

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg17>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 17 (2010)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg17/092-125>

Rg **17** 2010 92 – 125

Enrique Álvarez Cora

Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



Abstract

This paper studies the relationship between the concepts ›crime‹ and ›sin‹ as used in the criminal law of the modern Spanish Monarchy, analyzing the interpretative postulates of Francisco Tomás y Valiente's classic work. Based on juridical and theological literature, as well as the types of ›leges mere poenales‹ and ›leges poenales mixtae‹, the text analyzes the difference between ›lata sententia‹ and ›ferenda sententia‹ penal rules. To conclude, an evolution of the general criteria used to classify the penal statutes of the 19th century is explained.



Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna*

»He visto también en mi época quejarse de algunos escritos por ser puramente humanos y filosóficos, sin mezcla de teología. Alguien podría decir por el contrario y no sin razón: Que la doctrina divina mantiene mejor su rango aparte, como reina y señora ...«

Michel de Montaigne, *Ensayos*, 56, *De las oraciones*

1. Delitos o pecados

En 1969 Francisco Tomás y Valiente publicó un libro que ha alcanzado la vitola del clásico bajo el título «El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI–XVII–XVIII)». ¹ Su cita es obligada sin excusa en cualquier investigación que se dedique, directa o indirectamente, a su mismo objeto, y en efecto se trata de una obra muy leída y muy utilizada, me parece que sometida a crítica sólo de una manera no frontal – obstáculo algo cobardón de la retrocrítica – y con una escasa comprensión del esfuerzo que el autor se exigió al escribir sus páginas. Porque Tomás y Valiente no pretendió, a mi modo de ver, la explicación del mundo jurídico-penal moderno con una perspectiva totalizadora, sino la construcción de una hipótesis con una conciencia clara y modesta de su carácter de pionero: la teoría general del Derecho penal moderno. De modo que quienes no estén de acuerdo con sus explicaciones no tienen que objetar en función de quebraduras prácticas más o menos frecuentes de los postulados que enuncia, sino demostrando si los principios generales del Derecho penal de la época eran otros distintos – o con otra naturaleza – a los que el autor deduce. En este sentido, no conozco alternativa a sus páginas, y creo que sus pilares son difíciles de demoler. Lo que yo pueda matizar aquí no sólo queda expuesto con todo el respeto a su teoría, sino incluso en calidad de homenaje.

Uno de los hallazgos más interesantes del libro de Tomás y Valiente es, en mi opinión, todo cuanto afecta a la definición histórica, para los siglos de la Modernidad, del tipo delictivo. Las definiciones legales insuficientes de los delitos, la indeterminación de su naturaleza, su sometimiento al arbitrio judicial en la

* Este trabajo pertenece al Proyecto de investigación «Delincuencia y represión jurídica en España: teoría y praxis histórica de las figuras delictivas», ref. DER2009-11446-Co4-02, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1 FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI–XVII–XVIII)*, Madrid 1969, 210–225.

valoración de los supuestos y en la determinación de la pena, la falta de una noción abstracta de cada delito y la frecuencia de las meras descripciones casuísticas de las conductas antijurídicas, la composición atomizada mediante diversas leyes de una sola figura delictual... Esta magistral explicación del *tipo delictivo fragmentado y descriptivo* característico de la España moderna me parece inobjetable, y tan solo produce una cierta extrañeza el hecho de que el autor atribuya las mismas características a los tipos delictivos elaborados por la doctrina, porque me parece que en ésta – tanto jurídica como teológica – el grado de plenitud y el repunte de abstracción que alcanzan las figuras delictivas es muy alto, y desde luego incomparablemente superior al que la legislación manifiesta. No creo que sea lo mismo la fragmentación tipificadora de la legislación y la manía enumeradora de especies delictivas de la doctrina: la segunda responde a un método escolástico con ansia de plenitud en el análisis, y la primera obedece a una política criminal de preocupación pragmática, inductiva y tópica. Por eso precisamente el Derecho común tiene la virtualidad de servir de base, o de régimen supletorio, en la determinación de las variables de los delitos. Como Tomás y Valiente no aprecia diferencias de espíritu entre la legislación y la doctrina, nos quedamos con las ganas de saber qué hubiera pensado sobre la dificultad de construir para la España moderna una teoría general del Derecho penal en la que no encajan los moldes técnicos legislativo y doctrinal. Porque ninguna consideración sería más interesante que la que precisamente el constructor de la teoría penal moderna pudiera haber hecho. Una prueba más de la sabiduría de su trabajo es que el lector, si presume por la razón apuntada desequilibrios estructurales en la obra, no los encontrará pues el libro está capitulado con ese estilo natural y progresivo propio de quien pasea por un mundo a descubrir, como unas viejas memorias, sin composiciones sofisticadas que denuncien la vocación de teoría general en la que el autor terminara por encontrar puerto.

Quizá la razón por la que Tomás y Valiente no marca distancias entre legislación y doctrina tiene que ver con una de las consideraciones que mayor vuelo darán a su teoría general moderna del delito, y que arranca propiamente de la comunión entre ley y reflexión doctrinal y a su vez entre reflexión doctrinal civil y reflexión doctrinal teológica. Me refiero a la relación entre delito y pecado, cuyo mero susurro provoca la cita automática del libro

clásico. El autor, a partir del examen de la legislación, distingue entre, por una parte, delitos o crímenes o malfetrías, y, por otra parte, casos o contravenciones. En consecuencia, no todas las acciones que la ley pena son delitos. La diferencia entre delitos y casos puede encontrar alguna referencia técnica, como los distintos plazos de prescripción, pero desde luego no puede ampararse en la gravedad o levedad de unas determinadas penas (aunque el tono económico o policiaco de las sanciones sea a veces notable), y, de cualquier forma, necesita explicarse de una manera más sustantiva. Es entonces cuando la conexión con el pecado cobra relieve: el caso o la contravención no son acciones «malas per se», sino sólo malas en cuanto prohibidas por la ley, mientras el delito o el crimen son actos moralmente malos identificables como pecados. Así, conforme a la explicación de la doctrina, hay que diferenciar entre la ley que sanciona un caso, o ley meramente penal, y la ley que sanciona un delito que es pecado, o ley penal mixta. Sólo ésta última contiene, amén de la pena, una preceptividad (mixta de precepto y pena), y por lo tanto sólo ésta, también, obliga en conciencia o «sub culpa».

Por lo tanto, Tomás y Valiente busca un fundamento doctrinal para una tipología antijurídica que distingue entre delito (crimen, malfetría) y contravención (caso). Y ese fundamento lo encuentra en el pecado. Pero esta solución, ¿provoca un cierto trauma técnico? En el siglo XVI, Antonio de Nebrija se refiere a la opinión de Tomás de Aquino según la cual delito es comúnmente todo pecado de obra, pero precisa que en rigor delito es el pecado de omisión y negligencia; el crimen es pecado o culpa grande,² de modo que la comunión entre delito o crimen y pecado termina por consumarse, pero a través de una articulación – no del todo plena (la comisión no grave de pecado, ¿es crimen o delito?) – de especies. Pero si añadimos la malfetría o maleficio, Pedro Belluga la identifica estrictamente con la acción, y no con la omisión propia del concepto de delito,³ sin alusión a la gravedad. Julio Claro, sin embargo, entiende que el concepto de delito forma parte del concepto de maleficio, y resuelve el problema suscitado por la opinión de Bártolo, que excluye algún delito de la categoría de maleficio – el «male dictum vel scriptum» propio de las blasfemias o de algunas injurias, en el que no cabe la valoración de circunstancias agravantes factuales como la nocturnidad – declarando con Baldo y la opinión común a favor de entender que también lo maldicho es

2 ELIO ANTONIO DE NEBRIJA, *Dictionarium, Matriti, ex typographia Ioannis Ariztia 1724*, 100, 110.

3 PEDRO BELLUGA, *Speculum principum, Bruxellae, typis & sumptibus Francisci Vivien 1654*, 311.

un malhecho. Además, demostrando sensibilidad hacia las perturbaciones técnicas que produce la discriminación entre acción y omisión, mas esta vez desde una perspectiva procesal, Claro rechaza la separación entre contumacia y delito propia de la opinión común como una especulación sin reflejo en la práctica, en la medida en la que la ley tiene al contumaz »pro praesente« y lo somete a pena como reo de delito de desprecio hacia la autoridad judicial.⁴ Con todo, Juan Bernal Díaz de Luco, al entender que hay delito en la acción o pensamiento regularmente sometido a pena, parece despejar el problema de la penitencia y no hace mención explícita del pecado.⁵ En el siglo XVII, Sebastián de Covarrubias reitera los criterios de Nebrija: delito y pecado son la misma cosa, pero en rigor delito significa omisión.⁶ Ahora bien, Gil Castejón rompe con estos problemas internos del delito al dibujarlo como un concepto que incluye tanto la acción cuanto la omisión.⁷ Ésta es la línea que puede observarse en el siglo XVIII en Francisco María Gasparro, para quien el delito es una comisión u omisión dolosa, por obra o de palabra, contra la ley que impera o prohíbe bajo pena.⁸ Los problemas de conexión entre delito, crimen y maleficio parecen desvanecerse cara a una identificación general con el pecado, que resulta favorecida por el hecho de que el concepto de pecado integre precisamente esa rica globalidad de claves. Así, siguiendo a Francisco Larraga, el pecado es lo dicho, o no dicho, hecho, o no hecho, intencionadamente o no contra la ley de Dios.⁹ Pero el paralelismo técnico en la amplitud de los conceptos de delito y pecado – un concepto de pecado nutriente de la paulatina unidad y plenitud conceptual del delito – se antoja tardío. Y, por tardío, aparentemente paradójico, puesto que es en la última centuria de la Modernidad cuando la definición técnica del delito se construye con mayor independencia del pecado. En el fondo, brilla la coherencia: alcanzada la plenitud por el delito, se desprende la película muerta del pecado, ya esencialmente absorbido. Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel definen el delito como la transgresión de la ley que merece pena establecida por la ley humana,¹⁰ y Juan Álvarez Posadilla incluye en la contravención de la ley tanto la comisión cuanto la omisión,¹¹ pero ninguno de estos autores menciona anclaje en el pecado. A tenor de estas ideas, podrían perfilarse ciertos razonamientos.

En primer lugar, la disociación entre razonamiento teológico y razonamiento jurídico en el siglo XVIII – y siempre la doctrina

4 JULIO CLARO, *Sententiarum receptorum liber quintus in quo diversorum criminum materia XX §§. diligenter explicatur*, Venetiis, apud Ioannem Gryphium 1568, § 1.
5 JUAN BERNAL DÍAZ DE LUCO, *Regulae iuris, cum suis ampliationibus & restrictionibus, ex variis codicibus excerptae*, Lugduni, apud Gugliel. Rouillium 1564, 90.

6 SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana, o española*, Madrid, por Luis Sanchez 1611, f. 303r.
7 GIL CASTEJÓN, *Alphabetum Juridicum, canonicum, civile, theoreticum, practicum, morale, atque politicum*, Lugduni, sumptibus Anisson & Posuel 1730, I, 159.
8 FRANCISCO MARÍA GASPARRO, *Institutiones criminales tribus*

partibus distributae, Romae, apud Simonem Occhi 1756, 2.

9 FRANCISCO LARRAGA, *Promptuario de la theologia moral*, Madrid, por Manuel Roman, 1720, 187.

10 IGNACIO JORDÁN DE ASSO, MIGUEL DE MANUEL, *Institutiones del Derecho civil de Castilla*, 7.^a ed. Madrid, en la imprenta de Tomás Alban 1806, II, 143.

11 JUAN ÁLVAREZ POSADILLA, *Practica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, 2.^a ed. Madrid, en la imprenta de la viuda de Ibarra 1797, I, 9.

moderna marcó ese paralelismo entre teólogos y jurisperitos que a la sazón los reúne y discrimina – permite señalar que en las centurias anteriores la proximidad entre delito y pecado es sin duda mayor – no quiero negar esta identificación, que la literatura recoge –, pero sin olvidar la advertencia complementaria de que cuando más próxima es la relación entre los dos tipos de razonamiento mayores son las variables técnicas conceptuales y los vasos comunicantes entre conceptos. Puede decirse que las variantes en significado de delito, crimen y maleficio no afectan a los casos o contravenciones, si partimos de esta distinción de categorías establecida por Tomás y Valiente. Pero el hecho de que delito, crimen y maleficio abarquen significaciones amplias y de fronteras difusas entre sí – acciones y omisiones, transgresión de la ley – provoca una tendencia expansiva de esta tríada favorable a la absorción conceptual de supuestos de contravenciones. Si se replica que esto no es posible, porque las contravenciones, a diferencia de la tríada, no son identificadas con el pecado, cabe todavía una réplica – más allá de que en esta objeción se detecte un riesgo de apriorismo bastante evidente que obedece al punto de partida preestablecido de la distinción entre delito o crimen y contravención o caso –: en efecto, si la contravención es lo no pecado, vale como una excrecencia, un concepto negativo, máxime cuando la teoría de la antijuridicidad de los siglos XVI y XVII define el delito y define el pecado, pero no define las contravenciones, que se deducen de una legislación sancionadora que no parte de supuestos prescriptivos (leyes penales puras y no mixtas, en términos doctrinales) pero no establece una catalogación previa de qué supuestos constituyan contravenciones no pecaminosas. En este sentido las contravenciones son excrecencias, conceptualmente hablando: no se trata de afirmar que la ley regula como contravención lo que no se considera pecado, sino que en el campo de los conceptos positivamente definidos figuran los delitos (y nociones hermanas, con los vaivenes mencionados) pero no las contravenciones. Por lo tanto, si la contravención es una excrecencia y no un concepto positivamente definido, tendrá que reconocerse que la difusión conceptual de delito, crimen y maleficio por el campo de los actos humanos transgresores gozará de una potencial capacidad de abarcarla. De hecho, la evolución de la teoría penal demuestra la ampliación progresiva del concepto de delito como transgresión de la ley humana (hasta un alcance dogmático tan amplio en lo jurídico cuanto el pecado lo tiene en

lo teológico) y la desaparición de la contravención cuando la desconexión entre delito y pecado se haya consumado en el siglo XIX (prueba reiterativa de su significado pretérito de excrecencia, a partir de la conexión entre delito y pecado).

En segundo lugar, concentrado el asunto en la relación entre delito y pecado, ¿qué se quiere decir con que todo delito es un pecado? Caben dos posibilidades. O bien se quiere decir que los pecados, tal y como los concibe la doctrina de la Iglesia, son sujetos a penalización por la ley civil de suerte que esta última operación legal los configura como delitos; o bien se quiere decir que lo sancionado por la ley penal será calificado como delito cuando la Iglesia lo conceptúe como pecado, en virtud del contenido de la acción o por de la desobediencia a la sanción que apareja la autoridad en la que reside el otorgamiento de la ley penal. Desde el punto de vista secular, ora el pecado rige a priori, ora es una consecuencia de la transgresión de la ley penal – ora a su vez la consumación de la acción prohibida, ora la mera transgresión de la ley punitiva –. La primera posibilidad se diría parte de una *función sustantiva del pecado*, y encierra unos límites del poder civil que no admitiría ni la legislación ni la doctrina. ¿El Derecho penal civil es una mera atribución de fuerza legal al Derecho penal canónico o el resultado de su orientación? No, evidentemente. De hecho, la ley penal crece por el mundo de los casos o contravenciones porque no se limita a sancionar conductas pecaminosas, de la misma forma que no sanciona todos los pecados. La segunda posibilidad asume una *función descriptiva del pecado*: la transgresión de la ley penal puede implicar la sanción de una conducta que resulta ser pecado, o constituir en sí misma una especie más de pecado (de modo que el pecado se describe por especies y la transgresión de la ley puede ser una especie más). Resalta entonces una implícita separación entre lo civil y lo teológico porque es el pensamiento teológico y no el civil, el que se ve obligado a separar sustantivamente naturalezas y a precisar qué es pecado y qué no lo es. Curiosamente, Tomás y Valiente prefiere la función sustantiva – la necesita para distinguir con un fundamento claro delitos y contravenciones – y no la función descriptiva, que me parece mucho más acorde con la noción descriptiva y fragmentaria del tipo delictivo que él mismo ha trazado. El único problema aparente en la función descriptiva del pecado reside en que las contravenciones también transgreden la ley y no son pecaminosas. Pero he aquí una cierta falacia, porque,

una vez más, desde el punto de vista de la ley penal civil no importa que algunas transgresiones no sean pecado: esto es problema del ámbito jurídico teológico que define el pecado. La ley penal se limita a sancionar, y algunas conductas sancionadas serán pecado, en tanto que en otras no. La función descriptiva del pecado opera desde el exterior (ámbito teológico) y no prejuzga sustantivamente la legislación penal, luego tampoco obliga a una catalogación sustantiva de delitos (pecados) y contravenciones (no pecados). No en vano es la doctrina teológica la que siente, al utilizar una función sustantiva del pecado, la obligación de distinguir también sustantivamente entre leyes penales puras y leyes penales mixtas. El problema está en el grado de utilidad que esta clasificación pueda tener para una teoría penal secular que, al asumir una función descriptiva y externa del pecado – al asumirla, sí, puede aceptarse, pero no al someterse a ella –, se libera de sus *necesidades teóricas*.

En cuanto acabo de decir hay una deconstrucción de la catalogación establecida por Tomás y Valiente mediante la noción de pecado, al concretar su validez en una función descriptiva advenida que no permite, en el ámbito civil, la fundamentación de estrictas categorías. Pero la liberación civil de las necesidades teóricas del pecado a la que me he referido no debe ocultar las razones por las que la función aun descriptiva del pecado tiene sus virtudes en el campo de la reflexión jurídica civil. Estas virtudes son las que vuelven a hacer enormemente útiles las intuiciones y los criterios de Tomás y Valiente. Porque, sin duda, la doctrina civil encuentra en la doctrina teológica del pecado la cirugía necesaria para someter a análisis el concepto de delito. Esto es lo que cimienta la identificación entre delito y pecado, más cáscara que nuez. Si leemos a Diego de Covarrubias, podemos asistir a un examen analítico del delito paralelo al examen del pecado con el aprovechamiento del arsenal técnico que éste procura. Así, el problema de la necesaria voluntad interviniente en los actos humanos y la malicia necesaria para el »actus pravius«, aplicada al concepto de delito, es minuciosamente estudiada. La voluntad puede afectar al acto en el que el delito consiste, bien directamente y »per se« (el ánimo de matar, en el homicidio, como malicia perfecta y propia), bien indirectamente y »per accidens«. El acto voluntario integra el acto interior y el acto exterior; así como los pecados se distinguen según su objeto y fin, los delitos se distinguen según el propósito volitivo, de manera que si bien sólo la ley divina puede castigar un

acto interior (porque sólo su legislador lo conoce), un acto interior acompañado de un acto exterior de conato podrá ser castigado por la ley humana en virtud de su comienzo de manifestación. Hay actos malos por su propia naturaleza sin que ninguna circunstancia los pueda hacer buenos (adulterio, estupro, incesto), actos que por su naturaleza son malos pero que en determinadas circunstancias pueden ser permitidos (el homicidio, en caso de legítima defensa) y actos indiferentes buenos por su propia naturaleza pero que pueden devenir malos por circunstancias pravas o malos fines (a los que se aplica el principio de interpretación «in meliorem partem»). Covarrubias, en definitiva, está aprovechando un manual técnico teológico proporcionado por la teoría del pecado para el análisis del delito.¹² Esto no implica identificación sustantiva; antes bien, el paralelismo metodológico me parece que confirma la función descriptiva del pecado.

La conexión entre delito y pecado debe ser entendida, a mi modo de ver, como una orientación técnica del pecado que sirve a la categorización del delito. Sin duda, hay que construir modernamente la noción de delito a partir de una moralidad católica, luego la dogmática de esta moralidad tiene que ofrecer la técnica (y esto, de nuevo, no significa que las esencias sean intercambiables.) Por eso, la doctrina civil está preocupada no por la congruencia pecaminosa de las conductas que sanciona, sino por poner de relieve en qué puntos aquella orientación técnica es aprovechable y en qué puntos no. Por ejemplo, Diego Pérez de Salamanca, que encuentra en la obligación en conciencia de las penas convencionales y legales un principio sin el servicio del cual las leyes pueden prestarse a favorecer la «occasio delinquendi», condiciona la pena de «amissio domini» a la sentencia judicial frente a quienes pretenden sostener su obligación automática en el fuero interno en virtud de un supuesto consentimiento tácito respecto de la sanción que se derivaría de la comisión del delito.¹³ Lorenzo Matheu y Sanz recuerda que no es punible la «nuda voluntas», sino el efecto subsiguiente, o al menos un acto próximo en los crímenes atroces,¹⁴ traición o de gravedad notoria en palabras de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel.¹⁵ Cuando un teólogo como Francisco Larraga examina los requisitos del pecado – advertencia, consentimiento, libertad y materia prohibida –, al preguntarse por qué sea materia grave la distingue «in se» y «relative» para poner como ejemplo de la primera el hurto de cuatro reales «suponiendo que

12 DIEGO DE COVARRUBIAS, *Opera omnia*, Genevae, sumptibus Cramer, Perachon & Cramer filii 1724, I, 675–678.

13 DIEGO PÉREZ DE SALAMANCA, *Ordenanzas reales de Castilla. Recopiladas y compuestas por el doctor Alonso Diaz de Montalvo. Glosadas, Madrid, en la imprenta de Josef Doblado 1780, III, 319, 368.*

14 LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*, Lugduni, apud fratres Anissonios Ioann. Posuel & Claudium Rigaud 1686, 217.

15 ASSO, MANUEL, *Instituciones* (Fn. 10) II, 162.

esta materia sea en sí suficiente para pecado mortal» y de la segunda el hurto de una pluma a un escribano »sabiendo que no tiene otra, y que se le ha de seguir detrimento grave«, ¹⁶ ¿no plantea elementos técnicos aprovechables pero sin duda no automáticamente en una teoría civil de la antijuridicidad? Resulta por lo tanto muy lógico que, teniendo en cuenta el aprovechamiento de la técnica teológica y canónica para una teoría del delito, pero tan sólo como orientación de un ordenamiento paralelo, se enfrente el riesgo de interpretación a favor de una fusión entre fuentes que pudiera producirse en la práctica. Y así un jurista tan amigo de lo concreto como Antonio Gómez plantea la siguiente pregunta: ¿puede el juez elegir entre la pena impuesta por una ley nueva del rey a un delito y la pena impuesta por el *ius commune* (donde hay que considerar encerrado el Derecho romano-canónico y propiamente la doctrina con potencial de múltiples vertientes jurídica, teológica y moral)? La respuesta favorece a la ley del rey y evita la discrecionalidad judicial y deja sometida a la ley común. Si la ley regia ha corregido la ley común expresa o tácitamente se impone aquella pena. Si consta expresamente o por conjeturas que la ley regia no la ha querido corregir sino acumularse («quando lex nova regia non imposuisset poenam condignam delicto») se impondrán las dos penas. Cuando la ley regia impone en un delito grave una simple pena pecuniaria se entenderá acumulativa a la pena corporal impuesta por la ley común («cum non sit condigna poena legis novae ipsi delicto»). Si la pena es condigna y principal para la punición del delito y diversa de la establecida por la ley común, y no consta si la ley regia quiere corregir o no, el juez no podrá elegir porque la ley primera de Toro establece la aplicación preferente de las leyes regias y la exclusión del Derecho común. ¹⁷ No hay vara de medir más que la del poder civil al que esta doctrina sirve. Y no hay distinción entre delitos y contravenciones, pecado mediante.

En el siglo XIX la separación entre delito y pecado se subrayará en virtud de la autonomía del saber jurídico respecto del saber teológico previamente postulada en el siglo XVIII, pero no creo que de una forma inopinada y sorpresiva, sino como fruto de una secular precisión de diversas naturalezas: terminada la trans-fusión técnica del pecado, el delito se desacordona y desumbilica. Cuando José Marcos Gutiérrez define el delito como »todo hecho ilícito, o toda contravención voluntaria a la ley que obliga a una reparación, si es posible, y merece una pena según las leyes hu-

16 LARRAGA, Promptuario (Fn. 9) 190.

17 ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis, et regii, tomis tribus distinctae*, Matriti, typis Petri Marin 1780, III, 22-23.

manas« no hay, por un lado, incluso expresamente, distinción entre delitos y contravenciones. Por otro, será la vieja y relativa sinonimia entre delito y crimen la que mantenga un cierto sentido para especificar al segundo como voz reservada a delitos graves o atroces; incluso algún autor como Juan Sala todavía recogerá la vetusta distinción entre delitos y maleficios en torno a las acciones ilícitas culposas y dolosas.¹⁸ Pero el pecado está muy lejos, y su influencia técnica ya cuajó hace tiempo: el delito tiene una definición y construcción consolidada, elaborada. El delito es una acción voluntaria – con voluntad cierta, dolosa o culpable – «que veda la ley», lo que excluye la criminalidad de cualquier otra acción que resulte efecto de la violencia o la ignorancia y que no alcance a proyectarse sobre el fin o las circunstancias del hecho. La mera voluntad o ánimo o deseo de delinquir no es delito, porque no es acción: será un pecado, pero no un delito.¹⁹ También José María Álvarez excluye los pensamientos o actos puramente internos del concepto de delito, y para éste exige la voluntad que permite la imputabilidad con la interesante añadidura de una separación entre delito y pecado que responde a la separación de ordenamientos jurídicos, sustituido el civil por el acento en la finalidad política que lo caracteriza: el pecado es la acción interna o externa que vulnera la ley divina, mientras el delito requiere la afección a la tranquilidad pública o a la seguridad de los particulares.²⁰ Empero, estas ideas, aunque marquen distancia entre pecado y delito, son a la par demostrativas de cómo el delito que ha bebido técnicamente del pecado es ascendiente directo del delito contemporáneo con sus precisiones sobre la voluntariedad, el aprovechamiento conceptual del crimen y el maleficio o el elemento objetivo de la transgresión de la ley – muy subrayado en el siglo XVIII –, un conjunto de problemas decolorados pero recurrentes que demuestra, también a la inversa, cómo el delito contemporáneo recuerda el campo de disquisiciones técnicas – con la muleta del pecado – sobre el que creció.

2. Ley penal mixta y ley puramente penal

Yo creo que del fundamento de la crítica que he expuesto a la distinción de delitos y contravenciones mediante la identificación de los primeros como pecados tuvo conciencia Tomás y Valiente, porque, quizá al tomar la perspectiva del legislador civil – potencial

18 JUAN SALA, *Digestum Romano-Hispanum ad usum tironum Hispanorum ordinatum*, editio secunda, Matriti, ex typographia Thomae Alban 1824, II, 320.

19 JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, 5.^a ed. Madrid, imprenta de Fermin Villalpando 1828, III, »Discurso sobre los delitos y las penas«, 10-12, 16, 18.

20 JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, imprenta de Repullés 1820, I, 132-133.

definidor tanto de contravenciones cuanto de delitos – se encontró con la necesidad de precisar una razón técnica que permitiera su discriminación. Esa razón técnica la encuentra en la doctrina, y consiste en la catalogación de las leyes penales en leyes meramente penales y leyes penales mixtas. Las primeras se limitan a imponer una sanción, por lo que sólo las segundas, que suman a la sanción una previa preceptividad, implican una transgresión con la calidad de pecado, luego de delito. Tomás y Valiente llega a intuir (atisbo) que éste es un camino que quizá no conduzca a ninguna parte porque no deja de plantear cómo el problema, entonces, reside en averiguar qué leyes son puramente penales y cuáles penales mixtas. Todo depende del legislador, concluye. Y esta conclusión no es una huida atropellada, sino la detección de lo que late en el fondo: el poder civil no está prejuzgado sustantivamente por una categorización, aunque pueda asumir descriptivamente la categorización teológica. Yo diría que Tomás y Valiente siente una suerte de fascinación teológica que le ofusca, como si el Derecho repentinamente lo deslumbrara al volverse teológico, cosa rara, un diamante, o una extravagancia. Al fin y al cabo su misión consistía en construir una teoría penal para la que la teología ofrecía un instrumental perfecto. El problema está en que la teoría penal que interesaba construir era civil y no teológica, y el taller teológico ofrece piezas pero al poder civil no le interesa la reproducción del original sino la construcción de un particular clónico. Ésta es la puerta de una habitación de espejos, porque si se entiende que la separación entre lo civil y lo teológico es un prejuicio debería remitirme a las reflexiones anteriores. Pero no se olvide, a modo de sentencia o recordatorio, que el binomio de jurisperitos y teólogos, de ninguna manera confundidos, figura – copulación fisión y no fusión – en toda la literatura moderna.

Mas no es suficiente con cuanto se ha dicho aquí, porque merece la pena entrar en el análisis de ese soporte técnico de leyes meramente penales y leyes penales mixtas que podría resolver el problema de la concreción instrumentada de los delitos o pecados y las contravenciones, como un cuadro teórico general, el preferido por Tomás y Valiente. Se trataba de levantar la teoría de la ley penal con unos conceptos de clara raigambre teológica: no en vano lo que caracteriza a la ley penal mixta frente a la ley puramente penal es que aquélla obliga en conciencia como sancionadora de pecado. Pues bien, yo diría que en principio hay que advertir cómo esta

distinción de leyes penales no es, ni la única clasificación ni una clasificación preeminente sobre otras consideraciones en torno a la naturaleza de la ley y de la ley penal en concreto. No se puede considerar como un patrón discursivo sino como una especie más – esas construcciones polimorfos y especificativas – del discurso teológico escolástico sobre la ley penal. Es más, se trata de una distinción cuya aplicación se deduce de premisas mayores; es, una vez más, un instrumental advenido antes que un sistema propio de la ley penal civil.

Acudamos a las lecciones de Francisco de Vitoria. La ley humana – explica – tiene »vis obligandi ad culpam« tal y como tiene tal fuerza la ley divina: la obligación »ad culpam« de la ley divina se deriva de su origen »a Deo« y la de la ley humana exactamente igual, puesto que el »opus Dei« no sólo procede de Dios directamente, sino también mediante causas segundas. Dicho de otro modo, la ley divina no es sólo la ley que Dios sanciona, sino también aquélla cuya sanción confirió a la potestad humana. De la misma manera que las leyes pontificales no son sólo aquéllas que dicta el papa, sino también las dictadas por las autoridades inferiores a éste. Así pues, dado que Dios hace que los reyes sean sus vicarios, la concesión de la »potestas legum« incluye la obligatoriedad en conciencia de las leyes regias, subsumidas en los atributos de la ley divina que las genera. Si las leyes pontificales obligan »ad culpam«, las leyes civiles tienen que obligar también: la república está gobernada secular y espiritualmente y las potestades de los príncipes y los pontífices rigen en paralelo, con fuerza idéntica amparada en Dios. A partir de este razonamiento, así como la ley divina puede obligar »ad veniale« o »ad mortale«, la ley humana puede obligar »ad veniale« o »ad mortale«. La ley divina obliga »ad mortale« cuando la conducta es contraria a la ley pero también al honor de Dios o a la caridad; mutatis mutandis, la ley humana obliga »ad mortale« cuando la conducta transgrede la paz, el bien público o la honestidad de costumbres. La »quantitas obligationis« depende, en ambos casos, de la »quantitas materiae«. Por otra parte, y exactamente de la misma forma que las leyes pontificales, las leyes civiles pueden no obligar »ad culpam«, cuando el legislador no pretende exigir obediencia debida a los súbditos, sino simplemente ordenar que algo sea hecho.²¹

Es evidente que la distinción entre leyes puramente penales y leyes penales mixtas – sin utilizar expresamente tales expresiones –

21 FRANCISCO DE VITORIA, Relectiones undecim, Salmanticae, apud Ioannem a Canoua 1565, ff. 90r–93r.

está expuesta por Vitoria con toda claridad, pero también que forma parte de una explicación de la *potencia* de la ley civil, en sus diversos grados, a partir de una plasmación del poder secular apuntalado en el Derecho divino. Como consecuencia de la legitimación de la ley civil en el Derecho divino, ésta asume una *descripción* de fuerza jurídica y moral equipotente: se nos describe el alcance del poder manifiesto en la ley mediante un instrumental conceptual propio de la ley divina, ya trasladado a la eclesiástica. Pero es indudable que no se está sometiendo sustantivamente la ley civil a la ley divina o pontifical: de la primera toma su fuerza y ante la segunda se reivindica como independiente.

También Pedro de Aragón explica que las leyes civiles y las leyes eclesiásticas, unas y otras del mismo modo, obligan en conciencia. Negárselo a las segundas sería herejía luterana, y negárselo a las primeras una temeridad. Aragón ofrece una razón teleológica del régimen común: como tanto la potestad civil como la potestad eclesiástica son necesarias para que los hombres puedan vivir en paz y bien espiritual, sus leyes deben obligar en conciencia para que el contenido de tales potestades no sea vano. No olvida decir que, en el caso de la ley humana, la obligatoriedad en conciencia deriva – como hemos visto en Vitoria – de la subsunción de la potestad humana en la potestad y ley divina. Pero dice algo más, muy interesante. En estas páginas ha quedado ya planteado el problema de la función sustantiva o descriptiva del pecado en la definición del delito, que sería ahora en la definición de la ley penal mixta, que sería tanto decir como en el objeto de la obligatoriedad en conciencia. Aragón lo plantea con otras palabras: ¿de dónde nace la obligatoriedad en conciencia? Lo que resulta tanto como decir: ¿dónde o quién determina qué es pecado? Lo que resulta tanto como decir: ¿quién o dónde se define el delito? Hay dos soluciones posibles: o la obligatoriedad nace »ex voluntate legislatoris«, o la obligatoriedad nace »ex materia rei«. En principio, parecería lógico decir que la obligatoriedad en conciencia nace »ex materia rei« (cf. la función sustantiva del pecado). Sería absurda una ley que castigara bajo pecado mortal una conducta venial, o a la inversa, por la mera voluntad del legislador. Sin embargo, Aragón considera que hay que plantear la cuestión en sus justos términos, que son dos. Por una parte, el imperio de la ley deriva de la voluntad del legislador. Por otra parte, la orientación al bien común determina la »natura rei« que

obliga a culpa mortal o venial sin dependencia de la voluntad del legislador. Como es difícil resolver si la naturaleza de la materia de la ley genera obligación bajo pecado mortal o venial de acuerdo con su ordenación al bien común, Aragón presenta unas reglas orientativas. La materia sacramental, aquella sancionada con pena de excomunión o la que afecta al consenso común de los fieles, obliga bajo pecado mortal en la ley eclesiástica. La materia que se considere relativa a la necesidad de la república y la sancionada con pena severa obliga bajo pecado mortal en la ley civil. Por lo tanto, las reglas resuelven con una duplicidad de órdenes que deja a salvo la fuerza de las potestades (en el caso de la civil, la obligación en conciencia puede derivar de una materia tan poco espiritual como la tasación de precios, considerada propia de la preservación del bien público). A mi modo de ver, se está aprovechando una vez más una técnica teológica para la descripción de la fuerza de la ley civil, pero las condiciones sustantivas son complementamente autónomas. En el caso concreto de la ley penal, la obligatoriedad se explica, de forma negativa, negando el argumento de que el súbdito pueda elegir entre actuar y sufrir la pena o no sufrirla, porque esta alternativa implicaría una falta de imperio en la ley; de forma positiva, Aragón explica que la pena es una »medicina culpae« que por su propia naturaleza manifiesta cómo el legislador tiene una voluntad de imperio y de establecimiento de una ley obligatoria, lo que, por otra parte – la disyuntiva no expresamente nombrada de leyes penales mixtas y puramente penales – aquél podrá excluir, pero de forma expresa.²²

Así como, desde un punto de vista *sustantivo*, la contravención resultaba ser una excrescencia, respecto del delito, la ley puramente penal parece ser una excrescencia – nunca presumida, sino por declaración expresa – de la ley penal mixta. En consecuencia, el binomio, sustantivamente, tiende a disolverse, digamos que en tendencia a la unidad. Se salva, si se entiende tan sólo *descriptivamente*, como cirugía técnica aprovechable, por la ley penal civil, en virtud de la aplicación de un instrumental técnico *externo* (teológico).

Este diagnóstico lo corrobora Domingo de Soto, que no es un autor que adopte una posición radical, sino que percibe los resultados de unos argumentos llevados hasta sus últimas consecuencias. En primer lugar, recuerda que, al derivar la ley humana

22 PEDRO DE ARAGÓN, De Iustitia et Iure, Salmanticae, apud Guillel-mum Foque 1590, 219–227.

civil o canónica de la ley eterna a través de la ley natural, obligará en conciencia a los súbditos si es justa. Nada empuja que la potestad civil no pueda perdonar los pecados, porque son diversos y plurales los ministerios de Dios. Otra manera de decir lo que Francisco de Vitoria y Pedro de Aragón razonaban: legitimación a través de la ley divina, imperio de la ley y materia (justicia) condicionante de la obligatoriedad. La justicia de la ley deriva de varias causas: final (armonía con el bien común), eficiente (legitimidad del agente promulgador), material (bondad para el tiempo y lugar de aplicación) y formal (rectitud y equidad de sus normas); sólo obliga – está dicho – la ley justa. Mientras Aragón diversificaba el bien común, en lo eclesiástico y en lo civil, para fundamentar la obligatoriedad de la ley en cada ámbito, Soto – cuyo discurso permitiría elaborar esa misma diversificación a partir de las causas de justicia mencionadas – da ciertamente un paso más, al defender que la ley humana injusta no obliga en conciencia pero sí vincula »ratione scandali«. En verdad, así apunta el poder de la ley civil con mayor contundencia. Como si dijera: amén de los instrumentos conceptuales teológicos, la ley civil se rige por un concepto propio de lo político; como si una teoría del escándalo permitiera la elaboración de una teoría de la obligatoriedad de la ley civil, tanto como la teoría del pecado. Pero se trata de un paso en puridad no tan violento, e incluso algo tímido, porque la teoría del escándalo no cobra vuelo ni tiene un desarrollo mayor. O bien, y dicho de otra forma, porque a fin de cuentas la supuesta teoría del escándalo es perfectamente subsumible en las razones de bien público y necesidad de la república que vimos apuntadas por Aragón. Así que no concedamos demasiada novedad (más allá de lo especulativo) a la explicación de Soto. Su música es muy cercana a la de los otros autores, en definitiva. Por lo demás, acepta que hay leyes del rey que imponen pena pero no obligan »ad culpam«, siempre sin olvidar que la presunción juega a favor de la obligatoriedad – culpa venial o mortal, »secundum pretium operis« – si no hay mención expresa en contra (e incluso si se trata de una ley penal »absque poenae comminatione«), porque la obediencia es virtud en sí misma y la inobediencia pecado. Un coletazo que con elegancia retoma la legitimación independiente de las potestades humanas en el Derecho divino. Llegados a este punto, Soto sentencia con todo desparpajo respecto de la clasificación de leyes penales en meramente penales y mixtas: »Veruntamen (ut

salva id authorum existimatione dixerim, qui digni sunt pretio) callere mihi non videor vim huius distinctionis». Se atreve a decirlo con toda claridad. Y es que Soto ha tomado la posición del descriptor de la ley penal civil y ha alcanzado el punto de la meditación que percibe el carácter puramente *instrumental* y *descriptivo* de aquellas categorías teológicas, y su desmoronamiento *sustantivo*. Y la prueba de esta percepción de la ley penal civil diríase muy concreta, muy concentrada, está en que disecciona la verdad técnica que puede residir en tal distinción de leyes penales hasta el punto de advertir su falta de pragmatismo: también las leyes puramente penales obligan – sostiene, en contra de lo antes expuesto, como si se diera cuenta de repente, al concentrarse en la práctica civil – porque si en definitiva no establecen una preceptividad, sino tan sólo pena, será porque la preceptividad se encuentra en otro lugar, en otra ley.²³ Esto es muy significativo, porque cuanto mayor es la atención al mundo civil y sus problemas técnicos, más se agudiza la instrumentalización no sustantiva de lo teológico. Cuanto más jurisperito uno sea, menos teologizador será.

La perspectiva teológica de Enrique de Villalobos permite contemplar el consabido panorama de categorías sin entrar en posibles desajustes por su aplicación a una teoría civil. Se trata de describir una dogmática sobre la ley humana, en general, y punto, libre de juicios sobre posibles adaptaciones instrumentales de un campo jurídico *externo*. Basta decir entonces que la ley humana, para ser ley, debe derivar de la ley natural, no por inferencia de los principios naturales a modo de conclusión, sino por ordenación particular de lo que la ley natural manda en general: si la ley natural reza que la virtud es digna de premio y el maleficio de castigo, la ley humana particulariza la forma concreta de castigo. Por las palabras de la ley, si son de precepto o prohibición («praecipio», «mando», «iubeo», «prohibeo», «inhibeo», «interdico») o equivalentes («debeant», «teneantur», «necesse est», «non licet», «non potest»), se deduce la obligación «sub culpa». En materia leve, el legislador no puede obligar bajo pecado mortal; en materia grave, el legislador sin embargo puede obligar bajo pecado venial. Para saber cuándo la materia es grave o leve, ha de estarse a la «buena prudencia», con atención al bien común y a la utilidad del prójimo. Como le preocupa en particular el Derecho canónico, el mandato en virtud de la santa obediencia, la inter-

23 DOMINGO DE SOTO, De Iustitia & Iure, libri decem, Salmanticae, excudebat Ioannis Baptista a Terranova 1573, 43-44, 46-51.

vención del juramento o la imposición de pena de excomunión, le permiten deducir la gravedad de la materia. Frente a tales leyes mixtas, en las que no existe sólo una obligación »sub poena« sino también una obligación »sub culpa« – porque la pena no es sino un indicio de que el legislador quiso obligar en conciencia – hay leyes meramente penales que sólo imponen pena, sin establecer una obligación preceptiva, y por lo tanto no obligan »sub culpa«. Pero en el momento en el que Villalobos piensa en la ley penal civil, no sólo aplica el instrumental teológico – vgr. la obligación en conciencia nace de la gravedad de la pena, ahora de sangre o destierro perpetuo – sino que añade cómo la ley meramente penal »bien podía suceder que obligase a culpa por otro camino, como si fuese tasa de trigo, o cosa semejante: entonces, aunque no prohibiese nada, obligaría, porque pone el justo precio a las cosas«. Bonita forma de hacerse eco de la potencial liquidación del binomio de leyes mixtas y puramente penales en el ámbito del poder civil.²⁴

Francisco Suárez habla concretamente de la ley del príncipe. El príncipe puede hacer leyes que obliguen en conciencia, tanto si imponen penas espirituales como si imponen penas temporales. Un matiz técnico sugestivo, porque la utilización del instrumental teológico presume de una voracidad sobre todo lo – espiritual o temporal – punitivo. Así lo confirma Suárez, habida cuenta de que tal es precisamente la virtud del empleo de la industria teológica, de manera que si las penas espirituales son moralmente necesarias en las leyes eclesiásticas, también las penas temporales son moralmente necesarias en las leyes civiles, y bien pueden convivir unas y otras por su diversidad de razón – nueva descripción de ámbitos diversos – sin exceder el »meritum transgressionis«. También afirma Suárez que la obligatoriedad en conciencia nace de la preceptividad de la ley, y que la intención del legislador en este sentido se deduce »ex vi verborum«, considerada la cualidad de la materia y la pena inserta. Como Villalobos, puesto a pensar en las leyes que tasan el precio del trigo, bien dicho está que obligan en conciencia, porque marcan un »medium virtutis, vel in iustitia, vel in religione«. Por lo demás, diferentes de las leyes penales mixtas – en las que el valor de la preceptividad resulta tan alto que incluso puede tratarse de leyes »sine adiectione poena« – son las leyes puramente penales, en las que Suárez reconoce un »praecceptum quasi hypotheticum« – parecido a la remisión a ley com-

24 ENRIQUE DE VILLALOBOS, *Suma de la teología moral, y canonica*, Madrid, imprenta de Melchor Sanchez 1650, I, 32, 37-40.

plementaria que presumía Soto, pero sin reconocer por ello, como hacía éste, una obligación »sub culpa« – y cuya distinción de las primeras depende – y esto es lo significativo, en reconocimiento potencial de un ámbito propio civil – de la intención del legislador y, en caso de duda, de la gravedad de la pena y de la materia de la ley, que puede ser moral (si pertenece »ad bonos mores reipublicae«, a la paz o a la evitación de daños graves) o política.²⁵ Otra composición especulativa, en conclusión, pero sin ideas terremotas.

Son reflexiones que respirarán los teólogos posteriores. Amén de las palabras de la ley y de la gravedad de la materia y de la pena como elementos que distinguen las leyes penales mixtas de las leyes meramente penales, Francisco Larraga incorporará, para la determinación de la obligación en conciencia, el uso y costumbre con que la ley ha sido recibida »de los hombres doctos, y timoratos«; un criterio más, completamente flexibilizador cara a la operatividad práctica en el ámbito civil del arsenal conceptual teológico.²⁶ Para un autor tan leído en España como Daniel Concina, la gravedad de la pena – y no la gravedad de la materia – será suficiente para determinar si se trata de una ley penal simple o puramente penal o de una ley penal mixta, porque indica la voluntad del legislador en orden a la imposición de una obligación grave. La opinión según la cual la ley penal pura, aunque imponga penas gravísimas, no obliga en conciencia, porque no establece un precepto y está falta de culpa teológica, no le parece correcta, y hace derivar la obligatoriedad de la ley penal pura »ex verbis legislatoris, ex materiae gravitate, ex poenarum atrocitate«. Así pues, mantiene las claves tradicionales de la ley penal mixta como condiciones (más duras) ahora de la obligatoriedad de la ley puramente penal, y a aquélla sólo se le exige, en efecto, gravedad de la pena. Ciertamente, los valores sustantivos y dogmáticos dejan paso a los descriptivos y sancionadores. Por lo demás, Concina recuerda una idea ya comentada: el legislador debe expresar que no quiere obligar bajo culpa, porque a favor de la obligatoriedad de toda ley opera una presunción por defecto.²⁷

La tendencia que caracteriza a estos teólogos del siglo XVIII, en el sentido de una relajación de los criterios sustantivos que residen en la catalogación de leyes penales puras y leyes penales mixtas, llega al paroxismo en la posibilidad misma de poner en cuestión, en el planteamiento de los problemas derivados de la ley humana, la trascendencia de la obligatoriedad en conciencia.

25 FRANCISCO SUÁREZ, *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore in decem Libros distributus*, Conimbricae, apud Didacum Gomez de Loureyro 1612, 464-472.

26 LARRAGA, *Promptuario* (Fn. 9) 199-200.

27 DANIEL CONCINA, *Theologia christiana dogmatico-moralis*, Romae, apud Simonem Occhi 1768, VI, 241-244.

Antonio San José dice que toda ley tiene fuerza de obligar en conciencia, porque en caso contrario no sería una verdadera ley. Es un principio tradicional. Pero después explica que el »ius gentium« es una verdadera ley, tanto si pertenece a la ley natural como si pertenece a la ley positiva, y no obstante no obliga en conciencia al cumplimiento de sus estatutos. Es una ley permisiva, y no la única. También los privilegios son verdaderas leyes, aunque al mismo tiempo que resultan de obligado respeto para terceros, son renunciables por las personas singulares a quienes se concedieron. A partir de aquí, San José aprovecha todas las claves conocidas para rebajar las exigencias sustantivas, o para establecer condiciones de obligatoriedad muy laxas. Por una parte, la ley, aunque sea injusta, obliga en conciencia (recuérdese la razón de escándalo de Soto), no »per se«, pero sí »per accidens«, siempre que se repute comúnmente como justa y no sea contraria al bien natural y divino (un requisito político y dos de carácter negativo). Mas debe respetarse sin excepción aquello que el legislador exprese como voluntad en cuanto a obligación »ad poenam«. La obligación existe, pues – y si »ad poenam« o »ad culpam«, comienza a resultar una cuestión de segundo grado –, y lo importante es su gravedad o levedad. Para determinarla, además de la intención del legislador, de la materia regulada, de las palabras de la ley, habrá que tener en cuenta la pena impuesta y la costumbre regional, con la presunción a favor de la obligación grave cuando la pena lo es. ¿Y qué decir de la materia grave? A estas alturas este factor sustantivo es un factor más, en un enjambre de factores. Extrañamente, la ley específicamente penal requerirá, según San José, para ser mixta, la gravedad de la materia; y para ser puramente penal, la gravedad de la materia y de la pena. El teólogo no se priva de analizar la gravedad de materia: materia grave en una ley humana es toda prescripción encaminada a la observancia de la ley de Dios; al disponerse a explicar la levedad de la materia, sorprende con la advertencia de que, en definitiva, no habrá que valorar sus leyes reguladoras propiamente »ex sua materia«, sino en comparación con el bien común y los »fines legum«, detallando que el fin de la ley civil es la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, y el fin de la ley eclesiástica la salvación eterna de las almas. Cada oveja bajo su pastor, cada pastor con su flexible cayado de obligatoriedad, y la levedad convertida en una referencia convertible muy fácilmente en gravedad. Lo dice nítidamente San José: »ex contemptu materia

levis potest fieri gravis. Contemptus potest esse, vel rei praeceptae, vel legis, vel ipsius legislatoris». ²⁸ Todo se liquida en pura voluntad descriptiva, sin límites densamente sustantivos.

Parece claro, en fin, que la distinción entre leyes puramente penales y leyes penales mixtas es un instrumento tomado de la reflexión teológica válido para la elaboración de una teoría de la obligatoriedad de la ley penal civil. Empero, así como el concepto de pecado producía ciertos trastornos, también esta catalogación requería ajustes flexibilizadores que evitaran perturbaciones en la conexión entre la teoría y la práctica de un producto jurídico – la ley penal – de la potestad civilmente considerada. Yo creo que Tomás y Valiente nos descubrió un contacto entre planetas – jurídico y teológico – pero no marcó suficientemente el espacio que los separaba. Interpretó como una conexión sustantiva y metafísica lo que quizá no fue sino una conexión instrumental y epistemológica. Para Valiente, delito y pecado eran »realidades más que paralelas convergentes«, ²⁹ pero a mí me parecen más que convergentes, paralelas. Era difícil darse cuenta al descubrir y presenciar por vez primera el Contacto, máxime cuando el Derecho ejercía de chupasangres de la Teología, asumiendo una apariencia parásita. Mas al príncipe podía faltarle discurso, pero no ansia de poder. Tomás y Valiente lo notó, por supuesto: »el legislador se esfuerza por reducir los casos de leyes meramente penales« para convertirlas »apoyándose en la doctrina teológica« en leyes penales mixtas. ³⁰ En la cabeza de la teoría civil, el pecado es un peluquín descolocado.

3. Ley penal *lata sententia* y ley penal *ferenda sententia*

En la elaboración de una teoría de la obligatoriedad de la ley penal, los jurisperitos y teólogos concedieron importancia a otra clasificación de las leyes penales de la que no se ocupó Tomás y Valiente, y que yo diría que conquista una mayor importancia que la diferencia entre leyes penales puras y mixtas. Me refiero a la distinción entre leyes que imponen penas »latae sententiae« y leyes que imponen penas »ferendae sententiae«. Por un lado, tengo la impresión de que el estudio de estas clases obtiene en general una atención más amplia en los doctores. Por otro, aunque en esta nueva catalogación estén presentes sin duda los problemas del pecado y de la obligatoriedad en conciencia, lo cierto es que ad-

28 ANTONIO SAN JOSÉ, *Compendium Salmanticense in duos tomos distributum universae theologiae moralis quaestiones*, editio quarta, Pompelone, apud Joseph Longas et Benedictum Cosculluela 1791, I, 56–62.

29 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal* (Fn. 1) 221.

30 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal* (Fn. 1) 218.

quiere un carácter técnico, pragmático, muy proclive a una comprensión de la ley penal civil en términos operativos y directamente vinculables a la potestad del rey y al engranaje de su administración de justicia.

Alfonso de Castro plantea el régimen de responsabilidad criminal en el foro interno para la ley penal humana, en el siguiente sentido. Antes de que el juez dicte sentencia aplicando la disposición de la ley penal, el reo no está obligado en conciencia a someterse a la pena legalmente establecida. Aunque la reflexión teológica está presente, el efecto práctico es inmediato: si la ley no priva al reo ipso iure de sus bienes, de manera que la privación quede pendiente de la resolución del juez, aquél podrá disponer libremente de ellos, sin cometer pecado. Que no cometa pecado es una cuestión moral, pero que pueda disponer de su patrimonio es una cuestión evidentemente pragmática. Así que la ley penal atribuirá al juez, cuando hace depender la pena de su sentencia, una libre potestad de sancionar al reo con la pena legal: esta libertad es la que legitima la libre disponibilidad de bienes entretanto el juez se decide. Por supuesto, una vez el juez ha condenado al reo, nace la obligación en conciencia de obedecer la sentencia y cumplir la pena. Es el aparato administrativo de justicia, y el mecanismo subrogatorio que emplea la voluntad regia para ejercer el poder de justicia, el que condiciona el régimen de la obligatoriedad: su apuntalamiento en conciencia es una añadidura teológica, que no sustantiva sino que describe un refuerzo en virtud de un sistema jurídico paralelo. La esencia del Derecho divino, que no precisa la *administrativación ejecutiva* de la ley humana, tiene que ser dispar: efectivamente, la ley divina obliga en conciencia al reo a cumplir la pena aunque no haya dictado sentencia un juez.

Por lo tanto, un atributo de la ley divina es su potencia obligatoria esencialista, nacida de raíz y no sujeta a ministerios. En definitiva, se trata de una definición del poder divino, que opera automáticamente. Pero ésta es una definición interesante para las potestades civil y eclesiástica cuyas leyes – no lo olvidemos – se legitiman en la ley divina. Permite, desde un punto de vista pragmático, la vinculación de efectos jurídicos automáticos a sus proposiciones normativas, y la sanación de posibles funcionamientos deficientes del sistema de administración ejecutiva de la ley. Por eso, Castro no duda que la potestad humana, laica o

eclesiástica, pueda establecer una ley penal que obligue en conciencia aunque el juez no haya pronunciado su decisión. La fundamentación de este postulado, amén de la subordinación informativa a la ley divina, adquiere muchos enfoques. En el caso de la Iglesia, la ley que incluye pena ipso iure se justifica por razones de eficacia »ad meliorem mandatorum Dei observacionem«, »ad cohibendos homines, ne secreto crimina perpetrare audeant«; por razones deductivas, pues si el hombre puede obligarse en conciencia sin sentencia judicial, la Iglesia ha de poder obligarle en cuanto fiel suyo; o por razones técnicas, como la exclusión de »ministerium hominis« para la ejecución de la pena ipso iure (excomunión, infamia), o la declaración de nulidad de actos, o la exclusión expresa de dilaciones en la ejecución de la pena por parte de muchos preceptos canónicos. Dicho esto, si la Iglesia está capacitada para dictar leyes con penas »latae sententiae«, también el rey lo estará. Y resulta muy significativo que en esta determinación del poder no entre en juego frontalmente la distinción entre leyes penales puras y mixtas. El único límite material que recoge Castro tiene que ver con una cuestión de nuevo técnica: no es suficiente el conato de delito – ni siquiera en los graves y atroces – para castigarlo con pena »lata sententia«, sino que debe tratarse de un crimen consumado.

Por otra parte, la ley penal que contiene »sententia lata« significa un recuerdo del poder originario del rey que los ministerios de ejecución de su voluntad no pueden oscurecer. Así, según Castro, »non minus potest lex quam iudex. Nam tantum operatur sententia inflicta a lege, quantum sententia lata ab homine«. En último término, el juez sentencia aplicando la ley, luego de la fuerza de la ley se trata siempre, y no de un contraste de fuerzas entre sentencia y ley. La ejecución de la pena sólo está legitimada por un nacimiento previo de la obligatoriedad, que puede depender de la sentencia del juez, pero siempre a su vez legitimada por la aplicación de la ley. Por esta razón ningún juez puede sin culpa remitir la pena cierta – sólo si es incierta podrá atemperar la pena conforme a la calidad del reo y las circunstancias del delito – establecida por la ley: el argumento de que Dios perdona los pecados y el hombre debe imitar la misericordia divina no es válido, porque el juez carece de la plena potestad y arbitrio que Dios tiene; sólo el príncipe, que tiene la suprema y plena potestad, podrá dispensar de la ley y perdonar la pena cuando convenga

al bien de la república. Es verdad, por lo tanto, que hace falta recordar cuál es el núcleo del poder, porque los mecanismos subrogatorios de la voluntad regia implican una transferencia habilitadora de potestad que puede confundir las cosas. Pero el fundamento del poder es claro en la cúspide regia, y la necesaria retroalimentación de la voluntad regia en toda expresión de voluntad subrogada también. En este sentido, la proximidad a la aplicación última de la pena legalmente establecida por parte de la sentencia no contradice la posibilidad de que la obligatoriedad en conciencia derive inmediatamente de la ley. Es verdad que sólo penas como la excomunión, la suspensión, la inhabilitación, la privación de bienes son susceptibles de ser establecidas »lata sententia«, pues las penas corporales (muerte, mutilación, flagelación, cárcel) no pueden ser objeto de una orden de ejecución automática – se estaría invitando al reo, en la autoejecución, a cometer injusticia y pecado, dañándose a sí mismo –. Pero si la ley no puede exigir la autoejecución, tampoco el acto de la sentencia lo puede hacer. La sentencia necesita tanto como la ley, para la ejecución de la pena, el »hominis ministerium«.³¹

Estamos asistiendo a una construcción técnica de la obligatoriedad de la ley penal en la que no percibimos perturbaciones, no en vano no hay factores sustantivos externos como el pecado que pretendan condicionar la técnica. Los elementos sustantivos – el pecado, la conciencia – se incorporan (pueden incorporarse) como un anexo teológico propio del aprovechamiento de un arsenal conceptual construido teológicamente. Pero no hay variables dislocadoras en la ley penal civil porque la preocupación técnica – obligatoriedad, eficacia, atribución de efectos jurídicos – sobrepuja.

Concentrado el problema en una índole técnica, la teoría de los doctores progresa con variados matices y preferencias de política criminal. Podrá decirse, como Pedro de Aragón, que la pena »lata sententia« tiene una naturaleza odiosa, de manera que la ley penal ha de interpretarse a favor del reo con una obligatoriedad diferida a la sentencia judicial cuando no quepa deducir, de cláusulas ordenadas »ipso iure«, »ipso facto« o »nulla iudicis expectata sententia«, la automaticidad de la pena. O sostener que la misma presunción rige cuando para la imposición de la pena no sólo se requiere pasión del reo, sino también acción. Mas se analiza asimismo la imposición de la pena »ferenda sententia«, señalando

31 ALFONSO DE CASTRO, Tomus secundus in quo libri tres de justa haereticorum punitione, atque libri duo de potestate legis poenalis continentur, Matriti, ex typographia Blasii Roman 1773, 319–320, 324, 330, 336–339, 344, 350, 353, 355, 357–360, 367, 374, 376, 400–401, 404, 406, 408.

que el reo está obligado a no resistirse a la ejecución de la sentencia judicial, o a realizar los actos necesarios de sujeción, pero nunca a cumplir con los que son propios de los ministros de la justicia.³² Domingo de Soto, que apoya en la emulación de la ley divina la obligatoriedad de la ley con pena »lata sententia«, presume también a favor de la pena »ferenda sententia« – respeto del principio de audiencia – cuando la ejecución exige acción del reo, y entiende que la autoridad judicial debe ser intermediaria si la ley impone pena corporal o »laesionis inflictiva« – las leyes deben ser tolerables y acomodadas »ad hominum imbecillitatem«, lo que no es propio de las que no se caracterizan »virtute progressi« – porque no es conforme a la naturaleza la autoejecución y porque la técnica de la obligatoriedad penal va dirigida no a los súbditos sino a los ministros de la justicia. Todo ello sin discutir que la presunción a favor de la pena »ferenda sententia« de ninguna manera representa que el juez tenga mayor virtud que la ley, puesto que actúa, precisamente, por mor de su calidad de ministro de la ley.³³ Para Enrique de Villalobos lo importante es que la obligatoriedad de la pena »lata sententia« cumpla con requisitos como su conveniencia prudentemente enjuiciada para con el bien público, la proporcionalidad de la pena con la culpa y una ejecución no repugnante para la naturaleza humana. Coincide, por lo demás, en la defensa de la presunción de pena »sententia ferenda«. ³⁴ Antonio San José cree exigibles materia y pena grave para que una ley con pena tanto »lata sententia« como »ferenda sententia« obligue »sub culpa«; relativiza el valor de las palabras de la ley, porque la cláusula »ipso facto« no le parece suficiente para la obligación penal »lata sententia« cuando se trata de penas temporales que consisten en la privación de un derecho adquirido. La sumisión del reo a la pena la entiende propia de penas moderadas y proporcionales al delito, pero no de penas que, por muy justas posibles »quoad substantiam«, resulten crueles »quoad modum«: en tal caso, la cooperación ejecutiva de los ministros de la justicia es imprescindible; cuando se trata de acción ejecutiva propia de éstos – a propósito por ejemplo de una multa o del exilio – el reo no tiene obligación de someterse. De acuerdo con el principio basilar, el juez inferior no puede remitir o disminuir la pena – a no ser por alguna circunstancia de la comisión del delito como »magna saevitia« o »imperfecta deliberatio« – porque no es »legis dominus, sed custos«, ni tampoco puede reformar o mutar una sentencia con efec-

32 ARAGÓN, De Iustitia (Fn. 22) 227.

33 SOTO, De Iustitia (Fn. 23) 51–54, 58–59.

34 VILLALOBOS, Suma (Fn. 24) I, 40–44.

to de cosa juzgada; sólo el príncipe supremo tiene poder para hacerlo, »ex causa ostensionis pietatis, vel nobilitatis rei, aut ex alia rationabili«. ³⁵

Francisco Suárez entiende perfectamente que la obligación en conciencia sobre la que discurre en relación con las leyes penales »lata sententia« o »ferenda sententia« tiene algo de mera ortopedia teológica. Él considera que la pena de excomuni3n – o la privaci3n de beneficio, la censura y la inhabilitaci3n, o la confiscaci3n de bienes (3sta, concretamente, por el efecto retroactivo de la ejecuci3n) – es un ejemplo claro de condena »ipso facto« previa a la audiencia procesal, a la sentencia del juez. Ahora bien, inmediatamente reconoce que a la hora de la verdad la obligaci3n »sub culpa« remite al fuero interno y no al fuero externo, de modo que la existencia en 3ste de acusaci3n, audiencia y convicci3n judicial opera sin perjuicio de la obligaci3n propia de aqu3l. Por otra parte, Suárez sugiere una flexibilidad mayor en el empleo t3cnico de unas u otras leyes penales o en la apreciaci3n de sus requisitos, y deshace en gran medida la presunci3n a favor de la ley con pena »ferenda sententia«. Est3 de acuerdo en limitar a las penas moderadas, proporcionales y equitativas, la obligaci3n en conciencia de la ley penal »lata sententia«, pero el criterio sirve tanto para las penas puramente pasivas cuanto para las penas que requieren acci3n. En cuanto a la participaci3n del reo en la ejecuci3n de la pena, no est3 obligado en conciencia a ejecutar por s3 solo la corporal cruel, sino exclusivamente a permanecer paciente y no resistirse – pues la labor de ejecuci3n es propia de los ministros de la justicia – aunque tenga obligaci3n de cumplir con las actuaciones que los ministros no puedan llevar a cabo si son necesarias para la eficacia de la ley; si la pena no es cruel, la obligaci3n de que el reo act3e cumpliendo con la ejecuci3n nace plena a partir de la sentencia judicial condenatoria. En otro orden de cosas, es verdad que la ley que impone pena privativa »ipso facto«, obligando en conciencia antes de que se dicte la sentencia judicial, contiene palabras (»ipso iure«, »ex nunc«, »eo ipso« o equivalentes) que han de explicar la querencia del legislador por la »sententia lata«, pero Suárez aboga acto seguido por que se presuma la pena »lata sententia«, aun a falta de tales voces, cuando de lo contrario la ley ser3a in3til o ineficaz, o si se registran expresiones alternativas que denoten al fin una id3ntica intenci3n. Complementariamente, las palabras de la ley propias de la pena »lata sententia« no tienen por qu3 ser con-

35 SAN JOS3, Compendium (Fn. 28) I, 61–63.

cluyentes si el efecto penal precisa una sentencia declaratoria y un mandato de ejecución, si bien – nuevo quiebro – los efectos automáticos pueden obtener plenitud »ex aliis verbis legis, vel ex materia, aut consuetudine«. Por último, las palabras de la ley sirven también funcionalmente a la expresión de la modalidad de ley penal »ferenda sententia«, simple (»quando lex solum utitur verbo praecipendi, et imponendi poenam«) o compositivamente (»quando illi verbo addit, vel adverbium aliquod, vel aliam particulam, aut clausulam, per quam magis explicet modum imponendi poenam«). Hay, pues, una consideración muy equilibrada de las dos categorías.

Una medida maleabilidad política palpita amén por el pensamiento de Suárez en relación con la potestad del rey y el arbitrio judicial. Menos preocupado por la preservación de la suprema majestad regia en su virtud legislativa – obviamente por considerarla indiscutible – que por dotar de agilidad a los mecanismos ministeriales de aplicación y ejecución de la ley para la consecución eficaz de los fines represivos, no excluye, cuando una ley tasa una pena, el prudente arbitrio judicial por razón de las circunstancias extraordinarias concurrentes (gravísimas o atroces) que hagan merecedor al reo de una pena mayor, siempre en homenaje a la provisión del bien común. Cuando se estatuye la pena »in vindictam ad satisfactionem reipublicae«, no puede empero ser disminuida por el juez, y sólo en manos del rey queda la hipotética remisión, si bien Suárez admite que el juez está facultado, con causas amparadas en Derecho o respaldadas por la costumbre, o a título de equidad, para atemperar el castigo. Algo que no araña ni debilita el poder del rey, porque la atemperación del rigor de la pena que éste ordene se fundamentará – mejor – »in gratiam«, en calidad de suprema potestad e intérprete y dispensador de la ley, como manifestación de un juicio por sí mismo suficiente y razonable. El juez, por lo demás, puede atemperar sólo »ante latam sententiam«, mientras el rey puede hacerlo incluso »post latam sententiam«. Tan sólo se muestra Suárez precavido al pedir al rey que no dañe los derechos adquiridos por una persona particular, con una decisión de ese tenor salvo si justifica su afección – límite del límite – en el bien común.³⁶

Antes he dicho que en el vaivén de leyes penales »lata sententia« y »ferenda sententia« no entra la distinción entre leyes penales puras y leyes penales mixtas, como si el problema técnico

36 SUÁREZ, *Tractatus* (Fn. 25) 472–479, 482–495, 507–517.

repeliera el problema de la sustantividad. Sin embargo, Suárez sí relaciona en un momento dado estas diferentes claves, al plantear la pregunta de si las leyes tributarias son leyes penales puras o mixtas. En su opinión, la prescripción de tributos más la ordenación de pena, impide que sean consideradas leyes penales puras. Un razonamiento algo sorprendente, porque si la preceptividad es la condición de la ley penal mixta que obliga en conciencia y la referencia que procura la identificación entre delito y pecado, la mera regulación tributaria se antoja un enlace material chirriante y obtusamente pecaminoso. Suárez ofrece un segundo criterio sustantivo: si la preceptividad tributaria produce obligación, es en función de la justicia conmutativa; pero después admite que la costumbre, o la propia escritura de la ley, puede excluir esa obligatoriedad. Todavía piensa en un tercero, asimilando a las leyes tributarias aquéllas que marcan el precio de las cosas o mandan el pago de los estipendios laborales: la utilidad de los beneficiados por estas disposiciones. Así las cosas, los fundamentos sustantivos de la ley tributaria como ley penal mixta dejan mucho que desear. Hasta que Suárez encuentra una justificación más concreta y técnica: las leyes tributarias obligan en conciencia porque su pena es »lata sententia«. En efecto, la obligación del pago de un tributo – »ad substantationem principis« – no puede quedar políticamente a expensas de una declaración judicial. Pero lo que Suárez dice, en realidad, es esto: »Sed ostensum est, legem tributorum ut moralis – entiéndase mixta – est, praecisse latam obligare in conscientia (...) Nunc breviter censeo, leges has poenales imponentes tributa sub poena, esse mistas, ac subinde per se obligare in conscientia ad solutionem tributi«. El lector dirá que Suárez no defiende que la ley tributaria sea mixta porque es penal »lata sententia«, sino que es penal »lata sententia« porque es mixta. Aquí reconozco mi apuesta: el teólogo invierte deliberadamente los términos de la deducción. Es claro que no ha triunfado en el descubrimiento de criterios sustantivadores de la naturaleza de la ley tributaria como ley penal mixta; es claro que no puede renunciar a la eficacia política, vertida en obligatoriedad en conciencia, de la ley penal mixta; es claro que al concretar esa eficacia política máxima en la obligatoriedad automática, da con la llave. Pero no puede reconocer que la sustancia depende de la técnica; la técnica siempre debe depender de la sustancia. Así que no le queda más remedio, finalmente, que volcar la deducción: de la ley penal mixta nacerá la obligatoriedad »lata

sententia«. ³⁷ En el fondo, el prestidigitador quizá medita que las cosas suceden al revés.

4. Clasificación de las leyes penales

La utilidad de una teoría, muy técnica, muy pragmática – sobre la eficacia, la obligatoriedad –, como la que se ocupa de leyes penales »lata sententia« y »ferenda sententia« demuestra que la concepción de la ley penal civil incorpora elementos externos procedentes de la teología, mas no deja de preservar su propio campo de poder mediante adaptaciones, reajustes, interpretaciones. Mejor dicho, corrobora la impresión de que el arsenal instrumental teológico, cuanto más técnico y menos sustantivo, mejor adaptación tiene al campo del poder civil, menos trastornos produce y, cuanto más sustantivo, mayores problemas conceptuales provoca, hasta el punto de que los elementos sustantivadores ven reducida su función a una virtud descriptiva.

La teoría civil de la ley penal tiene, pues, su ámbito propio, con independencia de las conexiones teológicas. Y esto puede comprobarse a través de las clasificaciones de los delitos elaboradas por la doctrina. En las clases de leyes penales tiene lugar, por una parte, la adaptación de viejos problemas institucionales – comisión y omisión delictiva, demarcación jurisdiccional civil y eclesiástica, gravedad de la pena –, y, por otra parte, la formación de unas claves nuevas y civiles de la funcionalidad pragmática de una teoría de la ley penal.

Dejando aparte la clasificación de delitos por razón de la materia – una posibilidad más entre otras muchas, y con la dificultad, como dirá José Marcos Gutiérrez, de abarcar »tanta infinidad como hay de delitos« ³⁸ – las antiguas precisiones sobre la identificación de delito y maleficio con omisión y acción criminal se transformarán en la distinción entre delito y cuasidelito: el delito (verdadero) es el malhecho con dolo, y el cuasidelito el malhecho que procede de omisión, culpa lata o negligencia. ³⁹ Se trata de una reordenación de problemas conceptuales que tiene vínculo con el clásico binomio de delitos nominados e innominados, porque de los que carecen de »nomen iuris« siempre se había sostenido cómo, a diferencia de los nominados – estrictamente acciones delictivas –, podían consistir en hechos cumplidos »sine maleficio«. ⁴⁰

37 SUÁREZ, Tractatus (Fn. 25) 525–528.

38 GUTIÉRREZ, Práctica (Fn. 19) III, 8.

39 ASSO, MANUEL, Instituciones (Fn. 10) II, 142–143; ÁLVAREZ, Instituciones (Fn. 20) I, 134.

40 CLARO, Sententiarum (Fn. 4) § 1; GASPARRO, Instituciones (Fn. 8) 3.

Curiosamente, esta clasificación formalista, que depende de una catalogación meramente nominal – nada despreciable, puesto que obedece a la sedimentación de una tradición técnica jurídica –, es la que permite superar una distinción clásica como la que diferenciaba delitos (y penas) ordinarios y extraordinarios. Delito ordinario es el que tiene pena señalada por la ley, y delito extraordinario el que se sanciona «fuera del orden». ⁴¹ El delito y la pena extraordinaria plantean los problemas derivados de la discrecionalidad judicial amparada, por la cara, en la subrogación de los oficiales de la justicia en la voluntad del rey, y limitada, por la cruz, en la potencia informante y revisora de la voluntad regia frente a la habilitación volitiva de sus tentáculos ministeriales. Ya he tratado este problema a propósito de la distinción operativa entre leyes penales »lata sententia« y »ferenda sententia«, y es sabido que resulta una congruente – en su complejidad – epifanía de las estructuras políticas de la monarquía moderna. Ahora lo que me interesa poner de relieve es que si bien la diferencia entre delito ordinario y delito extraordinario persiste en los siglos XVIII y XIX, no es sino como escaparate de una cierta antigüalla. La doctrina decimonónica señalará la incongruencia de un delito extraordinario en el que el juez usurpa las funciones del legislador, perdido el contrapeso subrogatorio en tiempo de división de poderes. ⁴² Pero ya antes se habrá explicado que el aumento tan profuso del catálogo de delitos nominados, por obra y gracia de la prolijidad tipificadora del legislador, habrá conseguido que la clasificación pierda fuelle, de modo que el juez sólo alcance a moderar o aumentar las penas – no a crearlas – cuando varían las circunstancias previstas por la ley. ⁴³

La dualidad jurisdiccional civil y eclesiástica queda vertida en la clasificación de delitos meramente eclesiásticos, meramente seculares y comunes. Los delitos meramente eclesiásticos, cometidos por un eclesiástico o por un laico (vgr. simonía, herejía), pertenecen a la jurisdicción eclesiástica. Los delitos meramente seculares, cometidos por laicos (vgr. homicidio, hurto, traición, falsedad), pertenecen a la jurisdicción secular. Los delitos comunes, cometidos por laicos (vgr. adulterio, sodomía, usura, blasfemia), pertenecen a la competencia tanto de los jueces eclesiásticos como de los jueces seculares. ⁴⁴ La clasificación es pacífica. Sin embargo, cuando se trate de delitos cometidos por eclesiásticos, José María Álvarez nos informa de la relevante distinción entre delitos comu-

41 ANTONIO XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, Teatro de la legislación universal de España é Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias, Madrid, en la imprenta de Ramon Ruiz 1796, X, 191.

42 ÁLVAREZ, Instituciones (Fn. 20) I, 135.

43 ASSO, MANUEL, Instituciones (Fn. 10) II, 143.

44 CLARO, Sententiarum (Fn. 4) § 1; GASPARRO, Instituciones (Fn. 8) 3.

nes o delitos privilegiados por graves y atroces: los primeros son de privativa jurisdicción eclesiástica pero los segundos son reservados a la jurisdicción del rey cuando merezcan pena corporal, de suerte que la causa será instruida por ambas jurisdicciones hasta concluir la pendiente de sentencia, remitiéndose entonces al Consejo Real, previa degradación y libre entrega del reo, en cumplimiento de la real orden de 19 de noviembre de 1799 y la circular de 15 de septiembre de 1815.⁴⁵ Es un ejemplo de la sumisión de las catalogaciones a la política concreta, en este caso relativa a la delimitación de campos paralelos o secantes entre la Iglesia y el Estado.

La gravedad de la pena permitió a la teoría civil de la ley penal la clasificación de delitos leves, graves y atroces. Su esencia política queda confirmada por que su valoración dependa del arbitrio del juez, según la opinión común de los doctores, lo que significa una remisión a la *jurisprudencia* definida por el rey, aunque también la gravedad de la pena permita presumir la clase de delito. Así puede ofrecerse un álbum de tipos delictivos graves (a veces llamados atroces): rebelión, lesa majestad, homicidio alevoso o reincidente, falsificación o manipulación de moneda, robo con instrumento letal, raptó de virgen nacida legítima, cópula con virgen consagrada en monasterio, sodomía, bandolerismo, falsificación del sello del rey; para terminar añadiendo cuanto delito sea objeto de imposición de pena de muerte natural o civil. Delitos atroces (si aquéllos atroces, éstos atrocísimos) serán los sancionados con pena más grave que la simple muerte, ora por la forma de ejecución de ésta (vivícombustión, »poena cullei«), ora porque la calidad de la pena va más allá de la muerte (cuando, por ejemplo, se extiende a los hijos), ora porque se conceden facultades especiales a los jueces en la represión (conforme al principio del Derecho común que reza: »propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi«). Delitos leves serán aquéllos en los que se impone pena menor que la de muerte natural o civil.⁴⁶ A su vez, podrá distinguirse entre delitos capitales y delitos que no lo son: en palabras de Jerónimo Castillo de Bovadilla, delito capital es aquél en el que interviene pena de sangre, y no capital el castigado con pena pecuniaria.

Esta última clasificación por razón de la gravedad de la pena tiene un particular interés porque Castillo de Bovadilla le concede un efecto procesal importante. Él defiende que tanto en los delitos capitales cuanto en los que no lo son, el corregidor puede proceder

45 ÁLVAREZ, Instituciones (Fn. 20) I, 135-136.

46 ÁLVAREZ, Instituciones (Fn. 20) I, 135-136.

a perseguirlos sin requisición de parte. Una preocupación pragmática sobre el impulso procesal que está presente también en su afirmación de que los delitos graves se comprenden en la categoría de delitos públicos.⁴⁷ Se pone de manifiesto, por consiguiente, que la clasificación a partir de la gravedad de la pena – de por sí una especificación técnica concreta lejana de tipificaciones sustancialistas – todavía puede vincularse a una clasificación técnica concreta políticamente mucho más operativa. Ésta es la que distinguió entre delitos públicos y privados.

Tomás y Valiente, dedicado a diferenciar delitos y contravenciones, había pensado en razones técnicas como la prescripción de la acción (veinte o treinta años en los delitos, dos o tres meses en las contravenciones). Efectivamente ése era, a mi juicio, el mejor camino para la elaboración civil de una teoría penal en la que el instrumental teológico quedara valorado en su justa medida orientadora y descriptiva. Pues bien, la clasificación en delitos públicos y privados – la más sesudamente escudriñada por la doctrina – se reduce asimismo a una teoría de la acción criminal. El hecho de que la teoría de la acción permita la construcción de una teoría de la ley penal no extraña en absoluto escrita por doctores cuya formación en otro instrumental previo no teológico – el Derecho romano, Derecho de acciones – era profunda. La teoría de la acción permite construir inductivamente, evita los peligros de la abstracción sustancialista – máxime cuando existe un orden teológico que la controla – y otorga respuestas concretas y operativas a tipos jurídicos determinados.

No obstante, una teoría a partir de la acción no está libre de problemas sustantivos. Antonio Gómez define como delito público aquél en el que la acusación pertenece al pueblo, pero este criterio procesal no le parece suficiente y propone algunas reglas para determinar si el delito merece esta calificación: es público el delito que ofende principalmente a Dios, todo delito en ofensa del príncipe, así como el cometido contra persona privada y particular si la ley declara expresamente su carácter público. Ciertamente, este último caso amplía mucho el contenido, pero lo llamativo es la vocación de concreción sustancial. En este sentido, no faltan ejemplos de delitos públicos: lesa majestad, homicidio, blasfemia, falsedad... pero también otros crímenes y delitos – en blanca remisión – declarados tales por la ley. En cuanto al delito privado, es aquél en el que sólo cabe la acusación, civil o criminal, por parte

47 JERÓNIMO CASTILLO DE BOVADILLA, Política para corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra, y para preladados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comision, Regidores, Abogados y otros Oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Ordenes, y Caballeros de ellas,

Madrid, en la Imprenta Real de la Gazeta 1775, II, 346.

del sujeto que ha padecido la ofensa o injuria. Dice Gómez que en caso de duda el delito cometido contra una persona privada no puede considerarse público, salvo si lo considera así la ley o bien se impone la pena de muerte. Con todo, aunque la acusación no sea popular, no se discute que el juez pueda inquirir, proceder y acusar de oficio en el supuesto de que el ofendido no acuse o desista de la acusación. Se justifica »quia ex quolibet delicto publico vel privato oritur duplex offensa vel injuria: una parti, et alia republicae: unde, licet pars offensa non accuset, judex potest et debet ex officio procedere pro injuria reipublicae, cui convenit ut delicta puniantur pro pace et quietudine ejus«. Por lo tanto, a pesar de las vacilaciones sobre la determinación de una esencia sustantiva de la publicidad y de la supuesta presunción a favor de la naturaleza privada, lo cierto es que políticamente se abre un campo de impulso procesal por parte del juez que garantiza el control represivo del poder regio, como de costumbre amparado en la defensa de la república. Ahora bien, Gómez se da cuenta de que si el daño de la república fundamenta la inquisición del juez, también puede ser un factor muy considerable en los delitos privados – injurias, hurtos y similares – por causa de la frecuencia cotidiana con la que éstos se producen. Hay que encontrar otra razón de discriminación, entonces, y el jurista la descubre en una explicación perfectamente concreta y técnica: el delito privado supone una acción civil y una acción criminal a favor del ofendido cuyo ejercicio resulta incompatible porque una prejuzga la otra. Bien es verdad que no se trata de una solución argumentativa perfecta: ¿por qué entonces – se pregunta Gómez – en el delito público no existe pena pecuniaria que prejuzgue la criminal? La respuesta reside en la mayor gravedad de los delitos públicos y en su requerimiento de acción pública.⁴⁸ Una manera de terminar en círculo y con remisión a la necesidad de criterios sustantivos en la determinación de la gravedad de cada tipo delictivo. Pero no hay que olvidar que la referencia persistente a la acción pública indica también que no se pierde de vista la traducción de las naturalezas jurídicas en derechos y cauces procesales técnicamente concretos.

Por otra parte, la dilatación de los delitos públicos, núcleo del ajuste doctrinal preservador de la represión ejercida por la máquina política, responde al modelo del Derecho canónico, donde todos los crímenes son públicos. Lo admite así la doctrina no porque niegue en su seno la clásica distinción – incluso con la señal de

48 GÓMEZ, *Variae* (Fn. 17) III, 4–8.

alguna diferencia añadida, como la declaración de infamia que acompaña al crimen público pero no al privado –, sino en el sentido de que el crimen privado puede ser perseguido de oficio, inquisitivamente, en orden a la imposición de una pena extraordinaria.⁴⁹ En el ámbito civil, los doctores mantendrán la distinción – prestigiada por el Derecho romano⁵⁰ – entre delito público y privado, con acento en la ofensa a la república, además de a la parte injuriada, que acaece con el primero.⁵¹ Incluso la clasificación permitirá renovar la vieja distinción entre crímenes, delitos y maleficios, asignando el término crimen al delito público y el término maleficio al delito privado. En el siglo XIX se podrá decir de manera concluyente y genérica que, por ser perseguibles de oficio, todos los delitos son públicos; como nota al margen quedará el reconocimiento de las exclusivas excepciones del adulterio y la injuria verbal.⁵²

Es una prueba de que el problema técnico de la acción y del impulso procesal se ha impuesto sobre cualquier otra polémica en la descripción de la naturaleza de los delitos. Creo que lo había expresado muy bien en el siglo XVIII Juan Álvarez Posadilla: la distinción entre delitos públicos y privados basada en la pasión principal de daños y perjuicios por el particular y secundaria por la república, en los últimos, y a la inversa en los primeros, debía ser superada por una distinción centrada en la «diferencia de acciones», popular en los delitos públicos y exclusiva del ofendido en los delitos privados. Empero, nada yugula el impulso procesal de oficio, propio de los delitos graves (vgr. crimen de Estado, fraude a la Hacienda) y leves en los que la república es principal ofendida, así como de los delitos graves en los que un particular – el directamente lesionado (vgr. homicidio, robo) o un tercero (vgr. abandono de familia) – es el principal ofendido. Aunque Posadilla juzgue que la idea según la cual todos los delitos son perseguibles de oficio es propia de un abuso en el que había incurrido el estilo de los tribunales inferiores de España – contra el que Carlos III había dictado una nueva instrucción de corregidores –, lo cierto es que los delitos leves citados en los que el impulso de oficio cabe (vgr. entrada de res en sitio acotado, tala de poco perjuicio) implica un criterio expansivo – la afeción a la república bien puede ser elástica – confirmado por la relegación a la inactividad del impulso judicial sólo de delitos leves ambiguamente determinados (aquéllos en los que el particular tercero ha sufrido la ofensa con un daño

49 CLARO, *Sententiarum* (Fn. 4) § 1; GASPARRO, *Institutiones* (Fn. 8) 2-3.

50 JUAN SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, 2.^a ed. Madrid, en la oficina de José del Collado, 1820, II, 36.

51 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política* (Fn. 47) II, 346-347; PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro* (Fn. 41) X, 190-191; ASSO, MANUEL, *Institutiones* (Fn. 10) II, 143-144.

52 ÁLVAREZ, *Institutiones* (Fn. 20) I, 134.

menor que en los graves) o de delitos leves concretos (vgr. la injuria verbal o real leve) que, como hemos visto, constituirán el reducto finalmente admitido una vez expandida la naturaleza pública dilatada de los actos delictivos.⁵³ La propia crítica de Posadilla vale como confirmación de una práctica de política jurídica criminal expansiva.

5. Conclusión

La teoría jurídica civil de la ley penal evoluciona con una inspiración teológica. La teología concreta y ofrece el modelo de un instrumental conceptual potencialmente válido para la descripción de la estructura represiva secular, tanto de los conceptos institucionales, cuanto principalmente del régimen de la eficacia y obligatoriedad. La ley civil, empero, es un campo de descripción – no de mera derivada sustanciación – de las categorías teológicas: las herramientas son bienvenidas de la teología, pero en permanente adaptación por la ley penal civil a su propia praxis técnica y contexto político. El hombre moderno sigue preocupado por Dios, pero su vida comienza a dedicar menos horas a acordarse de Él: su lenguaje preserva y acusa la huella teológica, pero su habla depende de las preocupaciones pragmáticas del siglo.

Tomás y Valiente reveló el idioma de la teología en esa fría superficie del Derecho que la historiografía anterior – tantas veces redonda en su propio estilo – había impermeabilizado ante la lluvia de otras fuentes y discursos de la cultura. Inauguró una renovación pancultural del pensamiento jurídico de los historiadores del Derecho, con el aire fresco de una mirada torcida para con los monumentos dogmáticos y la plantilla reprogramable del reverenciado método *institucional*. Pero quizá el historiador tiene más vocación por una explicación total de la realidad que la propia Historia. Sea como fuere, estas páginas celebran con un brindis por Valiente el esplendor de un clásico.

Enrique Álvarez Cora

53 ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica* (Fn. 11) I, 9–17.