

LA DEFINICIÓN DEL DELITO ENTRE LOS SIGLOS XVI Y XVIII*

Enrique ÁLVAREZ CORA
Universidad de Murcia
eacora@um.es

RESUMEN:

La doctrina jurídica elabora entre los siglos XVI y XVIII una definición del delito que implica a su vez la definición de otros conceptos afines, como los de crimen y pecado. En la definición del delito se aprecia, entre los siglos XVI y XVII, la tensión entre los planteamientos jurídicos intelectualistas y voluntaristas, mientras que finalmente, durante el siglo XVIII, se produce un cambio en la interpretación del intelectualismo, que abandona el fundamento de la teología para asumir la razón de los derechos naturales sociales.

PALABRAS CLAVE:

Delito, Crimen, Pecado, Definición, Doctrina jurídica.

ABSTRACT:

The legal doctrine produces between 16th and 18th centuries a definition of the offence (*delictum*) that in turn implies the definition of other concepts related, as crime and sin. The definition of the offence (*delictum*) shows, in 16th and 17th centuries, the tension between the juridical intellectualism and voluntarism approaches, until finally, during 18th century, a change occurs in the interpretation of intellectualism, that leaves the basis of theology to assume the reason of the social natural rights.

KEYWORDS:

Offence, Crime, Sin, Definition, Legal doctrine.

* Este trabajo pertenece a los Proyectos de investigación titulados «El crimen en la doctrina jurídica europea: espacio común y singularidades territoriales», financiado por la Fundación Séneca, ref. 19208/PI/14, y «Literatura del crimen: doctrina jurídica y crónica social (siglos XVI-XX)», ref. DER2015-64627-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. INTELLECTUALISMO Y VOLUNTARISMO EN LA LEY, EL DELITO Y LA PENA

La relación entre Derecho y teología durante el Renacimiento y el Barroco puede ser entendida, a mi modo de ver, como una tensión, con raigambre bajo-medieval, entre el intelectualismo y el voluntarismo, no tanto en el sentido de una oposición de criterios gnoseológicos, cuanto en la medida de un juego de primeros y segundos planos, o bien de legitimaciones y funcionalidades, a su vez reflejos de un omnipresente dualismo cognoscitivo. O sea, lo que en la teoría político-jurídica se construye a partir de conceptos y sistemas de música intelectualista, en la que las razones, por ejemplo, de justicia material, se anteponen en el sentido de que se visualizan como fundamentos *a priori*, viene en su dimensión trascendente desempeñándose a modo, en cuanto desciende a las operaciones de la realidad, de armadura que recubre el en pureza cuerpo o motor o corazón o carne que en ella se esconde y que resulta ser la voluntad, o el voluntarismo como sentido a justificar, a legitimar, a explicar por aquella cáscara del intelecto, y desde este punto de vista a ocultar por el intelectualismo. Y por cuanto la voluntad está oculta, la razón intelectual puede seguir pareciendo, empero su virtud de ropaje, como esencia y base. Y este mismo tándem de intelectualismo y voluntarismo, por el campo de la teología o por el campo del Derecho, es el que se representa a su vez, en otro peldaño, entre teología misma y Derecho mismo, o mejor entre la relación misma entre teología y Derecho. Desde este punto de vista, no responde a la teoría renacentista o barroca un Derecho regularizado por la teología, ni una teología secularizada por el Derecho, de modo unívoco, antes bien lo que la caracteriza es un dualismo de campos jurídico y teológico en el que se produce una utilización recíproca de instrumentales, con la función anteriormente dibujada, y soterradamente complementada, en los planos visuales materiales y formales, de contenidos y continentes, del intelectualismo y del voluntarismo.

En el ámbito de la justicia vindicativa sucede lo mismo, y así la clasificación de las leyes penales en leyes puramente penales y leyes penales mixtas obedece a una razón de identidad entre delito y pecado, y de consiguiente obligatoriedad en conciencia, tan aparentemente sólida y definitiva cuanto, a la postre, simple indumentaria de la posibilidad de que criterios diversos, perfectamente admitidos tanto por teólogos como por jurisperitos, tales como la pena o la gravedad de la materia, muten una clase de ley en otra, y particularmente la ley puramente penal (aparentemente definida en un minusvalor respecto de la obligatoriedad criminal) en la ley penal mixta¹. Es absolutamente significativo que a esos criterios ahora

¹ Villalobos 1650, 39: «Dos maneras ay de leyes penales. Las vnas son meramente penales, que no prohiben nada, sino solo ponen pena [...] Otras leyes son mixtas, que prohiben, que la cosa se haga, y ponen pena al que no la hiciere. / Primera conclusion. La ley que es pura-

mismo apuntados pueda añadirse, con toda claridad, la voluntad del legislador. Y parece evidente que si la voluntad del legislador puede prestidigitar con las clases de leyes penales, máxime siendo la ley la expresión normativa de la voluntad de su dador, la arquitectura de las clases, con la sesuda densidad de sus criterios, queda en una aparente materia intelectual que sabe sólo a sombra de forma, y que si asombra como algo más que sombra es por su posición sistémicamente primordial, su función de regla y no de excepción, por mucho que la excepción convenga definitivamente en una depauperación de la regla, en una desustanciación de la regla, que sin embargo sigue siendo sustancia porque la forma misma no puede depender de los criterios intelectuales o sustanciales, sino precisamente de la excepción motora que constituía la voluntad del legislador.

Y si de la ley penal descendes al contenido institucional, esto es, a los delitos, la clasificación de delitos públicos y delitos privados evoca la misma experiencia. Pues el delito público es aquel que afecta a Dios, al príncipe o a la república, y en consecuencia aquel que procesalmente permite el ejercicio de una acción pública, mientras el delito privado es aquel que afecta a un particular, y en consecuencia aquel que procesalmente permite el ejercicio de una acción privada, pero si la teoría jurídica civil permite que la ley disponga la posibilidad del ejer-

mente penal, no obliga a culpa de sí, quando no prohibe nada, sino solo pone la pena. [...] Y no obsta contra la conclusion, lo que dize Soto, y otros, que tienen lo contrario esto es, que por ser pena, ha de mirar forçosamente a culpa porque la pena, y la culpa son relativos [...] Tercera conclusion. Las leyes humanas ciuiles mixtas, que son las que no solo ponen pena, sino tambien prohiben, que no se haga tal cosa, o mandan que se haga, obligan a culpa». De esta cita me gustan particularmente dos cosas. La primera, que respeta el criterio, constante en la doctrina (como demuestra el mero hecho de la repetición de esta clasificación de las leyes penales), de que es regla la distinción intelectualista entre leyes penales mixtas y leyes puramente penales, y excepción los criterios que rompen su contraposición, lo que viene a ser expresado en la opinión, rechazada por Villalobos, de Domingo de Soto. La segunda, porque la *relatividad* de Soto se concreta en un factor característico de la voluntad política, que vendrá comentado después a propósito de la clasificación de delitos atroces, graves y leves, cual es la pena. De hecho, en Soto 1574, 48-49, se plantea el problema de la obligatoriedad criminal en opciones de *obligatio ad culpam* o *ad poenam*: «Et primo quaeritur, vtrum humana lex, quae obligat ad poenam, pariter obliget & ad culpam» para decir: «Respondetur ergo vnica generali conclusione. Nulla prorsus est lex poenalis, si legitime sit poenalis nominanda, quae non obliget ad culpam: nisi contrariam intentionem expresserit, dicendo: Non intendimus obligare ad culpam, aut quid simile [...]»; y por cierto que la respuesta no tiene desperdicio, porque, al hacer regla de la voluntad, so capa de pena, el ropaje intelectualista no desaparece del todo, y no sólo porque se admita la excepción de una pena que no genera obligación criminal equiparable a la culposa –pues en realidad también esta posibilidad depende de la voluntad política en tanta medida como la imposición de una pena equiparable en su obligación a la obligación *ad culpam*– sino sobre todo cuando se requiere una legitimidad previa de la ley penal. Esto es un síntoma de que, como retratan incluso las posiciones interpretativas más escoradas, el sistema funciona por equilibrio melódico de intelectualismo y voluntarismo.

cicio de la acción pública para un delito en principio privado², obviamente la voluntad del legislador que la subyace demuele la clasificación, siempre al menos en potencia, y una vez más no para hacerla desaparecer, porque cumple su función de ropaje intelectual, sino para rendirle respeto como regla, siempre y cuando persista guadiana la potencial insolencia del voluntarismo, que en realidad sólo cabe deshacer, como demuestra la teoría jurídica canónica, cuando el sistema completo intelectualista obedece a una voluntad laminadora, moralmente constante. Es precisamente porque toda calificación de un acto como transgresor del orden moral significa un pecado, por lo que no existen en el Derecho canónico sino delitos públicos, y es precisamente porque la voluntad política aspira a un mundo reglado por su razón política, en el que el poder no quiere retraerse sino en virtud de una verdadera excepcionalidad (que no es la teóricamente aceptada, nada excepcional desde su excepción como se ha dicho) y en el que por lo tanto toda contravención del poder provoca en esencia la misma repugnancia, por la que el Derecho civil renacentista y barroco vivirá la misma expansión del delito público, con el idéntico afán totalizador canónico, reduciéndose a las formas de sanación, pena y penitencia, ejecución de la obligación criminal, los matices de esos comportamientos sujetos a juicio político, en último término a la valoración de la gravedad de la materia, como si se dijera a un problema de pecado mortal o venial.

Luego la voluntad política, al arrogarse el marchamo de la obligatoriedad criminal y de la acción procesal correspondiente, bajo una capa de intelectualismo clasificador de leyes penales y delitos, al fin sólo clasifica en verdad cuando comprende que ella misma no actúa con la misma intensidad en todos los casos que regula y reprime. Así tanto en la teoría criminal civil como en la canónica los delitos se distinguen en delitos leves, graves y atroces. Pero cuando examinas la razón de esta clasificación, por encima de especificidades más o menos consistentes, y amén de la tendencia doctrinal a explicarlas por mor de criterios propios de otras clasifi-

² Gomezii 1780, 4-5: «Pro cuius introductione, & perfecta declaratione materiae, dico: quod aliqua sunt delicta publica, aliqua sunt delicta privata. Publica sunt illa *in quibus accusatio pertinet cuilibet de populo*. Quod declaro proponendo aliquas regulas generales. / Prima regula sit: quod omne delictum, quod principaliter respicit offensam Dei, dicitur publicum, & in eo quilibet de populo potest accusare, cuius ratio potest esse duplex: Prima, quia illud quod sit in offensam Dei, dicitur fieri in omnium injuriam. Secunda, quia si quilibet de populo non posset accusare, tale delictum remaneret impunitum, ex quo nulla privata persona est offensa. [...] Secunda regula sit: quod omne delictum in offensam Principis sit publicum [...] Tertia regula sit: quod delictum commissum contra privatam & particularem personam ita demum est publicum, si lege hoc caveatur exprese, alias est privatum. Et his omnibus casibus, in quibus delicta sunt publica, poterit regulariter quilibet de populo accusare [...] Et publica delicta sunt, Laesae majestatis Homicidium, Adulterium, Crimen falsi, Vis atque violentia, & alia crimina & delicta [...] / Privata delicta sunt illa, *pro quibus tantum potest accusare ille, qui injuriam vel offensam passus est, non vero quilibet de populo, modo agatur civiliter, modo criminaliter*; ut crimen injuriarum, furtum, & simile delictum [...]».

caciones (como su naturaleza pública o privada, o su regulación por leyes penales mixtas o puramente penales, o aun la teoría de la *qualitas doli* que en realidad por sí misma no puede subsumir clases por cuanto manifiesta una gama volitiva predicable de cualquier delito), al fin se impone, como criterio, la pena, en su determinación misma o en la determinación de su forma de ejecución³. Y es evidente que si la pena viene a discriminar las clases de delitos, los delitos no serán atroces, graves o leves por factores materiales o intelectualismo, esto es, en relación con una esencia o naturaleza, sino a raíz del ejercicio de la voluntad política, que es efectivamente, bien en la ley del príncipe o bien por ministerio de la ley en el arbitrio judicial, el que decide la pena. Así que de nuevo la clasificación intelectualista está ahí, incólume, omnipresente y primeramente percibida en toda teoría, pero con la oculta nuez volitiva dispuesta a activarse y demostrar que en la fastuosidad del edificio puede haber, a la postre, sólo el dibujo que ha trazado el humo.

Cuanto se ha dicho hasta ahora admitiría una reflexión en profundidad sobre el efecto que el camuflaje intelectualista del voluntarismo, o la cinética voluntarista

³ Clari 1661, 342: «Sunt etiam delictorum quaedam leuia, quaedam vero grauius seu atrocita, & quaedam atrocissima. In hoc autem non traditur a Doctoribus certa regula, sed aliqui dicunt, standum esse arbitrio Iudicis [...] Alij vero dicunt, quod ex qualitate poenae, quae pro delicto imponitur, cognoscitur qualitas & quantitas delicti. Et ideo tanto grauius delictum iudicari debet, quanto grauior poena pro eo imposita reperitur. Et haec fuit opinio Bart. [...] Et hanc dicit esse communem & regularem Theoricam Socinus [...]». La que parece reconocerse como opinión común tiene la pena como vara de medir; la referencia al arbitrio judicial puede situarse en la misma línea, porque no puede tratarse de una tipificación delictiva por ministerio de la ley (extraña tipificación del delito anexa clasificación del delito tipificado) sino de una tipificación penal por ministerio de la ley, esto es, de la pena extraordinaria, pena al fin y al cabo. Aun así, el vigor de la pena como motor voluntarista no destruye la clasificación intelectualista, por mucho que al fin vaya a depender en su razón de nuevo de la pena; sigue la lectura: «Superioribus diebus Senatus noster interrogatus a Serenissimo Rege, quae viderentur delicta atrocita? Resp. sibi videri atrocita haec, quae sequuntur: Rebellionis, Laesae Maiestatis, Homicidij ex proposito commissi, Falsificationis monetae, Tertij homicidij, sc. commissi ab eo, qui alia duo homicidia prius commisisset, etiamsi pro eis condemnatus non fuisset. Vulneris illati proditorie cum sclopo rotato, etiamsi mors sequatur, Tertiae tonsationis seu diminutionis monetarum, Raptus virginis honestis parentibus ortae, etiamsi copula non sequatur, Vnus venereus cum sacra virgine in habitu intra monasterium degente, Sodomia, Famosorum Latronum in viis grassatio; & Falsificatio sigilli Principis, aut Senatus. Et haec opinio Senatus placuit Regi nostro, & ideo in hac prouincia seruanda esset pro lege. Ego autem dico, quod omnia delicta, pro quibus a lege vel statuto imponitur simpliciter poena mortis naturalis, vel ciuilis, sc. triremium perpetuo (& talis poena est in vsu, vt a iudicibus imponatur, & exequatur) dicuntur grauius & atrocita. Atrociora autem siue atrocissima dicuntur, pro quibus lex vel statutum imponit poenam grauiorem, quam simplicis mortis in ipso genere mortis, puta, quia vult pro talibus delictis reos in sui culo, vel igne comburi, vel in frusta scindi, vel rotae inseri, vel trahi ad caudam equi, vel huiusmodi, vt in crimine haeresis, parricidij, assassinij, latrocinij ad viam publicam, Sodomiae, incendiarij, falsae monetae, &c. Vel quando addit alias qualitates vltra poenam mortis, vt quando extendit poenam etiam in filios, vt in crimine Laesae Maiestatis».

del intelectualismo, provoca en el planteamiento de la conexión entre teología y Derecho, en general o en concreto acerca del Derecho del mal. En principio, es viable el análisis de la razón teológica del Derecho civil, mas tanto como lo sería analizar la razón teológica o la razón civil –por qué no– del Derecho canónico. Sucede que todavía no sabes de qué estás hablando en el fondo, hasta que no se concreta el sentido, intelectualista o voluntarista, de aquella razón que se compara en los distintos campos. Dicho de otra manera, hay que saber qué es lo que hace (en la superficie de la interpretación, por así decir) teología a la teología, o Derecho al Derecho, si la razón intelectualista o la razón voluntarista. Y lo cierto es que el análisis suele preconcebir que la razón de la teología o del Derecho es intelectualista: una vez más, el cúmulo de conceptos e interpretaciones que sedimentan materialmente, y que presentan, de una manera estática, el sistema. Podría decirse así también, por concretar, las doctrinas o literaturas jurídicas teológica y jurídica. Empero, hay un voluntarismo arropado por cada uno de estos campos intelectualistas. Luego también habrá que preguntarse por esa voluntad política que ruge bajo la razón intelectualista, tanto en el Derecho canónico como en el Derecho civil, de forma igual o distinta. Entonces, preguntarse por si el Derecho está teologizado puede querer decir que se pregunta sobre si la razón intelectualista jurídica es deudora de la teológica, pero también, además, sobre si el intelectualismo jurídico, teologizado o no, está afectado por una voluntad política civil (como el intelectualismo teológico afectado por una voluntad política eclesiástica). Llegados a este punto, un contraste posible sería el que enfrentase la formalización en actos jurídicos del voluntarismo subyacente en cada sistema canónico y civil, pero este contraste, concentrado en la dación de la ley –penal– habría de sustraerse en cierta medida (siempre estarán presentes las propias causas y los propios límites materiales de decisión en cada ámbito voluntarista, para su respeto o trastorno) a los contenidos intelectualistas de la teología y el Derecho, y ganaría querencia por las motivaciones estrictamente políticas de monarquía e Iglesia.

Sin embargo, aunque no deje de ser interesante la atención a las políticas criminales de las voluntades civil y eclesiástica en una visión comparada, me refiero aquí y ahora a un contraste distinto, y normalmente planteado a propósito del Derecho criminal o penal, cual es el que se interroga por la influencia del intelectualismo teológico en el intelectualismo (luego en el campo de conceptos y estructuras institucionales de delitos y penas, más bien que de las leyes penales) civil. Porque en rigor, cuando se entiende que hay una teologización por el hecho de que la teoría civil asuma, verbigracia, determinadas clasificaciones de las leyes penales por razón de esencias pecaminosas o de la obligación en conciencia, no se está en realidad atendiendo con tanta fuerza a las formas de dación de leyes por cada voluntad política, cuanto al hecho de que sus contenidos institucionales criminales o penales vengan mediatizados por la propia reflexión teológica sobre el pecado, proyectada sobre el delito, o sobre la penitencia, proyectada sobre la

pena. Y de hecho la desteologización habitualmente argumentada como propia de la doctrina criminal iluminista no tendrá tanto que ver con las formas de los mecanismos de producción de las leyes penales –persistente el sistema monárquico de producción normativa– cuanto con el hecho de que la conceptualización del delito pueda perder las incrustaciones materiales intelectualistas que –se supone– hubieran previamente prendido, recibidas de la teología, en la comprensión renacentista y barroca del delito y de la pena.

El influjo del intelectualismo teológico en el contenido institucional de las leyes criminales puede apreciarse en el hecho de que tales leyes procedan a la penalización o despenalización de determinados delitos con una resonancia conceptual teológica. Pero, sin avanzar por este camino, puede llevarse a cabo también una comprobación sobre si existen o no factores de teologización, y aun de desteologización, en la definición misma del delito, como concepto.

2. LA DEFINICIÓN DEL DELITO ENTRE LOS SIGLOS XVI Y XVII

No todos los jurisperitos deciden incluir en sus teorías o prácticas criminales una definición del delito, y esto ha de decirse incluso respecto de aquellas obras que preceden el tratamiento *speciatim* de los delitos de una reflexión *generatim* sobre el delito. Es acostumbrado que entonces la conceptualización del delito se convierta en un estudio de la clasificación de los delitos, desde distintos puntos de vista, entre los cuales la gravedad que distingue delitos atroces, graves y leves. Pero más frecuente aún es que la primera clasificación que precipita esa conceptualización clasificatoria de los delitos sea la que diferencia entre delitos públicos y delitos privados, como puede verse en doctores del renombre de Julio Claro⁴ o Antonio Gómez⁵. Esto no deja de ser un criterio voluntarista, puesto que, aunque pueda entenderse que otras clasificaciones también remiten en definitiva a la razón de la voluntad política, será de modo más indirecto frente a la directa referencia que a ella se encuentra en la clave procesal que define al delito privado o público, a la que se añade como es sabido el factor de la ley como marcador absorbente del marbete de esta última categoría. El hecho de que en el *ius canonicum* no existan sino delitos públicos otorga además a la persistencia de la catalogación dual un sabor propio secular, y así desteologizado, que ciertamente responde al tránsito medieval entre un mundo criminal de justicia privada y otro de justicia pública.

⁴ Clari 1661, 341: «Superiore libro dictum est de Contractibus, sequitur nunc, vt de Maleficiis videamus. Pro intelligentia autem terminorum praemittendum est, delictorum quaedam esse publica, quaedam esse priuata».

⁵ Gomezii 1780, 4: «[...] nunc restat videre de materia *delictorum* [...] Pro cuius introductione, & perfecta declaratione materiae, dico: quod aliqua sunt delicta publica, aliqua sunt delicta privata».

Hay doctores en el Renacimiento que prefieren una definición pura del delito, sin transfiguración en catalogaciones. Así, por ejemplo, Tiberio Deciani (cuya obra será tan citada como la de Claro o Gómez) define el delito como la *desertio boni siue legis*⁶, lo que parece una explicación a medio camino entre el intelectualismo –representado por lo *bonum*– y el voluntarismo –representado por la *lex*–, o antes bien el habitual y ambiguo conglomerado intelectualista/voluntarista que resulta propio de la época. Sin embargo, inmediatamente Deciani define el delito, en cuanto *nomen generis*, como *omne peccatum*⁷, y esta no puede interpretarse sino como una conexión intelectualista del término de delito con su referencia teológica del pecado, que lo inspira, bien es cierto que desde una perspectiva terminológica genérica. Conviene entonces concretar qué pueda entender Deciani por pecado. Y resulta que Deciani entiende por pecado, de modo amplio, *omne, quod contra legem admissum est*⁸. De manera que de las claves intelectualista –lo *bonum*– y voluntarista –la *lex*– el pecado –aparente influjo intelectualista– resulta entendido en una significación voluntarista. *More mathematico*, podría decirse que en la situación de empate entre intelecto y voluntad, un punto de intelecto suma el pecado, pero otro punto de voluntad su referencia a la ley, de modo que el empate técnico se mantiene. El problema está en que, desde el punto de vista exclusivo del delito, parece haberse generado la esperanza de una tensión intelectualista gracias a la referencia del pecado que al final se frustra, en la medida en que la vinculación del delito y del pecado a la ley tiene que ser la sumisión a dos leyes paralelas, eclesiástica y civil, que incomunicarían los conceptos en su nuez volitiva, o a una misma ley, eclesiástica o civil y aun suma de ambas, que ora deshace las diferencias conceptuales entre delito y pecado si hay armonía, ora las acentúa y envía hacia el problema del conflicto de leyes si no la hay. Por eso Deciani añade un nuevo factor que diferencia delito y pecado: el pecado se comete por acción y el delito por omisión⁹. Pero no explica cómo entonces puede haber afirmado que delito es genéricamente todo pecado: ¿cómo puede ser que el concepto que significa la omisión pueda incluir toda suerte de comisión? Es en otro momento cuando Deciani afronta de nuevo la distinción entre pecado y delito para decir que el pecado excita la *divina ultio*, la *voluntatis poenitentia* y la pena espiritual, mientras que el delito excita la pena corporal derivada del juicio que conduce de la acusación a la condena¹⁰. Es cierto que la importancia de la pena

⁶ Deciani 1613, 13: «Delictum ergo est desertio boni siue legis».

⁷ Deciani 1613, 13-14: «Delictum [...] est nomen generis comprehendens omne peccatum [...]».

⁸ Deciani 1613, 2: «PECCATVM latiori significatione comprehendit omne, quod contra legem admissum est [...]».

⁹ Deciani 1613, 2: «Atque hac ratione dicitur peccatum differre a delicto, quod peccatum faciendo, delictum omittendo committatur [...]».

¹⁰ Deciani 1613, 3: «Ego vero hanc duntaxat differentiam inter Peccatum, & Delictum siue Crimen admittendam esse duco, quod peccatum proprie sit illud, quod diuinam tantummodo

introduce el típico y habitual factor voluntarista soterrado (pues la pena depende de la voluntad política), pero es indudable también que hay una definición independiente del pecado que permite apreciar un paralelismo (no una disolución) entre pecado y delito, que permitiría el ulterior influjo del primero sobre el segundo. Queda, empero, la dificultad de que el delito no se ha definido como una especie de pecado, sino al revés, no obstante pueda ser vencida por el hecho de que ahora sí que la *desertio boni sive legis* tiene, aparte de la conexión voluntarista de la *lex*, una conexión intelectualista con lo *bonum* al amparo de la que podría nutrirse significativamente, de modo negativo, por la vía de su conexión con el pecado. También es sugerente que la definición del delito tenga una resonancia procesal, y punitiva por mor de la condena procesal, que remite al voluntarismo propio de una administración de justicia, y contrasta con ese pecado con un sentido material menos formalizado que corresponde a la dimensión del fuero interno, del espíritu y de la misteriosa inteligibilidad de los mandamientos de Dios.

En la última distinción comentada de delito y pecado, Deciani equipara además los términos de delito y crimen¹¹. Es interesante que, no obstante esta equiparación, el crimen pueda distinguirse como un determinado tipo de pecado. Por cierto que si el crimen es un tipo de pecado diferente al tipo de pecado en que consiste el delito, la definición del delito como un nombre general que engloba todo pecado queda excluida, porque tipos de delitos que se diferencian en su calidad de determinados pecados hacen del pecado y no del delito el *nomen generis*, por mucho que se siga razonando a la inversa al establecer especies concéntricas. Deciani asegura, siguiendo a Accursio, que el delito es un término genérico que comprende tanto el pecado voluntario como el pecado involuntario. Y el crimen es un género subalterno que se refiere exclusivamente al delito en el que consta dolo¹². El delito no criminoso tendría que ser en consecuencia aquel en el que sólo consta culpa, como por otra parte se compadece con la definición del delito como omisión, frente a la definición de pecado como comisión; ahora bien, difícilmente ha de ser el delito sólo culposo si habría de designar tanto el pecado

expectat vltionem, & voluntatis poenitentiam, & denique quod animae tantum poenam proprie spectat. Delictum vero vel crimen, quod corpori poenam infligit, quodque in iudicio atque in foro per accusationem vel inquisitionem, denuntiationemque & denique condemnationem exercetur».

¹¹ La aproximación conceptual entre delito y crimen tiene lugar asimismo por la ruta de la subsumción en el concepto de *facinus*, según Deciani 1613, 19: «SVMITVR hoc nomen facinus, fere semper, si simpliciter, proferatur, in malam partem pro delicto & crimine, vt in lege [...] Neque congrua videtur expositio Accurs. [...] dum exponit facinus pro dolo, cum immo aptior sit expositio, vt facinus ibi pro delicto sumatur [...]».

¹² Deciani 1613, 14: «Differt autem delictum a crimine [...] quia (vt ibi dicit Accurs.) delictum est tanquam genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium & inuoluntarium: crimen vero est genus subalternum continens ea tantum delicta, quae dolo sunt admixta [...]».

voluntario como el involuntario. Se impone en definitiva un concepto genérico de delito, envolvente de todo pecado; pero si el crimen es una especie de delito, doloso, y el delito una especie de delito, culposo, el pecado con el que ambos conectan habrá de referirse a una comisión que, para mantener el vínculo con los dos conceptos, deberá comprenderse, antes que frente a la omisión, mejor tanto dolosa como culposamente. Tal consideración parece constatada por la idea de Deciani acerca de la diferencia entre el pecado y el maleficio dado que, en su opinión, lo que caracteriza al maleficio frente al pecado es que aquel merezca pena solamente cuando existe dolo, en tanto el pecado pueda merecerla por la existencia de culpa¹³. Respecto del concepto de delito, el de maleficio no presenta un gran problema, porque opera por elevación: es el *nomen generale* que comprende todo delito¹⁴, todo acto malo, implícitos en él los factores de la voluntariedad, la culpabilidad y la pena. Además, la definición del maleficio confirma la aproximación apuntada entre omisión y culpa, porque precisamente al vincular con el maleficio la comisión —lo que llevaría de nuevo a la distinción respecto del delito concretado en la omisión, aproximándose en este aspecto el maleficio y el pecado— se entienden sinónimos la omisión y la negligencia¹⁵.

Todas estas reflexiones son intelectualistas en su mayor magnitud. Llama la atención, con todo, que si el crimen, como delito doloso, intima con el pecado voluntario y por comisión, cuando se considere, desde una perspectiva sintética, tanto delito como pecado, y en este sentido se asome a las tensiones conceptuales anteriormente barajadas, recordará la clave procesal y penal (acusación y condena) que diferenciaba el delito del pecado, como factor que lo singulariza o especifica frente (de nuevo) al pecado y aun (exigiéndole su propio matiz procesal) al delito¹⁶. Algo se insinúa aquí que terminará por prevalecer.

¹³ Deciani 1613, 3: «[...] Postremo illud non omiserim, peccatum a maleficio, vt ego sentio, in hoc differre, quod maleficium non puniatur sine dolo, ac peccatum puniatur etiam si culpa tantum intercedat [...]».

¹⁴ Así como el *excessus* comprende por elevación todo maleficio, en Deciani 1613, 18-19: «EXCESSVS Latine ac proprie dicitur digressio quaedam a proposita materia siue proposito argumento [...] quanquam apud nostros antiquos Iurisconsultos neque etiam apud approbatos Latinos auctores vnquam legisse meminerim, excessus nomine simpliciter prolato, delictum significari [...] Interpretes autem nostri in eam significationem saepissime hoc vocabulo vtuntur, & ideo Bal. [...] dixit, quod appellatione excessus, omne maleficium comprehenditur, quod tamen nulla lege comprobant [...]».

¹⁵ Deciani 1613, 15-16: «MALEFICIVM similiter nomen est generale, omnia delicta comprehendens, omneque male actum, siquidem compositum est a male & facio, quasi dicas male factum, & quamquam hoc nomen malum, pluribus modis in iure capiatur [...] tamen in proposito capitur malum pro delicto, quod poena mereatur, & eo quidem voluntario, quia hoc vere malum dicitur, in quo cadit culpa & poena [...] Et cum dixerimus maleficium a faciendo deductum, sequitur, quod proprie illud dicatur maleficium, quod in faciendo consistit, non in omittendo, vel negligendo [...]».

¹⁶ Deciani 1613, 17: «CRIMEN proprie est peccatum, siue delictum accusatione & damnatione dignum: quanquam vt & caetera vocabula saepe latiore habent significationem, vt cuius-

El florilegio de problemas conceptuales parece no serlo sólo para el intérprete de Deciani, sino para él mismo, como prueba el hecho de que no parece tener sus sucesivas aseveraciones por sentencias definitivas cuando, todavía después de colocar una y otra, adviene a una última definición del delito que habrá de ser entendida, lógicamente, a la luz que han proyectado sobre el propio concepto las complejas relaciones conceptuales con aquellas otras nociones. Dice Deciani que la difícil¹⁷ definición de delito puede colegirse así: *Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*. Y desde luego se detecta cristalinamente una cesura del intelectualismo en esta definición, donde prima y vence el factor del voluntarismo. El delito es un *factum hominis*, que trae a primera línea interpretativa el fuero externo, que no el interno¹⁸; pueden después aclararse sus caminos verbal o escrito, que por cierto son formas de comisión –no de omisión–. En el delito interviene dolo o culpa, en referencia a una *qualitas doli* que como gama hace desaparecer las predicaciones conceptuales que se arrogaban tan sólo uno de estos cualificadores de la voluntad. El delito es prohibido por la ley, y es tan sólo el acto ilícito al que esta impone la pena, sin excusa en virtud de ninguna causa justa, de manera que el voluntarismo de la *lex*, y de la pena a su través, queda consolidado¹⁹.

cunq̄ue generis delicta comprehendat, & peccata [...] criminis appellatio late patet, complectens omne peccatum, quod ex deliberatione processit [...].»

¹⁷ Deciani 1613, 25: «Et quanquam sciam aliqua posse ex subtili ratione contra praedictam definitionem opponi: attamen satis sit eam communiter contingentiam considerando saluاري posse: nam cum omnis diffinitio in iure periculosa sit, adeoque vt parum sit, quin subuerti possit [...] Satis erit in definiendo delicto id obseruasse, quod frequentius, & communiter in delictis considerari solet [...].»

¹⁸ También un sinónimo de delito, en su sentido genérico, como el *scelus*, se caracterizaba por tal razón fáctica, en Deciani 1613, 19: «GENERALE etiam est hoc nomen scelus, comprehendens omne improbe factum [...].»

¹⁹ Deciani 1613, 25: «Cognitis causis delictorum, facile est ex eis diffinitionem delicti concipere, quam quidem necessariam esse noscimus ad perfectam cuiusque rei cognitionem [...] Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest. / Dixi, factum, quod scilicet verbum facere, latissima habet significationem [...] Dixi, dictum aut scriptum, quia & dicto & scripto committuntur delicta [...] Dixi, dolo vel culpa, quia alias non punitur, nisi animus delinquendi concurrat [...] & ideo dixit Bald. [...] quod omnis diffinitio delictorum fit per dolum & culpam. Dixi hominis, vt excluderem bruta [...] Dixi, a lege sub poena prohibitum, vt excluderem quoscuq̄ue actus illicitos, qui lege non prohibentur sub poena, vt concubinatus [...] & alia plura & vt etiam denotaretur nullum esse posse delictum, quod lege aliqua non sit prohibitum [...] Dixi, lege vigente, vt excluderem legem abrogatam in totum, vel in parte. Dixi demum, quod nulla iusta causa excusari potest, vt excluderem delicta, quae generaliter vna lege prohibentur, sed alia speciali quadam ratione excusantur, de quibus omnibus latius suo loco».

Por lo tanto, los elementos separadores del delito respecto del crimen y el pecado han perdido fuerza, como si a la hora de definir definitivamente el delito se hubiera producido una asimilación totalizadora de factores aun teológicos, pero ya sin condicionar la noción secular. La evocación del pecado, como clave teológica, aún estará presente en la meditación de Deciani cuando exponga una definición breve del delito, siguiendo a San Agustín, concentrándolo en *factum cum voluntate*²⁰, como si se tratara de una definición inspirada por los elementos sustantivos del pecado, y como si se sobrentendiera una presencia del pecado que, bien es verdad, antes se ha analizado por menudo como un concepto alternativo y afectante, para ahora restar simplemente implícito, en una potencial conexión no condicionante de esta definición secular independiente del delito.

Deciani reparará los factores esenciales y definitorios del delito al afrontar el estudio de su sustancia. Escribirá que forman parte de la sustancia del delito la *lex*, la *voluntas & animus delinquendi*, y el *factum*. El delito como animacto penado por la ley, en conclusión. Y todavía añadirá un último elemento, muy significativo, cual la *iniuria* o *damnum*²¹, que es una suerte de reafirmación ulterior tanto del *animus*²² cuanto del *factum*. No sólo brillará así el voluntarismo, sino que el intelectualismo habrá experimentado una decantación que ha sedimentado el poso teológico.

Un doctor del Barroco tan leído y reconocido como Próspero Farinacio permite verificar que todos estos conceptos han de mantener ciertos rasgos constantes sin perjuicio de algunas variaciones significativas. Para empezar, en Farinacio el delito es un *nomen generale*, ciertamente, pero comprensivo no sólo del crimen, sino también del maleficio. Maleficio y crimen parecen lo mismo en cuanto se definen por la presencia del dolo, pero si respecto del dolo vale como análoga en el primero la *prava intentio* y el *malus animus*, y en el segundo asimismo el *malus animus*, el maleficio parece asimilar conceptos vinculados al efecto criminal como el *damnum* y a nociones de vocación genérica como la *iniuria* y el *facinus*²³, mientras el crimen identifica su origen en la *deliberatio*. Además, palabras después el crimen se diferenciará del maleficio por la existencia de *contentio*, el factor pro-

²⁰ Deciani 1613, 25: «Vel breuius diffinias, secundum Augustinum [...] Delictum est factum cum voluntate acquirendi vel retinendi, quod iustitia vetat. Et dixit, factum cum voluntate, quia voluntas sola non est ipsa essentia peccati, sed totum peccatum consistit in voluntate, sicut herba, vel arbor in radice, vt per Thom. [...]».

²¹ Deciani 1613, 26: «Ea igitur, quae concurrere debent ad esse & substantiam delicti, principaliter sunt ista, lex, quae multiplex est [...] Secundo, voluntas & animus delinquendi. Tertio, factum ipsum. Quarto iniuria, siue damnum patientis: haec enim tantum esse puto, quae ad essentiam delicti sunt necessaria, quae nostri substantialia vocant, sine quibus scilicet res, de qua quaerimus, vel actus legitime subsistere non potest [...]».

²² Deciani 1613, 22: «INIVRIA nomen est generale, & significat omne delictum ex animo & a volente factum, & sic demum omne, quod non iure sit [...]».

²³ Recuperando en consecuencia la mayor generalidad del maleficio, absorbente del delito, que explicaba Deciani, y que también atribuía al *facinus*.

cesal (voluntarista) que Deciani reconocía al delito²⁴. Por cierto que es concretamente al marcar con la *deliberatio* el factor subjetivo reforzado y preeminente en el crimen, cuando se califica el crimen como pecado²⁵.

Si se plantea entonces la definición del delito, aglutinadora de crimen y maleficio, Farinacio opta, frente a Deciani, por un criterio teologal: delito es pecado. Un pecado que puede cometerse ora *dolo malo & mala intentione* (la raíz del carácter presente en las especies de crimen y maleficio), ora por ignorancia o falta de mala intención. Esta última posibilidad es la que diferencia, entonces, el crimen del delito, porque el crimen no puede cometerse por error (que parece ahora un equivalente de la ignorancia). Por mucho que Farinacio asevere que la sinécdoque con esta tríada conceptual puede ser frecuente, su definición del delito ha quedado constreñida a la esencia del pecado con toda nitidez²⁶.

Ludovico Gilhausen parece a veces tender al intelectualismo teologal de Farinacio, y por eso es tan significativa su introducción, muy desarrollada, del voluntarismo. En principio dice, como Deciani, que el delito es un *nomen generale* que comprende todos los pecados, y en ellos van incluidos los voluntarios y los involuntarios. Particularmente, el crimen es un delito caracterizado por el dolo, y es al decirlo cuando se considera propiamente al crimen *peccatum sive delictum*, en una equipotencia teologal que recuerda la función del pecado en Farinacio. También como en Farinacio, eso significa que el crimen sólo lo es cuando consta el *dolus malus* y la *mala intentio*, en la *deliberatio*. Y sin embargo en este momento Gilhausen procede a la añadidura del factor procesal de la *accusatio & damnatio*, todavía con mayor evidencia que Deciani, reforzado por lo demás al

²⁴ Y que parece, una vez más, otorgar una mayor evanescencia, y en este sentido generalidad, al maleficio.

²⁵ Farinacii 1613, 234: «CRIMEN autem tunc proprie dicitur, quando quis dolo malo, & praua intentione delinquit: sine enim dolo & malo animo, non videtur proprie dici crimen [...] & ibi notant omnes Scribentes [...] vbi criminis appellatio est omne peccatum, quod ex deliberatione procedit [...] MALEFICIVM accipitur pro damno, iniuria, & pro facinore [...] & pariter non nisi cum dolo, & malo animo contrahitur [...] Et in hoc pariter sicut crimen differt a delicto, quia illud etiam non committitur, si non prauo animo, & per errorem, vt dixi. A crimine pariter differt, quia crimen dicitur omne id, quod per contentionem obicitur: vnde *Criminatio*, & *Contentio*. Et ideo crimen requirit non solum dolum, & malum animum, sed etiam contentionem: maleficium vero sine contentione dicitur. Sic inuenio declaratam istam materiam per Dominum Iustinianum Bondenarium Ferrariensem, relatum per Bonacossam [...]».

²⁶ Farinacii 1613, 234: «DELICTVM generale nomen est [...] & ideo differt a crimine, & maleficio; sicut genus a suis speciebus, hoc modo: quia secundum Grammaticos & etiam Legistas, Delinquere nihil aliud est, quam peccare, & aliquando delictum fit dolo malo, & mala intentione: aliquando autem per ignorantiam, vel non mala intentionem [...] Quod licet differentia praedicta inter delictum, crimen, & maleficium sit in se vera de stricto iure, eamque sequantur Bal., Alber. Paul. de Castro, Iacobus de Sancto Georgo, Aret. & alij communiter [...] non per hoc tamen credas prohiberi, qui vnum quandoque capiatur pro alio, secundum eosdem Doctores [...]».

explicitar su vertebración en un *publicum iudicium* (en efecto *criminaliter*). En delito queda, así pues, el pecado sin mala intención o por ignorancia. Pero también aquí se apuntala la clave procesal al traer a colación la clasificación del delito (genérico) en público y privado –que sería en crimen y delito (específico)– recordando el factor voluntarista que hace (mediante la ley, se supone) que el delito privado *transeat in publicum* –luego que el delito (específico) se transfigure en crimen–²⁷. Este contrafuerte procesal voluntarista, a propósito del delito y del crimen, es lo que preocupa fundamentalmente a Gilhavesen. Por lo que se refiere al maleficio, ofrece una descripción algo genérica (como del *scelus*) y asimilable al delito, donde vuelven a encontrarse cuestiones trabadas: la voluntariedad, con la referencia a la culpa en vez de al dolo (implícitamente aceptado) sobresaliente la derivación de la intención en pena, lo cual no es sino un nuevo rasgo voluntarista; la en cierto sentido contradictoria (pues el delito genérico incluye tanto el pecado voluntario como el involuntario, como se recordó) razón de comisión, y no de omisión o negligencia, y por supuesto la *contentio* con la que también Farinacio había diferenciado el maleficio del crimen²⁸. Aunque la interpretación de Gilhavesen profundiza en el voluntarismo, frente al intelectualismo teologal de Farinacio, alguno de cuyos elementos utiliza, debe notarse empero que no alcanza finalmente

²⁷ Gilhavesen 1642, 1-2: «Delictum generale nomen est [...] & tanquam genus generalissimum comprehendit omnia peccata, tam voluntaria, quam inuoluntaria. Crimen vero ea continet tantum delicta, quae dolo sunt admixta, atque ita voluntaria tantum. [...] Delictum autem fit aliquando dolo malo, malaque intentione: aliquando autem per ignorantiam vel non mala intentione [...] Crimen autem proprie est peccatum siue delictum, accusatione & damnatione dignum, quanquam criminis appellatio late pateat, complectens omne peccatum, quod ex deliberatione provenit [...] illud proprie crimen esse dicit, quod in publicis Iudicijs deduci potest, & pro quo tantum criminaliter, non ciuilliter agi potest. Quod enim priuati est Iudicij, & ciuili etiam iudicio persequi potest, delictum potius quam crimen appellandum putat. Nam crimen expilatae hereditatis dicitur non delictum, quia in eo, vt etiam in crimine sacrilegij, & peculatus crimine, criminaliter tantum, non ciuilliter agitur. / Econtra vero titulus de priuatis delictis per nomen delicti, non criminis conceptus est, quia scilicet priuata delicta, quamuis & ad vltionem & vindictam pertineant, vt iniuriarum, termini moti, furti & simil. ciuilliter tamen plerunque, non criminaliter intentantur, adeo vt si aliquod sit delictum priuatum, quod ob aliquam annexam qualitatem transeat in publicum, tunc appelletur crimen, quod antea, cum priuatum erat, delictum erat appellatum [...]».

²⁸ Gilhavesen 1642, 2: «Maleficium quasi male factum, a male & facio compositum, quanquam in Iure pluribus modis accipiatur [...] tamen in proposito sumitur malum pro delicto, quod poenam mereatur, eoque voluntario, quia hoc vere malum dicitur, in quod cadit culpa & poena [...] Et quod hae voces, malus, malum, pro delinquente vel pro delicto capiuntur [...] Et quia maleficium a male faciendo deductum est, sequitur, quod proprie illud dicatur maleficium, quod in faciendo consistit, non in omittendo vel negligendo [...] Maleficium etiam a crimine differt, quia crimen dicitur omne id, quod per contentionem obijcitur: vnde criminatio & contentio; propterea crimen requirit non solum dolum, & malum animum, sed etiam contentionem. Maleficium vero sine contentione dicitur. [...] Scelus etiam generale nomen est, comprehendens omne improbe factum, vt dicit Claudian. [...]».

a formular una definición del delito puramente voluntarista como Deciani, probablemente porque para él las matizaciones procesales en su eclecticismo resultan más que suficientes.

Antonio Matthaeus prestará atención también a la clave procesal, al definir el crimen como un delito que da lugar a *vindicta publica*, mediante la *accusatio* ante quien ostenta la *potestas gladii*. El delito es el género, por lo tanto, cuya definición consiste en su esencia de pecado pero asimismo, de vuelta a la clave procesal, y a diferencia del crimen, la acción civil que le resulta propia. Se llega así al *summum genus* del pecado, convirtiendo toda la estructura de conceptos —el crimen, el delito y el cuasidelito como especies del género que es el pecado— en un despliegue del intelectualismo teologal, aunque operativamente condicionado, como en Gilhausen, por los mecanismos técnicos procesales civiles. Manteniendo este criterio el delito es, a su vez, un género, cuyas especies son el delito privado y el crimen. Como en Gilhausen, la teoría de la clasificación de los delitos con clave procesal se ha insertado en la definición del delito, y del mismo modo, acaso con mayor ambigüedad, se advierte sobre las transformaciones que pueden sufrir estas categorías²⁹ (a través de la ley). Matthaeus, por otro lado, es original en un sentido: a pesar de que no hay novedad en su vinculación al crimen, desplaza el problema del dolo de suerte que tanto el dolo como la culpa (lata), que dan contenido al *animus* criminal, abandonan el campo de las definiciones para ser con-

²⁹ Matthaei 1644, 1-3: «Crimen est delictum, quod publicae vindictae gratia, accusatur apud eum qui potestatem gladii habet, ad animadvertendum in facinorosos homines. Delictum cum definimus, latius vocabulo utimur, quemadmodum Iurisconsulti usi sunt [...] Delictum est peccatum, de quo civili potissimum actione agunt ii, ad quos ea res pertinet. [...] Verum nos nostros auctores secuti, nominatim Modestinum [...] peccatum summum genus statuamus; cujus species hae sunt: quasi delicta, delicta, crimina. Et ut nihil praetereamus, sunt peccata quaedam ita levia, ut ea queramur magis, quam exequamur, ut legibus quoque nulla sit imposita poena [...] Sunt alia, quae legibus vindicantur, non una tamen omnia severitate. Nam de quasi delictis civiles tantum actiones propositae sunt [...] De veris delictis potissimum quidem civili iudicio agitur: si cui tamen ita libeat, etiam criminaliter extra ordinem experiri poterit [...] Crimina vero per accusationes, vel extra ordinem, vel legibus publicorum iudiciorum vindicantur: nonnunquam etiam sine accusatore, ab eo qui jurisdictioni praeest, inquiritur [...] Ex ha enumeratione apparet, delicta quidem privata etiam crimina esse, & dici recte posse; nempe privata crimina, crimina extraordinaria, quia extra ordinem coercentur: at non omne crimen etiam delictum privatum posse nuncupari. Repugnat haec appellatio primum quidem criminibus publicis, quoniam executio cuivis e populo competit: dein extraordinariis illis, quorum nomine nulla est prodita civilis actio. Tametsi enim actiones civiles saepe concurrant cum iudiciis extraordinariis & publicis [...] Vt igitur concludam, ita existimo: Delictum & genus & speciem esse: Genus species complecti duas, delictum privatum & crimen: Delictum privatum etiam crimen esse extraordinarium; non contra omne crimen etiam delictum privatum. Nec quisquam putet, idcirco haec a nobis absurde constitui, quod specierum oppositarum ea sit natura, ut altera de altera dici non possit: Id enim mutatione juris & incremento contigit, ut cum ab initio species vere a se invicem disparatae essent, nunc ex parte confusae sint».

siderados presupuestos en cuanto a la determinación de la pena –ese factor voluntarista que es la pena– ordinaria o extraordinaria³⁰.

A finales del siglo XVII, Ludovico Sinistrari reflexiona sobre las distintas voces que significan el delito, en el siguiente sentido. El maleficio (al que se asimila el *excessus*) en un sentido genérico tiene una resonancia criminal, pero en un sentido específico funge de delito por comisión, y no por omisión o con negligencia³¹; resulta así una especie de delito, como en Farinacio, y a estas alturas un concepto algo diluido o desubicado, arqueológico. El delito se arroga el género, pero todos los delitos, por un lado, y todos los delitos y los crímenes, por otro, caben respectivamente bajo los conceptos genéricos que son el *scelus* y el *facinus*³². A la sazón, la *iniuria* es utilizada por Sinistrari con un significado general, como acto humano con iniquidad, identificado con el concepto de delito por razón de su voluntariedad, pero a su vez con tal fuerza que reduce el pecado, el dolo, el crimen y el delito mismo a especies en las que se diversifica. El pecado es un acto *contra legem* (una definición con clave voluntarista) que se diferencia del delito según la vieja idea de que aquel se perfecciona por comisión y este por omisión, a la que se suma la comisión *scienter* del pecado frente a la comisión *ignoranter* del delito, y el entendimiento del pecado como merecedor de la *divina ultio* en tanto que el delito, como el crimen, aun pecado lo será excitante de la *accusatio & damnatio*, o sea de la vindicación *in foro humano*.³³ Lo que está ocurriendo en

³⁰ Matthaei 1644, 3-4: «His constitutis videamus quamadmodum crimen contrahatur, utrum dolo tantum, an & culpa? Dolo contrahi dicitur, affectu, animo [...] Nec obest quod supra dictum, ne latam quidem culpam aequiparari dolo: id enim intelligendum respectu poenae ordinariae, quae ob dolum non culpam infligitur».

³¹ Sinistrari de Ameno 1700, 8: «Maleficium enim ex nominis etymologia male factum sonat, malum autem nihil est, nisi quod crimen sonat, ut dicitur in quodam capitulo, unde maleficium generali vocabulo delictum importabit. Si vero specialiter consideretur, ex hoc, quod maleficium deducitur a verbo facere, concludendum est maleficium proprie dici delictum, non qualecunque, sed quod consistit in faciendo, hoc est committendo, non autem in omitendo, aut negligendo, ut ex jure deducitur. / Excessus vocabulum neque apud antiquos Jurisconsultos, neque apud bonae notae Latinos Scriptores traditum, in sacris Canonibus frequenter usurpatur [...] Appellatione autem excessus, prout scribit Baldus, omne maleficium comprehenditur [...] & excessus quivis vitiosus habetur, illo enim a virtute, quae in medio consistit, receditur, & ad extrema, quae vitiosa sunt, pervenitur».

³² Sinistrari de Ameno 1700, 9: «*Facinus* solitarie, & sine adiuncto prolatum in malam partem accipi ex jure deducitur; unde pro delicto, & crimine indifferentes usurpari scribit Decianus. [...] *Scelus* pariter omne delictum, ac quodvis improbe factum significat; quod arguitur ex verbis cuiusdam legis dicentis, quod *alios suadendo iuisse, sceleris est instar*; Et cum mala suasio ad quodcunque delictum possit extendi, liquet nomen *sceleris* ibi pro quocunque delicto accipi».

³³ Sinistrari de Ameno 1700, 9: «*Iniuria* tandem, si in sua generali significatione accipiatur, omne delictum significat, quod ex animo a volente fit [...] Hac acceptione generali praemissa circa actus humanos, ab iniquitate prodeuntes, speciali significato offeruntur *peccatum, dolus, crimen, & delictum*, quae licet communiter pro eodem accipiantur, tamen inter se

esta interpretación es lo que ha ocurrido siempre que han conectado pecado y delito. Por una parte, se decanta la impronta intelectualista teologal, tanto si se imbrican las nociones cuanto si perfilan bien sus diferencias y entonces su comunión viene a valer como un influjo. Por otra parte, la influencia de Deciani es evidente en el razonamiento, pero lo es también en la evolución de su razonamiento teologal hacia la desembocadura voluntarista, por los cauces del proceso y de la pena. Finalmente, la presencia paralela del dolo respecto del pecado y del delito recuerda su desplazamiento en Matthaeus³⁴.

Y en cuanto al crimen, su naturaleza pecaminosa es recordada por Sinistrari con la floritura de una definición clásica que incluye por lo demás el factor de la *deliberatio*, y sin embargo su distinción respecto del delito ya no tiene su eje en el dolo, sino en el hecho de que su resultado afecte bien a la república, en el crimen, bien a una persona privada, en el delito³⁵. Así queda implícito el factor voluntarista procesal de la clasificación en delitos público y privado, como en Gilhausen, aunque más bien al estilo menos contundente de Matthaeus. Podrá después decirse, una vez más y de manera parcialmente contradictoria (si piensas en el delito como especie y no como género), que el delito es concepto general que acepta la voluntariedad y la involuntariedad, el dolo y la culpa, mientras el crimen, como especie, se caracteriza por la voluntariedad dolosa. Pero he aquí que la inspiración de Deciani será ahora reconocida, en el camino del desenlace voluntarista, con la repetición del argumento procesal de la conexión entre crimen y *publicum iudicium (criminaliter)*³⁶, en el que de nuevo consta la inserción de la clasificación de delito público y

diversificantur. Siquidem *peccatum* generaliter diffinitur ab *Augustino*, quod sit *dictum, vel factum, vel concupitum contra legem*, & in hoc *peccatum* non distinguitur ab aliis nominatis. Differt tamen *peccatum* a delicto in multis, nam juxta quosdam Doctores, *peccatum* faciundo, delictum ommittendo fit. Pariter juxta quandam *Glossam*. *Peccatum* est, quod scienter fit; delictum autem, quod ignoranter committitur. Itidem *peccatum* est, quod divinam tantum vltionem expectat; Delictum autem, sive Crimen, est grave *peccatum* accusatione, & damnatione dignissimum, quod in foro etiam humano vindicatur, ut ait *Augustinus*».

³⁴ Si bien en Sinistrari de Ameno 1700, 9-10, de forma clásica, el dolo es absorbido como *qualitas* por el delito, y por otra parte se identifica en cuanto acto con el crimen: «*Dolus* pariter [...] quando in malo accipitur, & regulariter vocatur in jure *dolus malus*, vel potest accipi, ut qualitas, vel ut actus; ut qualitas reperitur in omnibus delictis [...] & secundam istam acceptionem differt *dolus* a delicto, ut qualitas ab actu. Quando vero accipitur *dolus* tanquam actus, significat speciale crimen [...]».

³⁵ Sinistrari de Ameno 1700, 10: «*Crimen* itidem, prout scribit *Gratianus*, in lato suo significato *complectitur omne peccaturus, quod ex deliberatione procedit*; Et hoc modo non videretur distingui a delicto, tamen differentia est, inter crimen, & delictum, si quidem, ut alias diximus, *Crimen* significat quodvis maleficium dolosum, commissum contra Rempublicam; Delictum vero importat maleficium quodvis, pariter dolosum contra privatam personam».

³⁶ Sinistrari de Ameno 1700, 10: «Pariter differt *Crimen* a delicto [...] sicut species a genere, cum delictum tanquam genus generalissimum importat omne maleficium, tam culposum, quam dolosum, tam voluntarium, quam non. *Crimen* autem, tanquam species, sive potius genus subalternum comprehendit ea, quae a voluntate dolosa procedunt. Tandem differt Cri-

delito privado, esto es, de crimen y delito (privado), en términos que evocan la interpretación profundizadora en la misma línea de Gilhausen.

El intelectualismo teologal con el ancla del pecado ha sido constante, pero su inserción conceptual o su mero influjo no impiden el funcionamiento de factores voluntaristas constantes en la definición del delito. Sinistrari acaba reconociendo que delito, crimen, maleficio y otras voces valen *tanquam sinonima*, como Farinacio había comentado en su momento, y respalda la noción preferida de delito por el sencillo motivo de su uso triunfante en la criminalística. Como había hecho Deciani, después de sus razonamientos analíticos, consolida una definición, y si la definición de Deciani fue potentemente voluntarista, también lo será la de Sinistrari, para quien *Delictum est factum, vel dictum humanum, a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla justa ratione excusari potest*. A diferencia de Deciani, no está presente, sino subsumida, la escritura como forma de comisión, y tampoco se hace referencia al dolo y la culpa porque, según Sinistrari, son factores volitivos implícitos en la humanidad del acto o del dicho ilícito³⁷. A pesar de la subsunción, no se puede dejar de considerar que esta invisibilidad de la *qualitas doli* afecta a la fuerza del fuero interno, tan cara al intelectualismo teológico, en la esencia del delito. Permanece igual empero la prohibición por la ley vigente bajo pena, sin excusación posible, que no es sino el nudo fundamental del voluntarismo.

3. LA DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL SIGLO XVIII

El siglo de las Luces parecería el escenario propicio a la desaparición del intelectualismo teologal, lo que es tanto decir como de la conexión con el pecado, en la definición del delito, al compás de un apuntalamiento del voluntarismo. Pero no hay saltos mortales en la evolución de los conceptos, y siempre puede quedar varado un cierto estertor de la reminiscencia, o venir el cambio por donde menos se esperaba.

men a delicto, prout egregie probat more suo *Decianus*, quia Crimen illud proprie dicitur, quod in publicis judiciis deduci potest, & pro quo criminaliter tantum, non autem civiliter agi potest; quod autem privati est iudicii, & potest etiam civili iudicio prosequi, delictum potius, quam Crimen censetur».

³⁷ Sinistrari de Ameno 1700, 10: «Qua autem hucusque diximus, procedunt de rigorosa Legislarum subtilitate; Caeterum *Delictum, Crimen, Maleficium, Scelus* &c. tanquam sinonima communiter usurpantur; Nomen autem *Delicti*, potius quam reliqua, Criminalistis in usu est, & hoc etiam nos in praesenti Tractatu utimur. Huius autem notionem habemus ex ipsius definitione, quae potest esse talis, *Delictum est factum, vel dictum humanum, a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla justa ratione excusari potest*. Dixi *factum, vel dictum*, ut comprehendantur omnia, quae manibus exercent [...] & quae *dicto*, sive lingua [...] dixi *humanum*, hoc est, factu, aut dictum, ab homine rationis compote, sciente, & volente procedens [...] *Factum* ergo, aut *dictum humanum* intelligitur factum ab homine utente ratione, & voluntate, illo nempe, qui sciens, & volens facit, aut dicit [...]».

A principios de siglo, Dominico Ursaya ofrece una definición de crimen que tiene la rareza de efectuar una sustitución de la noción de delito. El crimen es *commissio, seu omissio facta dolo, contra legem vigentem, & aliquid imperantem, seu prohibentem sub poena*. Ciertamente, una definición muy parecida a la definición del delito de Deciani o Sinistrari, sobre todo a la del primero por la presencia del dolo, y donde los factores voluntaristas persisten, e incluso se resaltan cuando Ursaya define la *comissio* y la *omissio* en relación con la *transgressio sub poena* de los *praecepta legis*. Desde luego, el hecho de que el concepto de crimen subsuma al delito es un síntoma de que la materia jurídico-penal se circunscribe a un campo de comportamientos extremos, secularmente considerados, caracterizados por el dolo, en los cuales por cierto va contemplada también la culpa o negligencia, aludiendo tanto a la *qualitas* como a la *capacitas doli*. El término *delinquere* queda reducido a la significación activa del *factum* por comisión u omisión, excluida la verbalidad precisamente con el criterio de la subsidiariedad penal; por eso el dolo o la culpa se predicen del delito, como requisito volitivo del *factum*. No hay, así, ninguna referencia al pecado, hasta que, de manera apendicular, se establece su diferencia con el crimen, que es clásica: el pecado enlaza con la *divina ultio*, en tanto el crimen remite a una vindicación *in foro* a través de la *accusatio & damnatio*³⁸. Al contrastar la pena divina con el proceso penal, se calla sobre el incognoscible proceso divino y se enfatiza la pena que deriva del proceso secular. Aquí hay ya una nítida inco-municación y un alejamiento del intelectualismo teológico.

El mismo razonamiento de Ursaya para con el crimen puede contemplarse a propósito del concepto de delito, con la sola diferencia de la ampliación que cabe en este hacia la comisión verbal, en Francisco María Gasparro, y de forma casi literal³⁹, aunque silenciando, donde había distinguido Ursaya entre pecado y cri-

³⁸ Ursaya a Bosco 1701, 1-2: «Crimen igitur in hoc sensu consideratum, & in genere sumptum, definitur *Commissio, seu Omissio facta dolo, contra legem vigentem, & aliquid imperantem, seu prohibentem sub poena*. / Dicitur *Commissio*, ut comprehendatur omne id, quod fit per transgressionem legis, sub poena aliquid prohibentia [...] Dicitur *Omissio*, ne excludatur id, quod fit contra praecepta legis positivae [...] Dicitur *facta*, quod verbum latissimam habet significationem [...] Hinc facere dicitur, qui opere delinquit, ut qui factum committit; Nec non qui verbis [...] Ac etiam qui scriptura [...] Licet aliud sit in foro Poli, circa quod consulendi sunt Theologi. / Dicitur *Dolo*, qui ad delictum omnino requiritur [...] ubi quod omnis definitio delictorum traditur per dolum, & culpam, ex cujus defectu Infantes, Amentes, Dormientes, & a fortiori Bruta, delictum committere nequeunt [...] Dicitur tandem *contra legem vigentem, & aliquid imperantem, vel prohibentem, sub poena*, quia ut aliquid sit verum crimen, & puniri possit, necesse est, quod aliqua lege prohibeatur, cum ante legem vegem vetantem, licet aliquis actus illicitus dici possit, non tamen criminis formam habere dicitur [...] observaverat, inter alias differentias, crimen differre a peccato per hoc, quod peccatum Divinam tantum ultionem expectat, crimen autem est accusatione, & damnatione dignissimum, & in foro etiam humano vindicatur [...].»

³⁹ Gasparro 1756, 2: «Definitur a nobis Delictum *commissio, vel omissio dolo facta contra Legem aliquid imperantem, vel prohibentem sub poena*. / Dicitur primo *commissio*; Delictum

men, la diferencia ahora entre pecado y delito, tal vez porque el tradicional *nomen generale* del delito no puede confrontarse tan paladinamente con el pecado como podía hacerse con el crimen. Pero esto no quiere decir que no sea posible presenciar en otra interpretación la separación entre crimen y pecado digerida mediante el concepto de delito. Así, Henricus Berger, que concibe el delito una vez más como un *factum illicitum* pero que, sin embargo, rechaza en dicha ilicitud cuanto no sea propiamente doloso⁴⁰ (lo que viene a ser una nueva criminalización del delito, a la manera de Ursaya, pero sin proceder a la sustitución de un término por otro), distingue con toda claridad el *delinquere moraliter*, relativo al fuero interno, y el *delinquere civiliter*, relativo al *effectus poenae*⁴¹. Ahora bien, cuando se plantea frontalmente la distinción entre crimen y delito, no faltan planteamientos de apariencia tradicional como el de Nicolao Martini, para quien el crimen es un delito (una especie de delito) caracterizado por la clave procesal de la *accusatio* que conduce al ejercicio de la *potestas gladii*, mientras que el delito, sin perjuicio de su uso genérico, es un pecado, del que nace una acción civil y no criminal⁴². No deja de ser llamativo que esta clasificación procesal de delito público y privado, o cri-

enim est quod fit contra praecepta Legis negative prohibentis aliquid; v. g. prohibet Lex ne fiat adulterium, si aliquis id patret, criminis reus est. / Dicitur secundo *omissio*, ut comprehendantur praecepta affirmativa Legis aliquid imperantis; v. g. jubet Ecclesia, ut in tempore Praseve sumas Eucharistiam, si eam non sumas, crimen committis. / Dicitur tertio *dolo*; deficiente enim dolo non patrat Delictum: hinc infantes, fatui, aut dementes, utpote doli incapaces, delinquere non dicuntur, & a fortiori nequeunt delinquere Bruta, utpote rationis, & consequenter fraudis etiam expertia §. pauperies Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. / Dicitur quarto *facta*; Verbum enim *facere* amplissimam habet significationem [...] Hinc *facere* dicitur qui delinquit opere, v. g. committendo furtum; qui delinquit verbis, v. g. qui blasphematur, vel qui delinquit scripto, puta qui libellum scribit famosum; unius enim cogitationis nulla est poena in Foro fori L. Cogitationis ff. de poenis, licet aliud sit in Foro poli. / Dicitur ultimo *contra Legem aliquid imperantem, vel prohibentem sub poena*, ut ostendantur duo modi delinquendi, nempe committendo aliquid, quod fit quando quis facit aliquid a Lege prohibitum, & omittendo aliquid, quod evenit, cum aliquis non facit aliquid, a Lege sub poena imperatum».

⁴⁰ Bergeri 1706, 2: «*Quoties factum illicitum per se & immediate extra conventionem committitur; toties dicitur proprie delictum: quoties autem factum illicitum per accidens incidit in facta, per se licita, puta conventiones, e. c. quando alteruter contrahentium iniuste exigit, aut accipit, aut dolo non implet, quod implere debebat; toties proprie delictum non est, atque adeo nec punibile [...]*».

⁴¹ Bergeri 1706, 1: «*Quoties quis inique, i. e. contra ius, cogitat; toties delinquit moraliter, atque in foro interiori, non civiliter, & quod ad effectum poenae [...]*».

⁴² Martini 1746, 1-2: «*Crimen igitur est Delictum quod publicae vindictae gratia accusatur apud eum, qui potestatem gladii habet ad animadvertendum in facinorosos homines: Delictum vero est peccatum, de quo civili potissimum actione agunt ii, ad quos ea res pertinet, ad sensum Juris Consulti [...] Et quamvis Vox Delictum speciem denotet, non genus, juxta auctoritates mox allatas, attamen Delictum cum definimus, latius vocabulo utimur, quemadmodum usi sunt Sacrarum Legum Conditores [...]*».

men y delito (privado), se haya entrometido, de modo que la referencia al pecado en esta tesisura se antoje tan endeble o película muerta como en Ursaya.

Pasada la mitad del siglo, Rudolphus Engau constata la vieja sinonimia, proclive a la oscuridad, entre pecado, delito y crimen, añadiendo la noción de vicio. Para clarificar, por pecado entiende lo contrario a la ley divina; por vicio, lo contrario a la honestidad y el decoro; por delito, el *factum* que merece pena de la ley humana; y por crimen, el delito imputable a su autor⁴³. Así las cosas, el pecado queda desligado del delito y del crimen, y conectado al sistema jurídico independiente del *ius divinum*. El vicio aporta un factor de orden sociomoral. El delito sintetiza su esencia en el voluntarismo legal y punitivo. El crimen sintetiza su especificidad en la imputabilidad, que remite a la *qualitas doli*. Mas lo que Engau hace no es sino repartir la definición voluntarista de crimen (v. gr. de Ursaya) o delito (v. gr. de Gasparro) entre los dos conceptos, concediendo una parte de la definición al crimen y otra al delito. Y esto es tanto como equiparar delito y crimen, que reuniendo sus definiciones se completan. Por eso es lógico que Engau añada después que delito y crimen (y maleficio) son sinónimos⁴⁴, y que pase a preocuparse de la definición del delito, término selecto. Engau define entonces el delito por su tipicidad legal y por su perfección fáctica⁴⁵. La tipicidad legal se traduce en la ilicitud del delito entendida como contrariedad con la ley obviamente no permisiva sino prohibitiva⁴⁶. La facticidad del delito supone que la *cogitatio* o *solus animus* no delinque, antes bien requiere un *actus externus*, en el que a su vez se entiende queda manifiesto o precipitado el *animus delinquendi*⁴⁷. De modo

⁴³ Engav 1767, 16: «*Peccata, vitia, delicta, crimina* modo distinguunt modo synonyma habent Dd. Vnde sermonis oritur obscuritas. Ad quam vitandam licebit mihi nominare *peccatum*, quod solis legibus diuinis contrariatur; *vitium*, quo sola praecepta honesti et decori laeduntur; *delictum*, factum legi humanae poenam minitanti, contrarium; et denique *crimen*, delictum quod auctori suo imputari potest».

⁴⁴ Engav 1767, 17: «Character, quo auctor delictum a crimine distinguit, nec legibus probari, nec Iurisconsultorum auctoritate sustineri potest. Potius leges aequae ac Icti vocabula: *crimen, delictum, maleficium* pro synonymis accipiunt».

⁴⁵ Engav 1767, 18: «Ex delicti definitione haec deduco axiomata: / I. Legis est, designare delicta. / II. Delicta factis demum perficiuntur».

⁴⁶ Engav 1767, 18: «Ex primo constabit, (1) eum, qui animus quidem delinquendi habuit, factum tamen legibus permissum suscepit, non deliquisse; (2) factum reipublicae illiusue membrorum saluti contrarium, sed lege non notatum, itidem (3) illud, quo contrahens circumuenitur, aut honestas laeditur, in delictis non esse; (4) dari facta, quae hic licita, alibi illicita reputantur».

⁴⁷ Engav 1767, 19: «Ex secundo sequitur, (1) vt *cogitatio*, aut solus delinquendi animus, in delictum vocari nequeat; (2) vt actus externi, in quos erupit delinquendi animus, delictum, ad quod consumandum alii adhuc actus sunt necessarii, inchoatum tantum constituent; (3) vt delicta ex exitu aestimentur, nec (4) praesumantur; (5) vt sobrii non magis atque summe ebrii, summe irati, somno sepulti, imo in actu licito versantes, (6) tan sua sponte, quam ex voluntate tertii, delinquere possint».

que así como en la definición del delito el voluntarismo legal y punitivo se consolida sobre el intelectualismo teologal del pecado, la *qualitas doli* como esencia del delito que abanderaba el valor principal del fuero interno viene a ser ahora absorbida por la interpretación del delito como *factum*, o viene a ser valorada como un sentido último y relevante que en efecto ha de localizarse pero a partir de la indagación sobre las características de su manifestación en el fuero externo. Y la primacía del fuero externo amenaza otra vez al influjo teologal. Con el mismo espíritu pero alguna palabra distinta, Samuel Fridericus Boehmer ya no diferencia tampoco entre delito y crimen⁴⁸, y entiende el delito como *spontanea actio vel omissio*, contraria a la ley y así generadora de la *obligatio ad poenam*, para después apuntar que la comisión del delito cabe con dolo o culpa, en subdivisión respectivamente de delito y cuasidelito⁴⁹.

A finales de siglo, Ernestus Fridericus Pfothenhauer, que maneja conceptos heredados como los de delito y cuasidelito que Boehmer presentaba en función respectiva de dolo y culpa, va a desarrollar una definición del delito que ha robustecido el abandono del intelectualismo teologal: *Delictum est actio, qua iura societatis ciuilibus laeduntur*. También como Boehmer, Pfothenhauer emplea *actio* en la definición, pero no como una referencia a la comisión frente a la omisión, sino como un concepto que viene a ocupar el lugar del *factum* de Engau, y que como este ha de entrañar el análisis de la voluntariedad del autor. Pero además y sobresalientemente, la definición integra con novedad la parte afectada por la acción delictiva: los *iura societatis* que padecen la *laesio* del delito. Si se tiene en cuenta que se está explicitando la esencia del delito, la integración de los *iura societatis ciuilibus* es muy relevante, no tanto porque eleve las exigencias de las acciones que pueden reputarse delictivas –pues Pfothenhauer afirma que la lesión social cabe sea tanto inmediata como mediata, y esto último ocurre cuando se lesiona en concreto a un singular miembro de la sociedad– como porque invita a una reflexión sobre la función general del Derecho criminal, que se concibe como un instrumento para evitar las acciones que, por su propia capacidad lesiva, son consideradas dañosas en una doble dirección, no sólo para quien las sufre sino para la sociedad entera, bajo la pauta de su discordancia con los *iura societatis ciuilibus* o *iura naturalia ciuitatis*⁵⁰.

⁴⁸ Boehmer 1774, 16: «Harum legum obiectum sunt actiones hominum, non quaeuis, sed flagitiosae, *criminum*, seu *delictorum* nomine inuolutae».

⁴⁹ Boehmer 1774, 16: «Latius patet appellatio delictorum ac quidem criminum. Sunt autem DELICTA *spontaneae actiones*, vel omissiones legibus contrariae quibus obligatio ad poenam cohaeret. Quia vero istae vel dolo, vel culpa committuntur, hinc in VERA & QVASI delicta subdiuiduntur».

⁵⁰ Pfothenhauer 1795, 2-3: «1) DELICTVM est actio, qua iura societatis ciuilibus laeduntur. (Vel immediate; vel mediate, ita vt laesio singula societatis membra proxime afficiat). / Laeduntur iura ciuitatis: / Delictum in sensu latiori / – delictum in sensu strictiori / a) Si ipsa imperii administratio vel instituta societatis ciuilibus animo consulto turbantur. / b) Si laesio ea iura

El pecado tiene una presencia meramente esporádica en la estructura clasificadora del delito que elabora Pfothenauer. Lo significativo, sin embargo, es que también haya desaparecido la referencia a la ley, al proceso y a la pena –conjunto de la tipicidad legal y por ministerio de la ley en orden a la imposición de la pena ordinaria o extraordinaria– que resultaba hasta ahora la clave del motor interno, en la estructura esencial del delito, del voluntarismo. Sí, al mismo tiempo que ha desaparecido el intelectualismo teológico del pecado, parece haber desaparecido el voluntarismo civil legal, procesal y punitivo. Y sin duda, se diría que el pensamiento de Pfothenauer refleja la llegada del fin de la tensión entre intelectualismo y voluntarismo en lance teológico y civil, para el comienzo de una nueva interpretación que no entiende suficiente el voluntarismo como factor perturbador del intelectualismo teológico, porque no está interesado ya en el intelectualismo teológico como cubierta ideológica, mano de pintura con remisión a un sistema jurídico sobrevalorado como natural y divino. De muy distinta manera, el iusnaturalismo teológico es sustituido directamente por el iusnaturalismo social: son los *iura naturalia societatis civilis* los que priman como víctimas de la lesión en la que la acción consiste, y acción que por generar tales víctimas jurídicas deviene esencialmente delito. El problema de su relación con los factores del voluntarismo político serán otros (por ejemplo, una división de poderes). Lo que ahora se disputa es el campo intelectualista, en el que la teología se esfuma definitivamente.

El origen de esta concepción de mutación intelectualista se encuentra en Cesare Beccaria, donde puede localizarse tanto el factor sociomoral del vicio que incluye Pfothenauer⁵¹ como la preocupación por la salud pública y la consideración del mal social como razón material del derecho de punir y calibrador de la proporcionalidad de la pena. Beccaria, ciertamente, no cuestiona el voluntarismo, ni en su concreta fórmula institucional monárquica, sino que tan sólo lo acomoda a la teoría del contrato social, en el que comulgan el derecho de la sociedad y los derechos de sus miembros, conexa en fin a la defensa del principio de legalidad que viene a ser una consideración intelectualista y no volun-

naturalia tangit, quae singuli, in civitate salua habere voluerunt. / – Peccatum contra politian. / c) Si laesio non animo consulto sed culpa fit. / d) Si, absque laesione iurium ciuitatis naturalium, felicitati ciuili detrimentum infertur. / A laesione *iurium societatis ciuilis* differt *laesio priuata*, quae singulos ciues, sine respectu ad totam ciuitatem afficit. / 2) Delictum, si ad usum linguae respicis, est: / a) *Proprium* s. delictum in sensu strictiori / aa) *Immediatum*, quo totius societatis ciuilis (quatenus pro persona morali habetur) iura proxime violantur. / bb) *Mediatum*, quo singuli ciues proxime laeduntur. / b) *Improprium* si delictum in sensu latiori, quod simul peccata contra politian in se comprehendit. / 3) Delictum in sensu latiori, ratione modi, quo perpetratur est / a) *Verum quod dolo*; / b) *Quasi delictum*, quod culpa perpetratur».

⁵¹ Efectivamente, en Beccaria Bonesana 1766, 34, se encuentra la antítesis entre vicio de reo y virtud de buen ciudadano.

tarista del problema de la función jurídico-penal de la ley⁵². Aunque puedan situarse en Beccaria las claves que desarrolla posteriormente Pfothenauer, hay en los *iura naturalia societatis civilis* de este y en la ausencia del tema de la ley (como si de ser motor y causa, tanto en la tradición clásica como en la nueva defensa del principio de legalidad –que si apunta contra el funcionamiento de la monarquía será sólo en cuanto al ejercicio del ministerio de la ley y la pena extraordinaria, pero no por lo que se refiere a la primacía genesiaca de la ley como sala de partos del delito– se pasara a una concepción de los derechos naturales con calidad y rango superior a la propia ley que tipifica los delitos y las penas) una contundencia de renovación intelectualista que, quizá como fruto de una evolución acelerada del racionalismo, va más allá del discurso del pionero. Tampoco Gaetano Filangieri, que utilizó la idea del pacto en orden a la proporcionalidad de las penas, había cuestionado la primacía voluntarista de la ley en su definición del delito (violación de la ley, sin más), por cierto que expuesta *in generale* de tal manera que en realidad venía a ser un estudio de la *capacitas* y de la *qualitas doli*, lo que parece una evasión de los problemas de esencia y naturaleza jurídica del delito mismo y del crimen que se compecede muy bien con el hecho de que, apenas terminado el tratamiento general de la pena (medida, proporcionalidad) en el que ha desembocado el tratamiento del delito, se proceda, como fue uso de algunos doctores ya renacentistas, a dar preeminencia, con razón procesal, a la clasificación en delito público y privado⁵³.

Por supuesto, cada doctor podrá asimilar de modo más moderado o radical el empuje indeleble de los derechos naturales sociales. En una obra de final de siglo cuya publicación avanzará por los primeros tiempos decimonónicos, Filippo Maria Renazzi personifica un eclecticismo en el que conviven la tradición y la renovación intelectualista, acaso más en la línea original de Beccaria que en manifestaciones de mayor contundencia como la de Pfothenauer. Renazzi todavía insiste en recordar, a modo de divagación etimológica, la conexión asimilativa

⁵² Beccaria Bonesana 1766, 15: «Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del Sovrano di punire i delitti: Sulla necessità di difendere il Deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il Sovrano conserva ai sudditi»; 18-19: «La prima conseguenza di questi principi è, che le sole Leggi possono dceretar le pene su i delitti, e quest' autorità non può risedere, che presso il Legislatore, che rappresenta tutta la Società unita per un contratto sociale [...] La seconda conseguenza è, che se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto, che di sua natura obbliga le due parti»; 30: «Non solamente è interesse comune, che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male, che arrecano alla società».

⁵³ Filangieri 1872, 292: «Il delitto consiste dunque nella violazione della legge, accompagnata dalla volontà di violarla»; 310: «La qualità del delitto è il patto che si viola [...]»; 324: «*De' delitti pubblici, e de' delitti privati.* / Il piano di procedura criminale che ho proposto, mi obbliga ad esporre preliminarmente la distinzione di queste due classi di delitti».

entre delito y pecado y su impropia sinonimia y la propia subordinación del primero al segundo; también recuerda todos los sinónimos restantes (*maleficia, scelera, facinora, iniuriae...*) y la distinción entre crimen (excitador del *publicum iudicium*) y delito (privado)⁵⁴. El homenaje a la teoría clásica de estos conceptos no se priva de incluir todo tornillo de la máquina especulativa. No faltan, por ejemplo, los elementos voluntaristas que residen en la ley —y así el concepto de delito, tanto por comisión cuanto por omisión, se explica como *actio commissa contra legem* o *actio omissa iuxta legem*— y en la pena, en los que se inserta el

⁵⁴ Renazzi 1802, 15-16, 18-21: «Delictum igitur, ut de nominis etymologia primum quaeramus, a *delinquendo* derivat. *Delinquere* porro idem significat, ac non praetereunda praetermittere: (1) unde Delictum est, cum non fit, quod fieri debet. Qui autem peccat, delinquit officium suum, scilicet non praetereunda praetermittit: hinc Delictum translate ponitur pro peccato. Proprie tamen delinquere minus est quam peccare [...] Neque vero solo Delicti nomine designantur sive omissa ab hominibus, sive commissa praeter officium; sed variis praeterea vocabulis in Civili, et Canonico Jure promiscue efferuntur, quae nunc a Jurisconsultis sine discrimine usurpantur. *Crimina* namque, *Maleficia, Scelera, Flagitia, Facinora, Iniuriae, Capitales Fraudes, Noxae, Excessus, Peccata* modo pro generico, modo pro speciali Delicti nomine adhibita passim invenies in Romanis, et Ecclesiasticis Legibus. / Sed antequam singulares afferamus horum nominum acceptiones, operae pretium erit praenotare Delicti, et Criminis vocabula in angusta, strictaque significatione saepe accipi a Romanis Jurisconsultis, qui tunc Delictum, et Crimen invicem opponunt. [...] Et *Delicta* dicunt *Privata*, illa, de quibus actione, iudicioque Civili agebatur: *Crimina* vero, quae Legibus publicorum Iudiciorum, vel extra ordinem quoque accusabantur, et vindicabantur. [...] 1. Jam vero Delicta primum *Crimina* vocantur, quod vocabulum, ut scriptum est apud *Gratianum* (Can. unum Orarium §. Crimen. Dist. 25.) *complectitur omne peccatum, quod ex deliberatione procedit*. / 2. Deinde *Maleficia* dicuntur, quae licet, ut ipsa indicat vocis etymologia, solum malefacta praeseferant; attamen ad ea quoque porriguntur, quae perperam sunt commissa. (*Lib. 50. Digest. Tit. 17. Leg. 121.*) / 3. *Scelus* etiam pro Delicto passim ponitur, et omnia significat, (*Lib. 48. Digest. Tit. 19. Leg. 16.*) quae sunt improbre facta. / 4. Sed quoniam nullum est Delictum, quod flagitari, id est accusari non mereat; propterea, ut vult *Decianus*, *Flagitii* nomine universa promiscue veniunt delicta. (*Lib. 6. Cod. Tit. 21. Leg. 13.*) / 5. Si *Facinoris* vox sola adhibeatur, tunc ea accipitur in malam partem, et quibuscumque Delictis convenit. (*Lib. 9. Cod. Tit. 12. Leg. 6.*) At neminem arbitror ignorare aliquando facinus contrario sensu usurpari; praesertim cum alteri adjungitur vocabulo, quod virtutem praeseferat. / 6. *Iniuria* plures quidem, ac diversas habet significationes: generatim tamen est omne id, quod non ex jure fit, ut inquit *Vlpianus*: (*Lib. 47. Digest. Tit. 10. Leg. 1.*) unde hoc sensu ad omnia pertinet Delicta, quae facta sunt contra jus. / 7. *Capitalem* quoque *Fraudem* idem dixit *Vlpianus* (*Lib. 50. Digest. Tit. 1. Leg. 23.*) tale aliquid delinquere, propter quod quis capite sit puniendus. / 8. *Noxae* autem nomine quodlibet ex *Caii* (*Lib. 50. Digest. Tit. 16. Leg. 238.*) mente Delictum venit. Latini enim culpam admittere crimenque, nocere dicebant. / *Excessus* frequenter nuncupantur in Jure Canonico non solum transgressionem officii, regularumque, ad quas suos mores debent exigere sacrae Personae; (*Tot. Tit. de Exces. Praelat. in Decretal. et Clement.*) sed etiam quaecumque Delicta, ut *Bartolus* adnotavit. / Tandem *Peccatum* similiter a *Modestino* indefinite ponitur pro quocumque delicto; (*Lib. 44. D. Tit. 7. Leg. 52.*) quo sensu hoc nomen invenitur etiam in Jure Canonico: (*Cap. 1. de Delict. puer.*) Sed apud sacrarum rerum Scriptores usus invaluit, nunc inter omnes vulgari sermone receptus, Peccatum ad ea dumtaxat Delicta denotanda coercere, quae contra Divinas Leges patrantur».

factor del raciocinio, que atrae la voz del crimen y afluye, coincidiendo con la terminología de Engau, en la *imputatio*⁵⁵.

No obstante esta batería vetusta, al ocuparse del significado de comisión que acompaña al delito, Renazzi aludirá a la lesión de la *tranquillitas commodumque Reipublicae*, al bien común, a la seguridad de los ciudadanos⁵⁶. Y más adelante destacará, en la línea de Pfothenhauer, que el delito afecta con la *laesio* que produce tanto a la sociedad como a sus singulares miembros o socios: si sólo lesiona al *status reipublicae*, será calificable como *violatio pacti socialis*; y si tan sólo lesiona al ciudadano, lo será como *iniuria privata*⁵⁷. La *tranquillitas societatis* y la *sociorum securitas* se convierten así en el binomio clave para una nueva definición del delito: *Quaevs humana actio externa, ab interna dependens, homini conscia, libera, consilio facta, adeoque imputabilis, sive immediate sive mediate perfecta, Societatis tranquillitatem et Sociorum securitatem ac commoda laedens Delictum est*. Significativamente, la *sanctitas religionis* puede incorporarse parentéticamente junto al binomio mencionado, de una forma que, aunque se le atribuya una

⁵⁵ Renazzi 1802, 50-51, 53-54: «Age vero, si Delictorum natura velit penitus cognosci, altius repetenda est humanarum actionum oeconomia, seu potius quae superiori Capite cursim attingimus heic perspicuitatis gratia necesse est latius enucleare. Actionem hominum in *mechanicas* et *morales* distinguuntur. *Mechanicae* in vitali, et animali functione versantur, quales sunt motus cordis, et arteriarum, humorum secretiones, et excretiones, etc. *Morales*, quae Legum objecta sunt, in Internas, et Externas partiti jam fuimus. [...] Actio vel quod a lege imperatur omittit, vel quod prohibetur committit, vel demum exsequitur, quod permittitur. Actio omissa juxta Legem, et commissa contra Legem Delicto adscensetur; permissa vero a Lege, omitti et comitti agentis arbitrio relinquitur. [...] Ratiocinatio, qua actio vel criminosa, vel permissa statuitur, quatenus circa proprias actiones versatur, dicitur *Conscientia*; quatenus autem circa alienas instituat ab iis, quibus res humanas seu ratio, seu fors moderandas abstulerit, appellari solet *Imputatio*. Utraque, ut jam liquet ex dictis, nihil aliud est, quam Legis ad actionem applicatio, quae fit unam cum alia comparando, unde actiones *Merita* statuuntur. Omnis actio, de qua an Delictum si disceptatur, vel a Lege difformis, vel cum ea conformis invenitur; ac proinde in primo casu decernenda *Poena*, in altero *Libertas*».

⁵⁶ Renazzi 1802, 17: «Pleraque profecto Delicta committendo patrantur. Quippe longe plura sunt, quae admissa laedunt tranquillitatem, commodumque Reipublicae; quam quae omissa obsint communi bono, et Civium securitati; plusque nocet interdum laedentia agere, quam praeterire jvantia».

⁵⁷ Renazzi 1802, 50: «Verum in Delictis non solum Societatis, sed et Sociorum ratio distincte erat habenda. Nam nonnulla quidem Delicta Societatem directim adficiunt, qualia sunt, quibus ejusdem status labefactatur vel prorsus evertitur; sed longe plura sunt, quibus Cives primario laeduntur, quae ipsa quoque reflexim recidunt in Societatem, in quam, ut securius commodiusque viverent, Cives cojerunt. Quare labefactatio et eversio status Reipublicae, laesio et damnus singulorum membrorum, unde illa coalescit, sunt duo veluti limites, quibus universa continentur Delicta. Quaevs proinde actio, quae inter eos non comprehenditur Delictum non est, nec potest ut Delictum traduci, nisi ab iis, quorum fortasse id intersit. / Delicta, quibus directim Reipublicae status impetitur, poteris speciatim vocare *Violationes pacti Socialis*; eo sensu accepti, quem supra innuimus; quae vero Civibus primario nocent, proprie dixeris *Injurias Privatas*».

gravedad de la que pende este, da a entender empero que su protección de la lesión delictiva procede de su consideración como un elemento más, entre otros, de la tranquilidad y seguridad social. La misma sensación deja la nota que Renazzi dedica a Beccaria, achacándole una excesiva y exclusiva preocupación, en la definición del delito, por el daño social (de sociedad y socios); Renazzi no quiere dejar de prestar atención a la moralidad de la acción, como referencia equipotente⁵⁸. Pero esta vez lo dice en una nota, si antes lo hacía en un paréntesis. Y desde luego, su definición del delito puede incluir, mas no concede un peso expreso a esa supuesta resistencia del intelectualismo teologal.

El epígono de la tradición sólo lo es marginalmente. Si se le agradece su clasicismo es porque permite, a estas alturas del cambio intelectualista, contemplar sus consecuencias en la mismísima distinción entre delito y pecado. Cuando los diferencia, el pecado remite a las leyes divinas, y el delito a las leyes humanas. No todas las acciones injustas por discrepar de las leyes divinas son delitos, aunque sean pecados. Lo que hace que la acción sea delito es que su injusticia perturbe la *tranquillitas societatis*—*consequenter*, la religión— y la *civium securitas*⁵⁹. No hay duda posible, se quiera ser lo templado que se quiera, sobre la nueva razón social del intelectualismo, que ha desbancado definitivamente a la teologal.

⁵⁸ Renazzi 1802, 66: «*Quaevis igitur humana actio externa, ab interna dependens, homini conscia, libera, consilio facta, adeoque imputabilis, sive immediate sive mediate perfecta, Societatis tranquillitatem (adde et sanctitatem Religionis, a que, ut praedixi, Societatis tranquillitas vel maxime pendet) et Sociorum securitatem ac commoda laedens Delictum est. / Hinc fit manifestum duplici via a vero illos aberrare, qui Delicti naturam ab omnibus hisce simul sumptis haud quaquam desumunt. Quippe nonnullos invenies rerum criminalium Scriptores, qui Delictum a solo Societatis, et Sociorum damno aestimant (1) / (1) In hunc scopulum incidisse notissimus Auctor dei Delitti, e delle Pene. Supervacaneum est monere Lectorem destrui omnem humanarum actionum moralitatem, ubi Delictum a solo Societatis, et Sociorum damno aestimetur. Id namque in oculos statim incurrit vel leviter tenenti nostra principia. Sed de toto hoc argumento separatim Nos [...] plurimos vero, qui dumtaxat ab animo delinquendi citra publicam, privatamque noxam Delictum illico arguunt. Verum enim vero utroque decipi (*excipe in crimine haeresis*) is facile deprehendet, qui et intellexerit quae a Nobis tum hoc, quam superiori Capite tradita sunt, atque enucleata, et heic ad ea voluerit sedulo, ut par est, animadvertere. Quisquis legit semper oportet, ut cogitet plura, quam legat».*

⁵⁹ Renazzi 1802, 63: «*Qui Delictum differat a Peccato. / At vero memores homines imbecillitatis naturae suae actiones numero non paucas Legum coercitione siverunt immunes abire, quae quamvis possent Societati, Civibusque damnosae, ideoque imputabiles videri; nihilo minus fere sunt hominibus inevitabiles, quas ideo frustra insectarentur Legumlatores. Quin immo quamplures injustae actiones externae a Divinis Legibus interdictae, praetermissae sunt Humanis Legibus: contra vero multas suis legibus Homines interdixerunt actiones Legibus Divinis licitas atque permissas. Actiones, quas Humanae Leges minime criminantur, humanitatis officia tantum laedunt, puta ingrati animi vitium, ambitio, misantropia, avaritica, etc., quae omnia ab humanae Naturae lapsu repetenda esse, nemo, cui sanum sinciput, inficiabitur. / Atque ex dictis in apricum profertur *Peccata* sic proprie dicta non verbo tantum, sed re quoque differre a Delictis, quae duo plerique Scriptores turpiter confundunt. Nam*

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA BONESANA, C. (1766). *Dei delitti e delle pene*. Lausanna: s/n.
- BERGERI, I. H. (1706). *Electa Ivrisprudentiae Criminalis, variis Consultationibus, Quaesitis, Responsis ac Praejudiciis illustrata*. Lipsiae: Sumpt. Haered. Friderici Lanckisii.
- BOEHMER, I. S. F. (1774). *Elementa Ivrisprudentiae Criminalis, in vsvm avditorii commoda methodo adornata*. Halae, Svmtibvs Orphanotrophei.
- CLARI, I. (1661). *Opera omnia, sive Practica Civilis atqve Criminalis*. Lygdvni: Sumpt. Horatii Boissat, & Georgii Remevs.
- DECIANI, T. (1613). *Tractatvs criminalis. Tomvs primvs*. Francofurti: Typis Ioannis Bringeri Impensis vero Vincentii Steinmeyer.
- FARINACII, P. (1613). *Praxis, et theoricæ criminalis. Partis primæ. Tomus Primus*. Lygdvni: Sumptibus Horatii Cardon.
- ENGAV, I. R. (1767). *Elementa Ivris Criminalis Germanico-Carolini ex genivnis fontibvs dedvcta variis observationibvs et formvlis illvstrata atqve commoda avditoribus methodo adornata*. Ienae: Svmtibvs vidvæ Croekerianæ.
- FILANGIERI, G. (1872). *La scienza della legislazione. Volume secondo*. Firenze: Successori Le Monnier.
- GASPARRO, F. M. (1756). *Institutiones Criminales tribus partibus distributæ*. Romæ: Prostant Venales Venetiis Apud Simonem Occhi sub Signo Italiae.
- GILHAVSEN, L. (1642). *Arbor iudiciaria criminalis, in qva tam delictorum genera quam inquisitionum & accusationum, vti etiam defensionum, iudiciorum & poenarum, materia & formulæ dilucide arguteque declarantur, tractantur, explicantur & continentur*. Coloniae Agrippinae: Sumptibus Petri Henningii excudebat.
- GOMEZII, A. (1780). *Variæ Resolutiones juris civilis, communis, et regii, tomis tribus distinctæ*. Matriti: Typis Petri Marin, 1780, tomus 3.
- MARTINI, N. (1746). *Praxis Criminalis Ad Theoricam accommodata crica modum fabricandi Processus Criminales*. Urbini: Ex Typographia Ven. Cappellæ SSmi. Sacramenti sumptibus Hieronymi Mainardi.
- MATTHAEI, A. (1644). *De criminibus ad lib. XLVII. et XLVIII. Dig. commentarius*. Rhenum: Typis Ioannis a Waesberg.

licet injustæ sint internæ aequæ, ac externæ actiones a Divinis Legibus discrepantes; non omnes tamen inter injustas actiones externas Delicta sunt, sed eae solummodo, quibus publica tranquillitas Societatis et consequenter etiam Religio, quæ ejus est validissimum fulcrum, vel privata Civium securitas perturbatur. Semper est, exempli gratia, mentiri peccatum: Sit, enim divino documento præcipitur Christifidelibus, *sermo vester est est, non non*. (Matth. v. 37.) Attamen non omne mendacium crimen evadit, sed illud solum pro delicto Legibus interdum habetur, quod nocet publicæ, privataeque securitati. Verum enim vero omnia ferme Delicta utique sunt Peccata, cum Jus Naturales præscribat, jubeatque diserte DEUS, ut Homines pareant justis Civilibus, Legibus, quæ legitime a Publica Societatis Potestate feruntur; nisi Leges Civiles Sacris, Divinisque Legibus adversentur. Peccata quidem, cujusvis generis demum ea sint, et noscitur, et ulciscitur DEUS: Delicta vero, siquidem vincula abrampant, quæ homines continent in Societate, notantur ab iis, et poenis plectuntur, ac vindicantur».

- PFOTENHAUER, E. F. (1795). *Elementa Iuris Criminalis Saxonici*. Lipsiae: Svmtibus Adami Friderici Boehmii.
- RENAZZI, P. M. (1802). *Elementa Juris Criminalis*. Romae: Ex Typographia Vincentii Poggioli.
- SINISTRARI DE AMENO, L. M. (1700). *De delictis, et poenis Tractatus absolutissimvs judicibus, et advocatis fori ecclesiastici, Et Laici commodissimus, cum universa Criminalis Materia juxta Canonici, ac Caesarei iuris praescripta in eo exacte pertractetur*. Venetiis: Apud Hieronymum Albricium.
- SOTO, D. (1574). *De Iustitia & Iure, Libri decem*. Salmanticae: Excudebat Ioannes Baptista a Terranoua.
- URSAYA A BOSCO, D. (1701). *Institutiones Criminales usui etiam forense accommodatae qvatvor libris absolutae*. Romae: Ex Typographia Josephi Monaldi.
- VILLALOBOS, H. (1650). *Svma de la Teologia Moral, y Canonica. Primera parte*. Madrid: Imprenta de Melchor Sanchez.