es que no sea lícito; en cambio la anulación priva del poder de hacer el acto válidamente; luego es un efecto distinto». Por ello, «para anular no basta una prohibición, ni siquiera una prohibición directa» (I, XVII, 8, p. 80).

La regla es que la ley prohibitiva «por su propia virtud y —como quien dice— teniendo en cuenta la naturaleza de la cosa no invalida el acto». Esta regla hay que entenderla no en un sentido indefinido (a saber, que la ley puramente prohibitiva no siempre invalida) sino «en un sentido general: a saber, que nunca invalida por sí sola»

---

[16] *«Digo ergo, ex sola rei natura legem prohibentem non irritare actum, nisi alio modo talis effectus, seu intentio legislatoris sufficienter declaretur».* Poco antes había afirmado: «La prohibición de suyo —por muy absoluta que sea— no invalida, y por consiguiente no se ha de establecer como regla que una ley prohibitiva invalide si no mantiene expresamente el acto, sino más bien —al contrario— que no invalida si o expresamente no añade una cláusula invalidante o algo con que la indique suficientemente» (V, XXV, 17, p. 584).

[17] *«Adverto, posse nos loqui uno modo de lege pure prohibente ex sola rei natura, seu, quod idem est, attenta sola verborum vi, supposita significatione propria et rigorosa verbi prohibendi, sine additione, extensione aut interpretatione aliqua iuris positivi»* (V, XXV, 21, p. 585). La identificación entre *rei natura* y *verborum vis* es notable.

[18] Idéntica expresión en I, XII, 2, p. 148.

(V, XXVII, 1, p. 589); si bien, entendida en este sentido general, admite que tenga alguna excepción.

Pero es interesante notar que no considera una de estas excepciones el hecho de que el acto esté prohibido en atención a la justicia, y pone tres ejemplos (que lo son, por tanto, de prohibiciones que no van acompañadas de invalidez): *a)* «la venta a un precio superior al precio justo es injusta, y sin embargo no es nula aun cuando el exceso sea superior a la mitad»; *b)* «si uno se ha casado con una en contra de la promesa hecha a otra, comete injusticia contra ésta, y esa injusticia no puede ser resarcida si el matrimonio que ha venido después es válido; y sin embargo, no por eso la ley que prohíbe tal matrimonio lo anula»; *c)* «lo mismo sucede con la venta y con la entrega de una cosa prometida o vendida pero no entregada a otro: este último contrato es válido aunque sea prohibido e injusto» (V, XXVII, 9, p. 592) [19]. Análisis este último perfectamente aplicable al Derecho español vigente, en la interpretación del art. 1.473 CC.

Son dos las excepciones que admite, es decir, dos supuestos en que la ley prohibitiva tiene también virtud para invalidar *(vis irritandi).* Una se encuentra en ciertas normas que establecen forma sustancial para el acto y prohíben realizarlo sin esta forma (el Decreto de Trento imponiendo forma para el matrimonio es su ejemplo, pero en otros lugares parece considerarlo como norma directamente invalidante, acompañada de otra prohibitiva).

La otra excepción en que la norma prohibitiva tiene virtud para invalidar tiene mayor interés para nosotros: cuando conste que «no sólo prohíbe el acto sino que además impide el efecto o la obligación que tal acto podía producir» (V, XXVII, 6 y 8, p. 591) [20]. En este caso la ley «ya no es puramente prohibitiva del acto sino que avanza más hasta impedir su efecto. Por eso es preciso que esa ampliación se exprese suficientemente en la ley», bien con palabras expresas, bien «cuando la razón de la ley prohibitiva mira más o igual al efecto del acto que al mismo acto por prohibirse el acto únicamente con el fin de evitar tal efecto». Pone un par de ejemplos: *a)* ley que prohíbe poner una pena a los esponsales (la razón de esa prohibición es para que los matrimonios sean libres); *b)* la ley civil que prohíbe la promesa de revocar el testamento o de hacer heredero: «a esa ley se la tiene por invalidante en virtud de la razón de la prohibición, que es que los testamentos deben ser libres» (V, XXVII, 8, pp. 591-592). Creo que, en su pensamiento, deben añadirse también los casos en que los efectos del acto están reprobados por el Derecho natural, casos en que la ley positiva es declarativa del Derecho natural. «Por ejemplo, cuando la ley prohíbe una promesa que es mala por parte del objeto, por ello mismo la anula, o mejor, declara que es nula, porque la misma malicia que hay en el acto de prometer la habría en la obligación de hacer una cosa mala si la promesa produjese esa obligación» (V, XXVII, 7, p. 591) [21].

---

[19] Ejemplos y razonamientos similares en I, XII, 4-6, pp. 149-150.

[20] *Cfr.* V, XXIX, 6, p. 602: *«Potest autem actus esse contra ius, non solum cum fit, sed etiam postea cum impletur, et tunc omnino est declarandus actus nullus».* En I, XVII, 5, p. 149, de manera similar, señala la invalidez de los actos cuando están prohibidos por la inconveniencia o fealdad que se halla en su materia, «cuando esa fealdad perdura en el efecto o —como dicen los juristas— cuando tiene una causa perpetua».

[21] «Es preciso advertir que una promesa puede ser contraria a las buenas costumbres naturales, y que entonces es completamente nula; otras veces es contraria solamente a las costumbres civiles, y entonces basta

En estos casos lo prohibido no es la celebración del acto, sino las consecuencias que se seguirían de él, lo que sólo es posible cuando el contenido del acto es determinado por el sujeto del mismo. Es decir, cuando el acto, en terminología actual, es un negocio jurídico: es notable que todos los ejemplos de SUÁREZ se ocupen de cláusulas testamentarias o de promesas.

La invalidez, entonces, procede del contraste del contenido significativo del acto con una norma superior. En términos de una clasificación hoy bastante corriente, la llamaríamos «invalidez material» (como contrapuesta a formal), que afecta directamente a la norma que se pretende crear (y sólo como consecuencia, en su caso, al acto, dejándolo inútil). Por eso la invalidez material, por contradicción de la norma privada con norma superior, puede ser sólo parcial o de sólo alguna de las cláusulas del negocio jurídico. En el terreno del Código civil español, es la invalidez que corresponde al art. 1.255 (cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, a la moral o al orden público), no la prevista en el art. 6.3 para los actos contrarios a una prohibición.

7. LA *LEX NON DUBIUM*

En algunos Derechos positivos hay normas interpretativas que establecen «la regla general de que el sentido de la ley prohibitiva jurídicamente se deba interpretar de tal manera que tenga fuerza de ley invalidante». Regla de interpretación que lleva a afirmar la existencia de dos normas legales expresadas en una sola disposición (ambigüedad simultánea).

SUÁREZ excluye que una regla semejante exista en el Derecho canónico[22] (V, XXIX, pp. 600-602), y esta constatación contribuye sin duda a la formulación de sus ideas sobre la distinción entre prohibición e invalidez en la teoría general.

Cuando pasa a ocuparse de Derecho positivo, dedica un entero capítulo, bastante largo (V, XXVIII, pp. 592-600), a la ley *Non dubium* y su trascendencia en el Derecho civil común. Comparte básicamente la actitud restrictiva que trata de limitar su alcance y que fue, posiblemente, la más extendida en el Derecho común europeo y sin duda entre los autores españoles de la segunda escolástica[23].

En particular, acepta las tres importantes limitaciones que toma de VÁZQUEZ DE MENCHACA (V, XXVIII, 15-17, p. 598): la ley *Non dubium: a)* sólo se aplica en los

---

que sea nula civilmente, pues la cosa hay que entenderla proporcionalmente». Del mismo modo «se dice que que ha escrito algo contrario a la ley cuando el testador manda hacer algo contrario a la ley: ese mandato no tiene valor alguno» (V, XXVIII, 13, p. 597).

[22] Así sigue siendo hoy día. De acuerdo con el canon 10 (CIC 1983) «sólo han de tenerse por irritantes o inhabilitantes aquellas leyes por las que expresamente se estatuye que el acto es nulo o la persona inhábil» *(Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse statuitur).*

[23] Lo muestra CARRASCO, Á., con cita (además de SUÁREZ) de Alfonso DE CASTRO, SOTO y MOLINA. De SUÁREZ dice lo siguiente: «De hecho, en una construcción doctrinal demoledora de la ley romana, Suárez acabará postulando justamente la pertinencia de la regla contraria: la ley sólo invalida si expresamente prevé este efecto; *per solum verbum prohibendi non explicatur effectus irritandi*» (CARRASCO PERERA, Á., 1992: «Comentario al art. 6.3 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* I, vol. 1, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 773-774).

territorios del imperio, no en los reinos cuyos soberanos no están sujetos al emperador; *b)* puede ser abrogada por la costumbre («más aún, Molina opina que así ha sucedido de hecho y que la costumbre ha prescrito en contra de esta ley»); *c)* «la tercera limitación es que se entienda de las leyes que prohíben sencillamente el acto en cuanto a la sustancia de éste, o —por decirlo así— en cuanto a su ejercicio, pero no de las leyes que prohíben sus circunstancias, sobre todo las de tiempo o lugar, que son muy extrínsecas». Por otra parte, cree que el acto no deja de tener valor (validez), en virtud de la ley *Non dubium,* hasta que la sentencia así lo declare o lo anule.

La ley *Non dubium* no está vigente en el Reino de España. En consecuencia, «en nuestro reino de España las leyes puramente prohibitivas no anulan los actos si no lo manifiestan suficientemente mediante alguna cláusula especial», pues «ninguna ley existe en España que interprete así en general la simple prohibición de las leyes; luego no bastando ésta —por la naturaleza de la cosa— para anular, ninguna base hay para esa interpretación».

No tiene el alcance de la ley *Non dubium,* según SUÁREZ, una conocida ley de Partidas (5, 11, 28, al final), según la cual «todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado; maguer pena o juramento fuesse puesto en él». Aunque Gregorio LÓPEZ parece interpretar esta ley conforme a la ley *Non dubium* —explica SUÁREZ (V, XXX, 3, p. 603)—, esa interpretación no es necesaria: en la ley de Partidas «se habla de la promesa contraria a la ley o a las buenas costumbres *obiective* [en cuanto al objeto], es decir, de la promesa de hacer algo malo o prohibido por la ley; ahora bien, de esa promesa se dice que no obliga, no porque la prohibición de la ley anule el acto sino porque hace que el acto sea malo, y en consecuencia —como por su naturaleza la promesa de un acto malo es nula— de ahí se sigue que tal promesa, por su misma naturaleza, no obliga». La nulidad, podemos decir, es "nulidad material", al contrastar el contenido del acto con norma superior, no nulidad "formal" del propio acto. SUÁREZ observa agudamente que «si se tratase de una ley que lo único que prohibiese fuese el acto de prometer o de pactar, no sería verdad en general que no obligaba aunque se hubiese añadido un juramento». «A esto se añade que en esa ley no sólo se dice que tal pacto no obliga sino también *Non debe ser guardado,* es decir, cumplido, palabras que parecen significar también la obligación de no cumplirlo; luego es señal de que esa ley habla de la promesa de obrar en contra de la ley, y así nada tiene que ver con nuestro caso».

8. NORMAS DE COMPETENCIA Y NORMAS DE INCOMPETENCIA

No es mi intención dar a entender que en la obra de SUÁREZ se encuentra una identificación suficiente de las normas de competencia *(power conferring rules),* en el sentido y alcance que este concepto tiene en la actual teoría de la norma. El contexto es sin duda muy distinto. Sin embargo, sí me parece que SUÁREZ (posiblemente recogiendo ideas más o menos extendidas en la doctrina del Derecho común europeo) distinguió y separó claramente, en un plano teórico muy general, el *posse* del *licere,* al ocuparse de ciertas normas, las irritantes, que contrastó con las que regulan la conducta de los individuos estableciendo obligaciones o prohibiciones; y que de este modo avanzó interesantes ideas sobre los poderes o potestades necesarios para realizar (váli-

damente) actos jurídicos, así como sobre las normas que los confieren o que privan de ellos.

SUÁREZ se ocupa de la validez de los actos jurídicos, no de la validez de las normas. Para la validez de los actos jurídicos se requiere un poder o potestad, que es el primer fundamento de la validez del acto (*«cum potestas sit primum fundamentum valoris actus»),* de modo que quien niega la potestad quita la raíz de la validez *(«qui negat potestatem tollit radicem valoris»)* (V, XXXI, 11, p. 607). Que el fundamento de la validez del acto es la *potestas moralis* del sujeto no es una idea accidental en SUÁREZ, sino que de ella parte también para explicar cuándo son inválidos los actos por Derecho natural: la primera regla es cuando hay falta de poder, y la razón de la regla es que en estos casos «falla el principio —llamémosle así— sustancial de la validez del acto, que es el poder moral, es decir, un poder que incluya la voluntad suficiente, porque sin poder y sin voluntad no puede darse un acto válido»[24].

Este poder o potestad (competencia), por lo que se refiere a contratos, testamentos y actos similares, viene conferida por el Derecho natural (*«voluntas humana ex iure naturae habet hanc potestatem contrahendi, donandi et alia similia faciendi»,* V, XXVI, 25, p. 587). El sujeto tiene este poder mientras que el legislador no le prive del mismo mediante *lex irritans* (que es odiosa por producir esta privación, aunque puede estar justificada, como puede estarlo la privación de libertad). De esta manera, cuando la ley impide donar, o hacer testamento, sin ciertas formas o consentimientos, o de determinada manera, se entiende que «la ley quita sencillamente el poder, y que en consecuencia invalida el acto» (*«censetur... simpliciter aufferre potestatem, ac subinde invalidare actum»,* V, XXXI, 15, p. 609)[25].

La privación de la potestad que operan las leyes irritantes es efecto directo de la ley. Creo que podemos caracterizar las normas irritantes, en la obra de SUÁREZ, como normas constitutivas, pues aunque no utiliza esta expresión, significa su contenido con toda claridad, distinguiendo su forma de operar de la propia de las normas de conducta: «prohibir un acto e invalidarlo son efectos muy distintos (...) prohibir no es más que mandar y obligar a que el acto no se haga, y en cambio invalidar no es mandar sino realizar, es decir, hacer ineficaz a la voluntad o a su consentimiento, o inhabilitar a la persona» (*«prohibere actum et irritare illum sunt effectus valde diversi (...) prohibere solum est praecipere, et obligare, ut actus non fiat;* ***irritare autem non est praecipere, sed facere,*** *scilicet inefficacem reddere voluntatem, vel consensum eius, aut inhabilitare personam»,* V, XXV, 22, p. 586)[26].

Las leyes irritantes, como hemos visto, no son penales, sino leyes directivas de una clase particular (*«ergo nec lex est poenalis, sed directiva tali modo et cum tale efficacia*

---

[24] *[T]ollitur principium substantiale (ut sic dicam) valoris actus, quod est potestas moralis, id est, quae habeat adiunctam sufficiemtem voluntatem; sine potestate autem et voluntate non est actus validus* (II, XII, 4, p. 149).

[25] *[P]rohibitio, ut sic, non tollit absolutam potestatem faciendi actum, sed facit, ne liceat: at irritatio privat potestate faciendi valide actum; est ergo effectus distinctus* (I, XVII, 8, p. 80).

[26] Interesante la comparación que el propio SUÁREZ introduce entre esta configuración de las *leges irritantes* (como constitutivas) y las leyes que establecen la prescripción (usucapión), cuyo efecto es "traspasar la propiedad": «la ley ordena que éste y no aquél sea dueño, y **el modo como manda es haciendo,** porque, de no ser así, no podría mandar eficazmente» *(lex praecipit hunc esse dominium, et non illum,* ***praecipit autem faciendo,*** *quia alias non posset efficaciter praecipere)* (I, XVII, 11, p. 80). Insiste luego (p. 81) en que producir estos efectos «formalmente **no es mandar sino obrar** y —como quien dice— donar» (***formaliter non est***

ut constituat illam formam tamquam substantialem actui», V, XIX, 5, p. 557). SUÁREZ explica con claridad que la manera de dirigir las acciones humanas propia de las normas invalidantes no es la misma de las normas que prescriben o prohíben, luego debe entenderse de otro modo la virtud directiva de tales normas. En un lugar al menos las vislumbra como normas (constitutivas) a partir de las cuales el destinatario puede construir reglas técnico-institucionales. Ya casi al final del libro V (V, XXXIII, 1, p. 613) se ocupa de la publicación de las leyes irritantes. Una objeción contra la necesidad de publicación podría ser que la norma irritante produce su efecto aunque el destinatario la ignore (a diferencia de las normas de obligación) y sin que se precise una acción consciente del individuo *(«quia irritatio in particulari non fit per applicationem conscientiae, sicut obligatio»).* SUÁREZ afirma que esto es así, y que una cosa es la fuerza de obligar de la ley *(vis obligandi)* y otra su virtud invalidatoria *(virtus irritandi),* pero afirma también que en ambos casos es precisa una regla pública por medio de la promulgación: «la razón es que también la ley invalidante es regla general de las acciones humanas (...) porque es necesario que la gente sepa cómo pueden y deben realizar sus acciones para que sean válidas» *(«Et ratio est, quia etiam lex irritans est generalis regula actionum humanarum (...) quia necessarium est ut homines sciant, quomodo possint, ac debeant actiones suas facere, ut valide sint»).* Las normas irritantes, diríamos con terminología actual, aunque no son normas prescriptivas, sí suministran razones auxiliares para la acción, y ello es suficiente para que sea preciso promulgarlas para su entrada en vigor.

Parece claro que podemos identificar las normas irritantes de SUÁREZ con las "normas de incompetencia". El propio SUÁREZ lo facilita sobremanera, al configurar, al menos en algunos contextos, las normas irritantes como normas que inhabilitan a la persona y le privan del poder de realizar el acto. Forma de ver las cosas, por lo demás, muy asentada en el Derecho canónico, tanto en el clásico como en el hoy vigente [27].

De "normas de competencia" de Derecho positivo se ocupa también en cierto momento, al señalar la dificultad de interpretación de expresiones como "no puede" *(non potest)* o "no pueda" *(non possit),* bien como normas que prohíben, bien como normas que invalidan (V, XXXII, 14, p. 608), a la vez que introduce la importante distinción entre poderes o potestades de Derecho público y de Derecho privado: actos que dependen de un poder conferido por el príncipe y actos de autonomía privada. En sus palabras: si el acto «depende de un poder concedido por el príncipe, por el estado o por una autoridad jurídica —como es una sentencia, una elección, la enajenación de bienes comunes o eclesiásticos, y toda administración pública o que se realiza con autoridad pública, como es el oficio de tutor o curador y otros semejantes— o si es un acto de propia autoridad y señorío, como es hacer testamento, enajenar cosas propias, etc.». En el primer caso (competencias de derecho

---

praecipere, sed agere *et quasi donare).* Concluye: puesto que no se realiza sin un precepto, «este efecto se atribuye a la ley, por más que —según he dicho— sea formalmente distinto y tal vez por ello no se cuenta entre los efectos de la ley como tal. **Esta doctrina puede también aplicarse al efecto de la invalidación**» *(Quae doctrina ad effectum etiam irritandi applicari potest).* SUÁREZ va tanteando un acomodo para las normas constitutivas que el análisis le descubre (cuya *vis* sería *facere, agere, operari*) y no lo puede encontrar en la clasificación de MODESTINO *(imperare, vetare, permitere, punire).*

[27] *Cfr.* CIC 1983, can. 10, 14 y 15.

público) es el mismo legislador que confiere el poder el que priva de él (por eso si establece alguna forma del acto más fácilmente parece que invalida al realizado sin tal forma).

9. PODER DE LOS PARTICULARES Y ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA

Los actos de autonomía privada, por el contrario (V, XXXII, 15, p. 608) *(actus privati dominii, actus propriae auctoritatis et dominii),* no dependen de una potestad conferida por la ley o por el estado *(non pendet a potestate concessa a lege, vel republica),* sino de una potestad que le compete a cada uno por el Derecho natural o por Derecho de gentes *(sed quae unicuique, vel iure naturae, vel iure gentium convenit).* Por ello la ley que hace nulo el acto no priva al sujeto de un poder que ella le dio, sino de un poder que el sujeto ya tenía previamente; en consecuencia, no debe presumirse que por las expresiones "no puede" o "no pueda" se le prive de este poder, sino que habrá que atender a cada caso.

Ahora bien, lo anterior no significa, en el pensamiento de SUÁREZ, que la obligación que nace de los actos de los particulares tenga su causa en la propia voluntad. Por el contrario, en el voto, en la promesa, en cualquier pacto en general, «no surge la obligación más que en virtud de la ley. En efecto, en todos ellos conviene distinguir entre el fundamento o materia próxima de la obligación y su razón o causa propiamente dicha: el fundamento consiste en alguna acción humana, pero —supuesta ésta— el que obliga es el derecho» (I, XIV, 12, p. 70) [28]. Este Derecho puede ser el divino (caso del voto), el natural, el de gentes o el civil.

Es interesante el contexto de las anteriores explicaciones. SUÁREZ afirma que el obligar es «efecto adecuado» de la ley en el sentido (entre otros) de que sólo de la ley surge la obligación [29]. Se presenta como objeción el voto, la promesa, los pactos, que también obligan: pues bien, SUÁREZ prueba su tesis con los mismos ejemplos, afirmando que, en estos casos, obligar es también propiamente efecto de la ley.

El poder para los actos de autonomía privada procede del Derecho natural, pero es el Derecho civil el que establece las condiciones de actualización del poder, mediante las *leges irritantes* [30]. Esto podría ser el resumen de las enseñanzas de SUÁREZ sobre la materia.

Es probable que el fundamento «de Derecho natural» de la autonomía privada siga hoy condicionando muchos razonamientos de los iusprivatistas, incluso de aque-

---

[28] *[E]x his omnibus (voto, promissione, aut quocunque pactu) non oritur obligatio nisi ex virtute legis. In illis enim omnibus distinguere oportet fundamentum, seu proximam materiam obligationis a propia ratione et causa eius: nam fundamentum consistit in aliqua actione humana: illa vero supposita, ius est, quod obligat* (I, XIV, 12, p. 70).

[29] *Si obligatio proprie et cum proportione sumatur semper oritur ex aliquo iure, et lege, atque ita in hoc sensu dici potest hic effectur adaequatus legis* (I, XIV, 11, p. 70).

[30] También advierte SUÁREZ, en alguna ocasión, que los actos son válidos gracias al Derecho civil (*stare contractui habenti vires et valorem ex adminiculo iuris civilis:* III, XXV, 23, p. 358).

llos que no se sentirían inclinados a afirmarlo expresamente. En todo caso, la resistencia observable a admitir que el poder de los particulares para regular válidamente sus propias incumbencias sea un poder conferido por el ordenamiento estatal tiene claramente estas raíces de «Derecho natural».