# PRESENTACIÓN
# SENTIDO DEL DELITO Y DE LA PENA EN EL SIGLO DE ORO[*]

*Juan Cruz Cruz*

1. El pensamiento de los siglos XVI y XVII llenó de sentido moral el concepto de *delito* con la afirmación del libre albedrío para cometerlo. Mediante la *pena*, a su vez, la sociedad humana pretendía combatir y aun prevenir el crimen. Por eso decía Castro en 1548 que la "ley penal es la ley que ordena infligir a alguno una pena por una culpa cometida". De manera que la pena esencialmente presuponía el delito y, con él, la imputabilidad y la responsabilidad, bajo la libertad de albedrío. La cuestión del *libre albedrío* fue siempre la línea divisoria entre el realismo jurídico y el positivismo jurídico.

Para aquellos maestros españoles –Castro, Azpilcueta, Covarrubias, Soto, Salas, Molina, Suárez, etc.– el derecho que tiene el Estado de adoptar contra el criminal no sólo *reglas de seguridad,* sino también de *castigarle,* descansa sobre el convencimiento de que el individuo que goza del uso de sus facultades tiene la fuerza de voluntad para resistir a los impulsos criminales y obrar en conformidad con la conciencia moral.

Ahora bien, ya a finales del siglo XVI se había impuesto la convicción de que las leyes penales podían ser de tres clases: morales, meramente penales y mixtas. Con las leyes meramente penales se abría la posibilidad de una *pena sin culpa*. Se originó entonces un debate especulativo, que no se puede dar por concluido, por el alcance de los conceptos implicados: responsabilidad, imputabilidad, libertad, los cuales deberían ser releídos bajo la clave de la ley natural que aquellos maestros compartían.

2. Los pensadores que en el Siglo de Oro abordaron las cuestiones inherentes a las nociones de "pena y delito" tuvieron una fuente de inspiración no sólo en los tratadistas anteriores de las leyes y del derecho, sino también en los teólogos

---

[*] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el Prof. Dr. Juan Cruz Cruz: *Justicia e interpretación de la ley en el Siglo de Oro* (FFI2008-02803/FISO).

propiamente dichos. El antecesor medieval más leído y comentado fue desde luego Santo Tomás de Aquino.

Como teólogo el Aquinate acepta la existencia de un orden universal, manifestación de la sabiduría infinita de Dios y de su voluntad omnipotente. Orden es unidad de lo múltiple, de las partes diversas que constituyen el todo de lo creado.

En primer lugar, está el orden *físico* del universo, con sus galaxias y, muy concretamente, con una tierra surcada de ríos y mares, poblada de plantas, animales y hombres. Estos últimos, dotados además de inteligencia. A la maravilla de este orden cantaron muchos poetas, como Fray Luis de León: "Ve cómo el gran maestro, / aquesta inmensa cítara aplicado, / con movimiento diestro / produce el son sagrado, / con que este eterno templo es sustentado" (*Oda a Salinas*).

En segundo lugar, el orden *moral*, interior al hombre mismo: este orden es un plan general necesario preconcebido por Dios, pero cuya realización concreta está en el poder de la libertad humana; se trata de una objetiva misión o una finalidad propia que es distinta y superior a la de los demás seres del mundo físico. Si hay un orden para los movimientos de los seres materiales –el orden físico–, también hay un orden para las acciones humanas –el orden moral–.

3. El camino que tanto los seres del mundo físico como los seres del mundo moral han de recorrer se condensa en una norma o regla, llamada *ley*: "las normas que regulan el orden son las leyes del orden", dice Santo Tomás. Para los seres del mundo físico están las leyes físicas, que existen necesariamente y se cumplen de manera inexorable; para los seres del mundo moral están las leyes morales, de existencia necesaria, pero de cumplimiento contingente, en función de la humana inteligencia y voluntad libre. Hay *mérito* cuando el hombre concibe y ejecuta la relación necesaria que la ley establece entre aquel acto suyo y el bien pretendido. Y hay *demérito* cuando el hombre desvía de la ley la relación necesaria que debería existir hacia el bien correspondiente. Del cumplimiento y mérito surge el premio; de la trasgresión y demérito dimana la pena o castigo: en ambos casos ha existido una actuación libre en el orden moral.

4. No debemos olvidar que los maestros del Siglo de Oro han repensado la pena teniendo como telón de fondo la doctrina luterana negativa acerca del libre albedrío. Por lo que vuelven también en este punto a la doctrina del Aquinate: "Lo más propio del libre arbitrio es la *elección*; en tanto tenemos libre albedrío en cuanto podemos aceptar un acto y rechazar otro; por tanto la esencia del libre albedrío debe establecerse en la *elección*" (*Summa Theologiae*, I, q83, a3). Por su libertad el hombre puede elegir el bien o el mal y, correspondientemente,

contraer mérito o demérito. En cualquier caso, la libertad humana en sentido estricto no existe sino dentro de un orden propio, el orden moral. Dentro de este orden figura el orden jurídico, el de la ley que es una "ordenación que hace la razón hacia el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad". Pero como es defectible la voluntad libre del hombre –pues puede obrar el mal, desviándose de su término– surge la posibilidad del delito; y no sólo su posibilidad, sino también su facticidad: el delito existe desde los primeros pasos de la humanidad, incumpliendo la ley divina y alejándose del creador.

Si el delito no existiera, carecería de sentido el derecho penal. El delito es el quebrantamiento del orden establecido por la ley. En su significación moral, delito no es sólo la omisión de lo que manda la ley (*Summa Theologiae*, I-II, q79, a4, ad1), sino también la comisión de lo que la ley prohíbe.

5. En cualquier caso, la esencia del delito encierra tres aspectos constitutivos: uno, *objetivo*; otro, *subjetivo*; otro, *externo* o social.

El primer aspecto, el objetivo, es la existencia de un orden perturbado, de un deber infringido; mas para que haya quebrantamiento ha de existir previamente una *ley* que indique la relación correcta al bien del hombre. Por eso, si yo obro mal pero no perjudico a nadie, no quebranto ninguna relación jurídica, aunque desobedezca un precepto moral. En esa situación no hay delito, aunque exista una falta moral grave. Pero si hay un deber jurídico infringido y sancionado por la ley penal, entonces hay delito.

El segundo aspecto, el subjetivo, es propiamente la inteligencia y la voluntad para cometer el delito. Tanto la ausencia de inteligencia para conocer lo bueno y lo malo, como la falta de voluntad libre, eximen de responsabilidad al criminal. Sólo a quien es verdaderamente libre se le puede imputar un delito. La falta nace de la voluntad como de su propia causa (*Summa Theologiae,* I-II, q74). Y lo querido por la voluntad ha de ser previamente conocido tanto en los aspectos genéricos comunes a todos los actos humanos como en los aspectos individuales propios de cada uno. Pues aunque dar muerte a un hombre sea un homicidio, no se puede decir que es homicida el cazador que creyendo ver un ciervo dispara sobre un hombre y lo mata.

En cuanto al tercer aspecto, el externo o social, conviene recordar que para Santo Tomás "son tres los órdenes a los que está sujeta la voluntad humana: el orden de la propia razón, el orden del hombre exterior encargado de gobernar y el orden divino universal" (*Summa Theologiae,* I-II, q87, a1). La trasgresión del orden divino será castigada con la pena que Dios impondrá al que faltó; y como es el más grave delito, podrá castigarse con la más grave de las penas: "La máxima pena consiste en estar separado de Dios" (*Summa Theologiae*, I-II, q88). La violación del orden de la propia razón lleva como pena el *remordi-*

*miento* de la propia conciencia. Mas existe otra trasgresión, la del orden exterior implicado en la sociedad, referido al deber *jurídico*, y sin cuya violación no hay verdadero delito. Un acto desordenado y contrario al orden racional y al orden divino no es, sin más, un delito jurídicamente expresado, máxime si ha quedado en la intimidad de la conciencia. La esfera del orden jurídico es más reducida que la del orden moral, pues está limitada a la exteriorización de los actos de nuestra voluntad. Por lo tanto, sólo exige sanción penal la violación voluntaria de un deber jurídico por actos externos.

6. Así pues, provocada por el delito está la pena: hay una relación necesaria y directa entre delito y castigo, entre el crimen y el mal expiatorio: "es de esencia de la pena el que sea *contraria* a nuestra voluntad, que sea *aflictiva* y que se imponga por alguna *culpa*" (*Summa Theologiae,* I-II, q46, a6). Culpabilidad, contrariedad y aflictividad constituyen el núcleo estructural de la pena. La pena se impone por una culpa. Si se ha cometido delito o crimen –una infracción del deber jurídico– es necesaria o imprescindible la expiación por la pena.

7. Además, el sentido estructural de la pena se inserta en el sentido mismo de la ley en virtud de la cual se impone. La auténtica ley ha de ser, respecto del fin, justa, útil y conveniente, como brote que es de la ley natural; pero respecto del legislador ha de provenir de una autoridad suprema y competente; y respecto del súbdito ha de ser clara, pública y eficaz. Que sea pública significa que su promulgación se dirija a la inteligencia de los súbditos; que sea *eficaz* significa que, por su carácter obligatorio e imperativo, se refiera a la voluntad por medio de una *sanción*. La sanción no es causa, sino efecto de la obligatoriedad de la ley; ni los premios o las penas hacen que la ley sea obligatoria; sino que por ser obligatoria –dimanada de la ley natural– la ley establece premios y penas. Pues bien, la ley moral –dentro de la cual se inscribe la ley jurídica– es eficaz si se cumple voluntariamente; y si no se cumple, lo será por la correspondiente sanción: la imposición de la pena tiene la virtud de reparar el orden perturbado, y de ahí la primera eficacia de la ley. La *sanción reparadora* del orden es a veces suficiente para garantizar el derecho, pues no todo acto antijurídico es constitutivo de delito; pero otras veces –numerosísimas– sólo se puede asegurar el cumplimiento de la ley mediante una *sanción penal*.

No cabe duda que la pena es un mal que se aplica por la violación de un orden bueno; es un sufrimiento procedente de afuera, impuesto por la autoridad que da la ley (*Summa Theologiae,* I-II, q87, a2). La pena, que es un mal, no puede ser causa eficiente de otro bien, de la misma manera que la nada no puede aparecer como causa del ser; pero sí puede darse como "ocasión" de un bien, y así se interpreta la corrección del culpable y el sosiego de la sociedad. En cualquier caso, la pena tiene un carácter negativo o privativo; y todo lo que para

nosotros es un bien –porque nos causa placer, comodidad, etc.– puede ser objeto de privación o disminución, desde los bienes corporales a los bienes culturales, pasando por los bienes espirituales –como la libertad, el honor o la fortuna–.

8. La pena con que se castiga al malvado es un *medio* para obtener el bienestar de la sociedad y de sus individuos; pero es un medio encaminado al fin último del hombre. La pena se muestra, en primer lugar, como una reacción del orden contra el desorden, como la restauración del orden jurídico perturbado, siendo su fin inmediato la expiación, la dis-culpa, la reparación del daño causado por el delito. "La pena se ordena de suyo [*per se*] a la reparación del orden y a la justicia de Dios, y por lo tanto mientras dura el desorden siempre dura la pena" (*Summa Theologiae,* q87, a7, ad4). Porque ha habido una privación del orden, o sea, un delito, la pena se dirige a la reparación de ese orden. La pena se requiere, pues, para restituir la igualdad de la justicia, *ad restituendum aequalitatem justitiae* (q87, a6, ad3). No es ésa una igualdad cualquiera, sino la que debe existir entre el daño que el delito ocasiona –el orden *ya* perturbado– y el mal propio de la pena –el orden en vías de ser restituido–. De ahí que muchos maestros del siglo XVI y XVII estimaran que la justicia penal no es una parte de la justicia distributiva –pues las penas no son un depósito de males para ser distribuidas–, sino de la *conmutativa*: la pena es un sufrimiento que se inflige observando una *igualdad* con el delito. Decía Soto que cuando la autoridad pública aplica la pena "está restituyendo al malhechor algo en cierto modo igual y, con ello, le reintegra su propio honor, lo cual es una conmutación" (*De iustitia et iure*, III, q5, a1, ad3).

En resumen, la satisfacción de una ofensa se hace por obras penales y consiste en un acto de "poner igualdad", restituyendo al ofendido lo que le ha sustraído el ofensor. Ni siquiera basta el arrepentimiento del malvado; eso subsanaría su propia voluntad, pero no es suficiente para reponer, física y socialmente, lo que quedó desordenado: para esta reposición está la pena, con su carácter además medicinal; aunque curar al malvado no es el fin último de la pena: en su naturaleza, la pena es esencialmente reparadora de la igualdad de la justicia. Con ello la pena se conforma al fin de la justicia, que es *dar a cada uno lo suyo*. Como el delito no quita nada al delincuente, sino al ofendido y despojado, por medio de la pena impuesta al delincuente quedan el individuo y la sociedad reintegrados a su orden propio: el fin primero y principal no es el del malvado, aunque para él tenga además carácter medicinal.

* * *

Se recoge en el presente volumen el fruto de las Jornadas sobre "Delito y Pena", celebradas en Buenos Aires bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y de la Línea Especial de Pensamiento Clásico Español de la Universidad de Navarra.

No puedo por menos de apuntar un reconocimiento al esfuerzo que muchos han realizado, tanto a título individual, como también de forma institucional, para que el estudio del Siglo de Oro se convierta en un punto de interés permanente no sólo en España y Argentina sino en otros países hermanos y, más significativamente, en Alemania, Francia e Italia, donde nuestro proyecto es visto y valorado en lo que se merece. Este trabajo de investigadores individuales y de instituciones está permitiendo la consolidación de nuestras *Jornadas De iustitia et iure en el Siglo de Oro* –que van por su quinta edición–, y además el establecimiento de nuevas relaciones internacionales con la apertura de otros proyectos que permitirán un mayor conocimiento del periodo que investigamos.

Quienes participan en este volumen están interesados en esclarecer los fundamentos históricos y sistemáticos de los conceptos de *delito* y *pena*, buceando en los textos, sutiles y argumentados, de los principales maestros del período que corre entre 1550 y 1650: un siglo decididamente áureo, en el que el derecho penal se impuso como el ámbito jurídico más explícito del libre albedrío.