R. 19475/4

ELEMENTOS

DE

DERECHO PENAL

CON ARREGLO AL PROGRAMA DE ESTA ASIGNATURA

EN LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

POR

RAMÓN RAMIRO RUEDA,

CATEDRÁTICO EN DICHA UNIVERSIDAD.

SEGUNDA EDICIÓN, CORREGIDA Y AUMENTADA.

TOMO I.

SANTIAGO:
IMP. DE JOSÉ M. PAREDES,
Virgen de la Cerca, 30.
—
1889.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
00538748

ELEMENTOS

DE

DERECHO PENAL.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

R. 19.644

ELEMENTOS

DE

DERECHO PENAL

CON ARREGLO AL PROGRAMA DE ESTA ASIGNATURA

EN LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

POR

RAMÓN RAMIRO RUEDA,

CATEDRÁTICO EN DICHA UNIVERSIDAD.

R. 1945
1

SEGUNDA EDICIÓN, CORREGIDA Y AUMENTADA.

TOMO I.

SANTIAGO:
IMP. DE JOSÉ M. PAREDES,
Virgen de la Cerca, 30.
1889.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO

Agotada la primera edición de esta obra, gracias al inmerecido favor de algunos compañeros en el Profesorado que espontáneamente la adoptaron de texto, recomendando otros con interés su estudio á sus discípulos, sale á luz esta segunda, en la cual he procurado suplir algunas deficiencias, de las muchas que soy el primero en reconocer contiene mi trabajo.

Estando acaso próximo el día en que nuestro Código penal sufra modificaciones de importancia y trascendentales no daría á la imprenta este libro, sino me obligara á ello la necesidad que sienten los alumnos de sujetar sus estudios á un texto que les pueda servir de base, y como para ellos principalmente, y en primer término, tengo la obligación de trabajar, reproduzco la especie de dedicatoria que hacía en la edición anterior.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

A LOS ALUMNOS

Sin otras pretensiones que facilitaros el estudio de la importantísima asignatura de Derecho penal que juntos tenemos la obligación de recorrer, y sin aspirar á otro galardón que el de conseguir aquel resultado, me decido á dar á la imprenta este libro, venciendo el natural temor que me inspira la crítica severa de las personas doctas, si por acaso hubiese alguna que recorra estas páginas. Ese temor sirve, sin duda, de rémora á muchos compañeros en el Profesorado, que pudieran, con más competencia, dar á los vientos de la publicidad el fruto sazonado de sus vigilias; pero contenidos por excesiva y delicada modestia, prefieren que sus discípulos tomen apuntes de sus notables explicaciones, para poder así satisfacer las exigencias del programa y de los exámenes.

Por experiencia propia, adquirida en la feliz é inolvidable época de la vida en que no había trocado aún el banco del alumno por el sillón del profesor, me consta el ímprobo trabajo que requiere el llegar á formar unos regulares apuntes, y las dificultades con que se tropieza para que en ellos no haya lagunas, que truncan con frecuencia el pensamiento general, resultando también, en ocasiones, que los apuntes no son la completamente fiel expresión de lo manifestado;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ya por no haber acertado en un período de la explicación con la fórmula más claramente comprensible, ya por no haberse entendido rectamente por alguno de los oyentes lo que el Profesor conceptuaba que no podía ofrecer dificultad de ningún género.

El sistema de señalar un libro de texto con cuyas doctrinas y método no está completamente identificado el Profesor ofrece también serios inconvenientes, pues vacila el ánimo del alumno con frecuencia entre lo que ha dado en llamarse el texto vivo y el texto escrito; y no excluye tampoco, en absoluto, el trabajo de los apuntes, que serían necesarios en todas aquellas partes en que el criterio del Catedrático fuere opuesto al del libro, de cuyas doctrinas tendría, como era natural, que hacer un juicio crítico, razonado y detenido.

Por estas razones me decido á hacer el sacrificio de mi amor propio, en gracia del trabajo que podrá ahorraros este libro, y de la utilidad que espero os proporcione; pues conformándose en un todo con mis modestas explicaciones en Cátedra, lo que tenga el gusto de que me escucheis, y lo que en la presente obra leais se corroboran y confirman.

Si esto llego á conseguir, quedarán recompensados los pequeños sacrificios de la tarea que voluntariamente se impone

VUESTRO CATEDRÁTICO.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO PRELIMINAR.

LECCIÓN 1.ª

Distinción entre la idea **vulgar** y la **científica**.—Elementos Filosófico é Histórico: su significación.—Métodos que pueden seguirse en el estudio del Derecho penal, y razón del adoptado.

En vano pretendería afirmar que conoce cualquiera rama del Derecho *científicamente*, y no tan sólo de una manera *vulgar*, quien se contentase en sus aspiraciones con poder recordar y recitar, de la manera más minuciosa posible, no ya los preceptos de la Ley vigente, sino también los de todas las derogadas, no teniendo, además de todo esto, un criterio propio, para poder juzgar si, los tan sabidos preceptos, se conformaban con las exigencias racionales acerca del particular. Por esto es corriente distinción la de la *idea vulgar* y la *idea científica*, tratándose, sobre todo, de conocimientos de orden jurídico. Todo el mundo tiene, concretán-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

donos al Derecho penal, ideas *vulgares* acerca del Delito y de la Pena; pero solamente el hombre de ciencia se preocupa de averiguar el cómo la noción de la segunda idea se deriva de la primera, encarnándose las dos en la del Derecho, según su general concepto (1).

Por tanto, para formar un juicio tan completo como posible sea, de nuestras instituciones penales, es necesario contar con un criterio previo, criterio que nos suministra el estudio de la Ciencia penal en sí misma considerada; y una vez adquirido ese conocimiento, como base de todo ulterior estudio, fácil tarea será el de las instituciones vigentes en cualquier momento histórico, y en cualquier pueblo.

Existen, por tanto, dos elementos indispensables en el estudio del Derecho, para todo el que fundamentalmente quiera conocerlo: el llamado elemento Fi-

(1) En el Derecho, más que en ninguna otra rama de los humanos conocimientos, hay natural propensión á creer que el *vulgo* —tomada esta palabra en su recto sentido— puede formar juicios exactos acerca de las diferentes materias que le constituyen. Por esto no es excepcional, y sí muy frecuente, oir en conversaciones corrientes, en reuniones, paseos y cafés hablar con admirable desenfado, del Estado, de la Sociedad y del Gobierno, del Derecho y de la Libertad, del Delito y de la Pena. Para tratar estas cuestiones todos nos juzgamos competentes, al paso que protestamos de incompetencia, sin pérdida de momento, si se nos interroga, v. g., sobre un asunto de Medicina ó de Astronomía. ¿Serán, por ventura, menos complicadas ó menos merecedoras de estudio detenido las leyes que rigen el desenvolvimiento y la vida social del hombre, que las que presiden nuestro organismo físico, ó el organismo universal?

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

losófico y el histórico. El primero pone de manifiesto lo que el Derecho debe ser, el segundo nos muestra lo que el Derecho es y fué. Claro está que al expresarnos de esta suerte tomamos la palabra Historia en una acepción lata; pero rigurosamente científica, puesto que no significa, según esto, la Historia lo que con Ley ó Derecho constituído estuvo vigente en un período más ó menos lejano, sino también lo que lo está en el momento actual.

Pero como las disposiciones que actualmente tienen fuerza de Ley, á su interés, desde el punto de vista científico, reunen el muy grande que inspiran por su aplicación cuotidiana, es clara y evidente la necesidad que existe de estudiar este punto con una extensión muchísimo mayor, que la que se dé á todo aquello que como Ley no rige en la actualidad, no pudiendo, por tanto, invocarse, ni como regla de conducta en el momento presente de la vida social, ni tampoco resolver á su tenor las cuestiones jurídico-prácticas que se ofrezcan, y de las que deben conocer los Tribunales.

Podemos afirmar por tanto: que para el ciudadano, de la misma suerte que para el jurisconsulto y el magistrado tiene interés vital, por decirlo así, el conocimiento de lo vigente; al paso que lo presenta relativo, y hasta cierto punto en orden subalterno, el de todo aquello á cuyo tenor no tienen para qué ajustarse hoy, ni el ciudadano, ni el jurisconsulto, ni el magistrado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por otras razones, además de las enunciadas, reclama mayor extensión el estudio de la parte histórica del momento actual, que el de la de los tiempos pasados. La razón de diferencia la encontramos sencillamente en el examen comparativo de nuestro Código penal con las leyes anteriores á su primitiva redacción, que de la misma materia se ocupaban. En efecto: nuestro Código, tenga muchos ó pocos lunares, no puede desconocerse que tiene, á todas luces, un carácter verdaderamente científico. En él aparece la materia penal agrupada en un orden sistemático; y si la manera como presenta desenvueltos sus diferentes tratados, no es, á nuestro juicio, todo lo filosófica que debería ser, como esperamos demostrar muy pronto, no por eso puede desconocerse ni negarse, que lleva innumerables ventajas á las leyes anteriores á su primitiva publicación.

Estas ventajas son tanto más de apreciar, cuanto que en las leyes patrias, que de precedente pudieran servirle, no encontramos modelos dignos de ser tenidos en cuenta, ni aun reformándolos. Tuvo, pues, nuestro Código que crearse, por decirlo así, todo un sistema de Derecho penal, cuyo resultado pudo felizmente realizar con aplauso de propios y extraños.

De las indicaciones que dejamos sentadas se deduce que, conforme á un plan estrictamente científico, la asignatura de Derecho penal debería comprender la parte Filosófica y la parte Histórica, estudiando la primera como base y criterio para

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el completo conocimiento de la segunda. Se deduce también que dicha parte Histórica debería subdividirse, examinando en primer lugar las disposiciones legales que aparecen derogadas, y en segundo término las que actualmente rigen; y para distinguir con diversos nombres los miembros de esta subdivisión, podría conservar el primero la denominación de parte Histórica, y el segundo podría llamarse parte Dispositiva, por más que, segun queda dicho, entrambos miembros constituyen la parte Histórica, en estricto tecnicismo.

Sin embargo de esto, la presente obra seguirá un plan algún tanto diverso, teniendo en cuenta para ello algunas razones de importancia.

Nuestro Código penal, como dejamos indicado, presenta la materia de que trata desenvuelta sistemáticamente, y como al jurisconsulto, ó al que aspire á tan honroso título, interesa conocer la Ley que tiene que aplicar, creemos que pueden estudiarse las disposiciones de la referida Ley, haciendo preceder á cada uno de los tratados las consideraciones que, en el terreno filosófico, deban servir de naturales y necesarios precedentes para juzgar, con conocimiento de causa, todas y cada una de las referidas disposiciones legales. Es decir, que con motivo de las doctrinas de la Ley relativas al Delito y á la Pena, pueden exponerse las teorías de la Ciencia acerca de estas fundamentales nociones, para venir á obtener, como natural deducción y consecuencia, el juicio que merecen

los preceptos del Legislador, y aun cuando ese juicio crítico se refiera en primer lugar y principalmente al Código actual, no se deberá prescindir de hacer aplicaciones también á las leyes anteriores y á los proyectos de reforma del Código vigente, proyectos formulados ya; pero que ninguno de ellos ha llegado á discutirse en Cortes. Como se vé, pues, nos proponemos estudiar á la par el elemento filosófico y el histórico, porque de esta suerte se evitan continuas referencias, y recuerdos á doctrinas sentadas anteriormente con total separación; y es acaso más fácil mantener viva de este modo la atención del alumno que, con motivo de todos y cada uno de los preceptos legales, va adquiriendo la idea de lo que discute y decide la Ciencia criminal, acerca de los particulares y pormenores que instituyó, instituye ó proyecta instituir el Legislador.

El método indicado no debe juzgarse por lo dicho que será estrictamente exegético, pues no es posible desconocer los inconvenientes que para la enseñanza tendría el procedimiento docente, que estuviese limitado á comentar artículo por artículo todos los de la Ley, en riguroso orden de prelación. De esta suerte no sería fácilmente asequible para el que por vez primera se ocupa en investigaciones científicas de cierta índole, alcanzar un concepto general y sintético de la materia de su estudio, y abarcar de una mirada el conjunto y la trabazón de las diferentes partes, sin cuya total idea no es posible poseer una base sólida

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

científica, ni un criterio para formar sucesivos juicios.

El método estrictamente exegético podría servir desde luego como base de estudio únicamente por sí sólo, en el caso en que la Ley ó el Código que se comentase fuese la reducción á precepto escrito en fórmulas aforísticas, de las conclusiones de la Ciencia; pero no tan sólo en cuanto á que sus preceptos apareciesen en consonancia, y jamás discordes, con las exigencias de aquella, sino además porque sus diversas partes ó tratados se presentasen á nuestra consideración también con un orden y enlace verdaderamente lógicos, es decir, con una dependencia natural los unos de los otros. En otros términos: para que un Código apareciese como siendo la traducción en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos de las exigencias científicas, no sería bastante con que ninguno de sus preceptos, aisladamente considerados, apareciese en contradicción ni oposición total ó parcial á la idea del Derecho; sino que, además de esto, se requeriría que esos libros, títulos, capítulos, secciones y artículos fuesen los unos desprendimiento lógico ó consecuencia natural de los otros, formando la totalidad ó el conjunto lo que se llama un organismo. Por esto es idea por todos admitida, que la Ciencia no la constituyen únicamente una colección de *verdades*, si esas *verdades* no forman una *serie ordenada*, y además no parten, arrancan ó se fundan en principios *ciertos* y *evidentes*, ó admitidos, por lo menos como tales.

Ahora bien: ¿nuestro Código vigente presenta ese desenvolvimiento científico que nos permita seguir paso á paso sus doctrinas á la par que discutimos la teoría? ¿Coincidirá, ó podrá coincidir, el sucesivo desarrollo teórico con la distribución de la obra legislativa?

Para contestar á esta pregunta tendríamos que hacer un brevísimo resumen, por lo menos, de la manera cómo desenvuelve nuestro Código vigente la materia penal, asunto que ha de servir de base á lecciones sucesivas; pero podemos desde luego anticipar la idea de que, no obstante presentar nuestra Ley penal un desenvolvimiento científico en su conjunto, y ser aceptables muchos de sus detalles, ni el plan general, ni varios de esos detalles, pueden admitirse, según nuestro humilde modo de pensar. Por esta razón, y para observar en el desenvolvimiento de este trabajo el método que dejamos aceptado de examinar simultáneamente los precedentes filosóficos y los preceptos legales, después de reseñar el plan general de nuestro Código penal, nos ocuparemos en estudiar en parangón de este plan otro que juzgamos más racional, para desenvolver la materia de que trata dicho Código.

Claro está que si en frente del método conforme al que desenvuelve el Código penal la materia que forma su contenido, ponemos el método que nos parece más racional para dicho desenvolvimiento, habremos trazado de esta suerte también el orden lógico de este libro; pues no era posible incurrir

en la inconsecuencia de considerar un método como más aceptable que otro, y no seguir fielmente aquel que aparece á nuestro juicio como más conveniente.

De todo lo dicho se deduce además: que esta comparación entre dos planes y métodos la permite ó hace posible una Ley, cuando se presenta ordenadamente á nuestro examen, es decir, de una manera sistemática, lo cual no sucedió, ni podía suceder, en época anterior á la ordenación de las leyes penales en forma de Código, según aconteció en nuestra patria con anterioridad al año de 1848, desde cuyo año tenemos Ley penal codificada, Ley que sufrió una ligera revisión en el año de 1850, y otra de importancia en el año 1870, que es la vigente; pero conservando en todas estas etapas el plan general, como lo demuestra palmariamente, y de una manera muy sencilla, una rápida ojeada del índice del libro 1.° —libro en que se desarrolla la parte fundamental— pues dicho índice, no tan sólo conserva constantemente la misma distribución, sino que además casi no varía la fórmula de sus diversos epígrafes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 2.ª

Código penal vigente.—Sumaria indicación de sus precedentes, sus causas y sus parciales modificaciones.—Proyectos de nuevo Código.

Pudiera aparecer acaso, y á primera vista, como una racional exigencia en un libro de la índole del presente, el ocuparse en este lugar, con algún detenimiento, en desenvolver la historia de nuestro Derecho penal, para buscar en esa fuente el complemento necesario del concepto total de la asignatura; y sin embargo creemos que solamente deben hacerse aquí ligerísimas indicaciones respecto á la referida historia, porque creada recientemente una Cátedra especial para el estudio de la Historia del Derecho Español (1) en sus diversas ramas, en aquella asignatura debe estudiarse, por lo menos, todo cuanto á la llamada Historia externa del Derecho en general debe referirse, limitándonos por tanto en este lugar á ligeros recuerdos, por vía de precedentes.

Esto no excluye el que, con motivo de los diferentes preceptos legales, tengamos que compararlos, á veces, con otros correspondientes á leyes derogadas,

(1) R. D. de 2 de Septiembre de 1883.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para contrastarlos todos con el crítico juicio de la Ciencia.

Corría bastante adelantado el siglo XIX y nuestra legislación penal encerraba en su seno un conjunto de crueldades inconcebibles, y un cúmulo tal de iniquidades, que formaban un verdadero padrón de ignominia. Retratando aquella época dice el más leído de nuestros comentaristas (1): «Todos los absurdos, todas las crueldades, que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento, sólo se ha abolido por las Cortes de 1812 y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas ó valor de una peseta en Madrid: y en este punto, no sólo estaba la aplicación en las leyes, síno que pocos años há se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la heregía eran también crímenes mortales; y las hogueras de la

(1) Pacheco. El Código penal concordado y comentado. Madrid, tercera edición, 1867. I tomo. Introducción, pág. 45.

Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros.»

Poco más adelante añade: «Cuando llegó un momento en que no sólo la conciencia común se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de éstas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad; entonces el legislador tomó el partido más breve y más sencillo, y dejando de buscar y señalar él la pena que correspondiese á cada crimen, autorizó á los tribunales para que prudencial, esto es arbitrariamente, impusiesen el castigo ó corrección que creyesen más adecuado, ó más merecido, según la índole y naturaleza del delito que se les presentara.»

Dejamos dicho en la lección anterior que únicamente desde el año 1848 tenemos legislación penal codificada, porque si bien es verdad que en el año 22 se promulgó, por vez primera en nuestra España, un Código de esta índole, fué tan efímera su existencia, que murió airadamente con la reacción del año 23, que hizo desaparecer de un sólo golpe todas las reformas acaecidas desde el año 20, pretendiendo borrar por completo y sumir en el olvido la historia de aquel período.

Se dejaba sentir, sin embargo, de una manera tan general la necesidad de codificar la Ley penal, y de poner remedio urgente á lo absurdo de las disposiciones vigentes en esta materia, que el mismo Rey D. Fernando VII, reconociéndolo así, nombró en el año 29 una comisión encargada de formular el

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

correspondiente proyecto. Pero muerto á poco tiempo el Rey, quedó el proyecto en suspenso, y los sucesos políticos que sobrevinieron por desgracia en breve plazo, sucesos que sumieron á España en una larga y horrorosa guerra civil, no permitieron pensar con tranquilidad en la urgente reforma de nuestras anacrónicas leyes penales.

Abiertas Cortes en el año 1834, á ellas se presentó el proyecto; pero no pudieron discutirlo perocupadas profundamente con otras atenciones, y con la situación del país efecto de la guerra civil. Mas aun cuando hubieran podido discutir dicho proyecto, no lo habrían admitido, porque según dice el señor Pacheco (1): «Trabajado por el gobierno absoluto y para el gobierno absoluto, conocíansele bien su origen y su objeto. Ciertamente era mejor que lo antiguo; pero nada moderno hemos visto tan incompleto y tan defectuoso. Si le hubieran discutido, habrían tenido que hacerle de nuevo las Cortes.»

Por fin, en el año 1843, habiendo desaparecido los obstáculos que podrían considerarse como rémora y disculpa para llevar á término feliz la empresa, se pensó por todos en realizarla ya definitivamente, y el Gobierno provisional, por iniciativa del Sr. D. Joaquín María López, nombró la comisión que había de dar cima al proyecto, compuesta de notables jurisconsultos, sin tener en cuenta

(1) El Código penal concordado y comentado. Madrid, 3.ª edición, 1867. Tomo I. Introducción, pág. 54.

para ello otra cosa que su reconocida competencia. Cumplió su encargo la citada comisión, y después de haber discutido en su seno con todo detenimiento el proyecto dicho, se pidió autorización en el año 1848 á las Cortes para plantearle, cuya autorización concedieron, habiendo recibido su sanción el Código penal por D.ª Isabel II, y promulgándose como Ley del Reino en 19 de Marzo del citado año de 1848. Por Real Decreto de la misma fecha se dispuso que dicho Código comenzase á regir en la Península é Islas adyacentes desde 1.° de Julio siguiente.

En el artículo 2.° de la citada Ley se disponía: que el Gobierno propondría á las Córtes dentro de tres años, ó antes si lo estimara conveniente, las reformas ó mejoras que deberían hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente, por lo menos, deberían dirigirle los tribunales. Esta disposición se fundaba en el deseo de mejorar en breve plazo la ley, atendiendo las observaciones que lapráctica pudiera sugerir, observaciones tanto más dignas de ser tenidas en cuenta cuanto que ofrecía la Ley penal un carácter de verdadera novedad en nuestra patria, y se abrigaba el natural temor de que una Ley sin precedentes podría acaso ofrecer dificultades al llevarla al terreno de los hechos.

No se dejó transcurrir el período de los tres años para hacer una revisión del Código, pues en virtud del Real Decreto de 30 de Junio de 1850 se ordenó: que el Código penal y la ley provi-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sional dictada para su ejecución quedasen refundidos, y la numeración, artículos y reglas de los mismos coordinados, *modificados ó rectificados*, según se manifiesta en la *edición reformada*, cuya edición se consideraría en lo sucesivo como la única oficial y legal.

No se creyó por esto que el Código no debería sufrir modificaciones, y queriendo que éstas llevasen el sello de la más estricta imparcialidad, y como prenda de acierto, se formuló un interrogatorio, dirigido con una circular del Ministerio de Gracia y Justicia en 16 de Abril de 1851 á los Colegios de Abogados y á otras corporaciones y personas peritas, con el fin de que informasen sobre las reformas que deberían introducirse en la Ley de que nos venimos ocupando.

Pasaron, sin embargo, los años, y continuaron las cosas en tal estado, hasta que ocurrió el cambio radical que habían de producir necesariamente en todas las ramas del Derecho los acontecimientos políticos acaecidos en Septiembre del año 1868, que trajeron como natural consecuencia la Constitución democrática de 1.° de Junio de 1869, promulgada solemnemente en toda la Nación el 6 de dicho mes.

Breves y simples narradores en este punto, consignaremos aquí las razones que tuvieron las Cortes constituyentes para autorizar por Ley de 17 de Junio de 1870, la observancia provisional del proyecto de Código reformado por el Sr. Montero Rios, Ministro de Gracia y Justicia. Algunas de dichas

razones, textualmente tomadas del dictamen de la Comisión de las referidas Cortes, son las siguientes:

Después de la revolución de Septiembre y de los cambios radicales que introdujo en nuestra organización social y política, consignados en la Constitución de 1869, debían y deben sufrir reformas trascendentales todas nuestras leyes, todos nuestros Códigos, y uno de los que más reclaman estas reformas es el Código penal, ya porque en la enumeración de los actos ilícitos punibles incluye algunos que han perdido su carácter, y ya también porque hay que añadir otros, que sirvan de garantía al libre ejercicio de los derechos consignados en dicha Constitución, y de freno á los ciudadanos, que se apartaren del cumplimiento de sus deberes.

El Código que nos ocupa, y que se publicó en 30 de Agosto de 1870, debió haber sido redactado y publicado con alguna *precipitación*, cuando en Decreto de 1.° de Enero de 1871 se dispuso por el Regente del Reino, á propuesta del Ministro de Gracia y Justicia de acuerdo con el Consejo de Ministros, que por aquel Ministerio se procediese á hacer una edición del Código referido con una porción de correcciones que allí se detallaban. Esto era necesario, porque, según se dijo, en la publicación se encontraban erratas de copia, erratas de imprenta y hasta *omisiones*, prueba patente de la precipitación con que este trascendental asunto se había llevado á término.

Aunque se había ofrecido presentar á las Cortes

el definitivo proyecto para que estas lo discutiesen, por acontecimientos imprevistos, efecto de las conmociones políticas de que fué teatro nuestra patria, no se pudo cumplir el solemne compromiso contraído.

Al ocurrir la restauración, y sentarse en el trono de su madre el hoy difunto monarca D. Alfonso XII, se varió la Constitución del Estado y, derogada la de 1869, se promulgó la de 1876, introduciéndose algunas reformas en el Código penal de 1870, en virtud de la Ley de 17 de Julio de 1876.

Desde entonces acá se continúa constantemente en el ánimo de presentar á las Cortes un nuevo Código penal, y casi no hay Ministerio, ni Ministro de Gracia y Justicia, que no tenga su proyecto, rivalizando todos en deseos de que la Nación les agradezca la paternidad de obra de tanta trascendencia.

Los proyectos presentados á las Cortes en este último período por los respectivos Sres. Ministros de Gracia y Justicia son los siguientes:

1.° El del Sr. D. Saturnino Alvarez Bugallal en 17 de Junio de 1880, reproducido en 31 de Enero de 1881.

2.° El del Sr. D. Manuel Alonso Martínez en 11 de Abril de 1882.

3.° El del Sr. D. Francisco Silvela en 29 de Diciembre de 1884.

En la primera edición de este libro se terminaba

esta lección con las siguientes palabras: «en estos momentos (1) se dice que el Sr. Alonso Martínez, actual Ministro del ramo, tiene en estudio la reforma, y que se propone presentarla á las Cortes en la próxima legislatura, por lo cual es de suponer que su proyecto de 82 lo presentará, por lo menos, modificado. ¿Llegará á convertirse en Ley? Imposible es hacer vaticinios de esta especie en nuestra España».

El tiempo ha venido á darnos la razón. En efecto: en 19 de Noviembre de 1886 se presentó al Senado por dicho Sr. Ministro de Gracia y Justicia un proyecto de Ley *estableciendo bases para la reforma del Código penal*, proyecto que fué ampliamente discutido y remitido al Congreso en 28 de Febrero de 1887, siendo de notar que este último proyecto contiene 15 bases y en él aparecen amplificadas y notablemente modificadas las 10 que contenía el presentado por el Ministerio.

El Congreso dedicó algunas sesiones á su discusión durante la legislatura del año 87; pero está paralizado tan importante asunto, no obstante haberse reproducido el tan repetido proyecto en las siguientes legislaturas de 1887 á 88 y de 1888 á 89, sin que tampoco podamos prever si por fin tendremos en breve plazo un nuevo Código penal, ni qué situación política será la encargada de llevar á término la reforma de una Ley de tanta trascendencia.

---

(1) Fines de Julio de 1886.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 3.ª

Plan del Código penal vigente.—Su distribución en libros.—Libro 1.º: su pensamiento fundamental.—Método conforme al que desenvuelve el referido libro la materia de la culpabilidad.

Examinando sintéticamente las disposiciones legales de nuestro Código penal, podemos hacer de ellas, desde luego, una gran división, por hallarse dichas disposiciones informadas en dos criterios de todo punto diferentes.

Divídese nuestro Código penal, como sabe todo el mundo que haya hojeado su índice, en tres libros, que tienen respectivamente por epígrafe, el primero, «Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas;» el segundo «Delitos y sus penas;» y el tercero, «De las faltas y sus penas».

Estudiando con todo detenimiento las disposiciones legales contenidas bajo el epígrafe del primero de los referidos libros, encontramos que todas ellas tienen un carácter de generalidad tal que indican, de una manera bien patente y clara, el pensamiento que preocupaba al Legislador, al formular todas y cada una de las disposiciones dichas. Ese pensamiento, constantemente seguido y desenvuelto, era el

de estudiar, en el terreno filosófico, las ideas de la culpa y de la pena sin descender á marcar concretamente ningún hecho que mereciere ser calificado de delito de ésta ó de la otra especie, y sin tener, por consiguiente, que marcar determinada pena.

En los libros 2.° y 3.° se ocupa, por el contrario, el Legislador en establecer la calificación de las diferentes acciones que constituyen, concretamente hablando, diversos acontecimientos, de mayor ó menor gravedad, á los que creyó el Legislador tener necesidad de imponer penas, más ó menos graves también. Como no vemos, ni podemos ver, una diferencia verdaderamente radical, por efecto de una idea completamente distinta, entre los libros 2.° y 3.°, juzgamos lógico el examinar todas sus disposiciones bajo un mismo pensamiento; y no se diga que en el 2.° libro se trata de los delitos y en el 3.° de las faltas, para justificar con esto su total separación, porque entonces no debería haberse contentado la Ley con esa división bimembre, puesto que, hallándose dividida la totalidad de las acciones punibles en el Código en tres grupos, que son los delitos graves, los menos graves y las faltas, tres libros serían necesarios para estas diferentes clases de infracciones.

Si nos fijamos en las condiciones fundamentales por las que pudieran distinguirse esencialmente esas diversas infracciones, podemos ver que dichas fundamentales condiciones, según el Legislador dice, son las mismas en todo orden de infracciones, pues,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en todos casos para que exista el delito grave, el menos grave, ó la falta, ha de haber *una acción* ó una *omisión voluntaria penada por la Ley*, según la expresa fórmula del artículo 1.° Que los hechos, pues, de que tratan los libros 2.° y 3.° sean más ó menos graves, no significa que haya un criterio diverso que inspira la ordenación y fórmula de sus disposiciones.

Ese diverso criterio sí que le encontramos entre las disposiciones de esos dos repetidos libros al compararlas con las que contiene el primero. En efecto: de muy distinta suerte trata la materia penal el Legislador cuando marca los caracteres generales, por ejemplo, que debe tener todo hecho para ser considerado como delito, del caso en que se ocupa, v. g., de lo que constituye al parricidio en parricidio, marcando á continuación la pena propia de este hecho criminal. Lo primero es generalizar; lo segundo concretar. De muy distinta suerte dicta sus preceptos el Legislador cuando desenvuelve la teoría de la generación del delito, la clasificación de las personas responsables del mismo, y las circunstancias atenuantes y agravantes, que cuando preceptúa respecto á las condiciones que forman los delitos v. g., de rebelión, de sedición, de robo, de hurto, de injuria, de calumnia etc., etc..., marcando á continuación de cada uno la pena ó penas que conceptuó justo y procedente señalarles. En el primer caso habla la Ley de la *culpa* en abstracto, mientras que en el segundo menciona hechos culpables en *concreto*.

Mucho más se podría decir para justificar la pro-

funda diferencia que existe entre el pensamiento que ha servido para informar las disposiciones del libro 1.° de nuestro Código y las relativas al resto de la obra, ó sean los otros dos libros; mas parece suficiente con lo manifestado para poner de relieve dicha diferencia. Si quisieramos patentizarla, aplicando nombres distintos á cada una de esas dos partes, podríamos llamar á la primera parte *Dispositiva fundamental*, y á la segunda *Dispositiva práctica*, ó en otros términos: *parte general* á la primera y *parte especial* á la segunda.

Si ahora pretendiésemos examinar también sintéticamente la primera de las referidas partes, salta desde luego á la vista, que se hallan entre sus disposiciones diferencias muy marcadas; pues en tanto que unas se ocupan en el examen general de la culpa y de la pena, otras se refieren á la aplicación de este segundo término al primero, teniendo en cuenta los hechos concretamente punibles en la parte que hemos llamado especial.

Como pudiera ofrecer alguna dificultad el comprender claramente lo que acabamos de indicar respecto á las diferencias que separan unas disposiciones de otras, dentro del lib. 1.° de nuestro Código penal, y como por otra parte su total desenvolvimiento nos parece algún tanto defectuoso en cuanto al orden lógico y natural de sus diferentes partes, conceptuamos necesario hacer un brevísimo resumen de sus doctrinas, siguiendo el método que el Legislador emplea, con el fin de investigar á continuación si dicho

método es todo lo racional que pudiera ser, aun conservando íntegros todos los preceptos de la Ley.

Tiene por epígrafe, según queda dicho, el libro 1.° del Código penal, el siguiente: «Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas», y meditando sobre el pensamiento que encierran estas palabras, fácilmente se comprende que abarcan, en su generalidad, todos los objetos propios de una Ley penal. En efecto, fuera del delito, la persona responsable y la pena nada hay que sea propio de un Código de esta naturaleza: diremos más, los objetos exclusivos de toda Ley penal pudieran presentarse todavía de una manera más circunscrita de lo que aparecen en el mencionado epígrafe, porque juzgamos que al hablar del *delito* ya se sobreentiende que se habla también de la persona responsable, porque no se concibe delito sin delincuente, ó sea persona que le perpetre. Todo el Derecho penal, lo mismo en el terreno *constituyente* que en el *constituido*, tiene estos dos exclusivos objetos: el delito y la pena. Parecería, por tanto, oportuno que el repetido epígrafe se escribiese con esta fórmula, mucho más sencilla y concisa á nuestro entender: «Disposiciones generales sobre el delito y la pena». Según se advierte prescindimos también en ese epígrafe de mencionar las faltas, por cuanto, según dicho queda, la idea fundamental de la falta no se diferencia en sus notas generales de la del delito.

El título 1.° se ocupa: «De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad

criminal, la atenúan ó la agravan,» y en sus cuatro capítulos desenvuelve las cuatro ideas que dicho epígrafe contiene. En el capítulo 1.°, que trata de los delitos y faltas, se comienza dando la definición legal de estas infracciones, que ya sabemos que es la misma: á continuación se dan ciertas reglas respecto á la interpretación de la voluntad, llamando notablemente la atención en consignar en general que se incurre en responsabilidad por el que ejecuta voluntariamente un delito, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.

Entre las disposiciones de este capítulo se hallan las referentes á consignar: que no solamente es punible el delito consumado sino también el frustrado y la tentativa; y que la proposición y la conspiración solamente serán punibles en los casos en que la Ley especialmente castigue estas situaciones. Figura además en este capítulo la división de la totalidad de las acciones punibles en los tres grupos de que dejamos hecho mérito, y termina manifestando no estar incluídos dentro del Código todos aquellos delitos que se castigan por leyes especiales.

El capítulo 2.° trata «De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal,» mencionando al imbécil y al loco, al menor de nueve años, al mayor de esta edad, pero menor de quince, y continuando refiriéndose á los que están exentos de responsabilidad criminal, establece las condiciones indispensables para este fin respecto á los que obran

en defensa de su persona ó derechos, ó de los parientes (dentro de ciertos límites), ó de los extraños; ocupándose también de los requisitos que para dicha exención de responsabilidad criminal son necesarios, ya cuando se ejecutan hechos que causen daños en propiedad ajena, ya cuando se ejecutan acciones lícitas, que sin embargo son productoras de daños. Menciónanse además entre las circunstancias eximentes las de obrar físicamente violentado ó moralmente cohibido; la de obrar cumpliendo un deber; obedeciendo mandatos obligatorios, y por último, incurriendo en omisiones por impedimento insuperable ó legítimo.

Trata el capítulo 3.° «De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.» Comienza consignando que pueden considerarse como tales todas las eximentes por faltarles algunos de los requisitos indispensables para producir la exención; y después de tan general precepto especifica como atenuantes, la menor edad entre los quince y los diez y ocho años; la falta de intención de causar un mal tan grave como el producido; la provocación inmediata y previa; la vindicación de ofensa grave y próxima; la embriaguez, con ciertas condiciones; los poderosos estímulos productores naturalmente de obcecación y arrebato. Por último, no seguro el Legislador de haber concedido fuerza de disculpa á todos los motivos que pudieran tenerla, concede á los Tribunales facultad para considerar como atenuantes, además de las expresadas en la

Ley, cualesquiera otras circunstancias que guarden analogía y sean de la misma entidad que aquellas.

Tiene por epígrafe el 4.° capítulo «De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.» Como tratándose de motivos agravatorios no podía ni debía la Ley conceder latitud al arbitrio judicial para considerar digno de semejante calificativo nada que no estuviere incluído terminantemente dentro del texto expreso, tuvo que ser en este punto todo lo minucioso posible, por cuya razón se explica que los accidentes de agravación aparezcan en la Ley en número de veintitres, al paso que sus contrarios, los motivos de disculpa, aparecen, á primera vista, solamente en número de ocho.

Entre esas veintitres circunstancias agravantes encontramos algunas que, según dice el Legislador, pueden tener una especie de doble carácter, puesto que podrán, en ocasiones, servir para disculpar, y en otras para agravar la responsabilidad criminal: esas circunstancias á que aludimos son las relativas á los hechos realizados entre parientes, y á los llevados á cabo por medio de la imprenta ó cualquiera otro medio mecánico de publicación. También entre esas circunstancias encontramos algunas que, según manifestación expresa de la Ley, no pueden referirse ni recaer sino en ciertos y determinados delitos; al paso que otras pueden hacer relación y referencia á cualquier género de culpa: ejemplo de las primeras lo encontramos en la alevosía, respecto á la que taxativamente dice la Ley,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que no puede referirse más que á los delitos que se cometen contra las personas: ejemplo de las segundas le vemos en la reincidencia, y en la de haber sido anteriormente castigado el culpable por otros delitos, con ciertas limitaciones.

Pasa después la Ley á ocuparse en el título 2.° «De las personas responsables de los delitos y faltas.» Contiene este título dos capítulos, y trata el primero «De las personas responsables *criminalmente* de los delitos y faltas.» Contiene este capítulo la clasificación de dichas personas, según su mayor ó menor identificación con la obra del delito, en los tres grupos de *autores, cómplices* y *encubridores,* consignándose el principio de que dichas personas responden de los delitos, y solamente los dos primeros grupos de las faltas. Se preceptúa además otra excepción notable por lo que se refiere á los delitos cometidos por medio de la imprenta, pues dice el Legislador, que de estos delitos sólo responden los autores; si bien, á continuación, dice quiénes han de considerarse autores con relación á este particular, dando á la palabra una extensión mucho mayor que la que tiene en otros casos.

Respecto á los cómplices manifiesta, que se consideran tales los que, no mereciendo el calificativo de autores, prestan su cooperación al delito, por actos anteriores ó simultáneos.

Hablando de los encubridores marca las condiciones generales y comunes á todo encubrimiento, detallando después las particulares de cada especie.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Esas comunes condiciones son: el conocimiento de la perpetración del delito, no haber intervenido en él con la superior responsabilidad de autor ó de cómplice, y por último ejecutar, con posterioridad á la perpetración del delito, cualesquiera de los hechos que marca dicha Ley, y que revelan que el individuo se identifica, en lo que cabe, con la obra ejecutada.

El capítulo 2.° trata «De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.» Después de consignar la regla general de que toda persona responsable criminalmente de un delito debe serlo también civilmente, se fija en varias personas que, no obstante estar exentas de aquella responsabilidad, no deben estarlo de ésta. Menciona además la responsabilidad subsidiaria que debe recaer en lo civil, respecto á varias personas que no la tienen en lo criminal: v. g., los posaderos por los delitos que se hubieren cometido en sus establecimientos, siempre que haya por su parte ó de sus dependientes infracción de reglamentos de policía.

Tales son, indicadas en brevísimo resumen, las principales disposiciones de nuestra Ley penal en esta parte (1).

---

(1) Conforme al método de enseñanza que vengo observando constantemente durante los años en que desempeño la Cátedra de esta asignatura, dedico los primeros días de curso á recorrer á grandes rasgos toda la materia del libro 1.°, con cuya preparación se consigue el resultado de que los alumnos puedan adquirir un concepto sintético bastante completo de la referida materia. Sin esta preparación previa estas lecciones serían pesadas y difíciles.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 4.ª

Método conforme al que se desenvuelve en el libro 1.º del Código la materia de la penalidad.—Partes Científica y Artística.

De esta materia se ocupa el título 3.º que lleva por epígrafe «De las penas», procurando estudiarse cuanto forma su naturaleza en sus diferentes capítulos, muchos de ellos divididos en secciones, y alguno colocado muy fuera de lugar, pero no es momento oportuno de demostrarlo por ahora, porque nos estamos circunscribiendo á presentar tan sólo una sucinta reseña analítica.

El capítulo 1.º establece algunas disposiciones generales, ya como garantías á los delincuentes respecto á las penas, ya respecto á la retroactividad de la Ley penal en lo favorable, ya garantías también á los procesados, en tanto no son declarados delincuentes, respecto á quienes se considera, que ciertas molestias indispensables que se les hace sufrir, no deben tener carácter de penas; asimismo en dicho capítulo se establece la regla general de que toda acción penal es pública.

En el capítulo 2.º se contiene la clasificación de todas las penas que el Legislador establece, en

cuya clasificación figuran los cinco grupos de aflictivas, correccionales y leves, comunes y accesorias, cuyos cinco grupos vienen á reducirse á los tres primeros.

El capítulo 3.° trata de estudiar la naturaleza de parte de las penas comprendidas en la escala general, si bien alguna de las secciones en que este capítulo se divide se refiere á más penas de las comprendidas en otra de dichas secciones.—Tiene tres este capítulo; la primera habla de la duración de las penas, y claro está que sólo puede referirse á aquellas con relación á las que el tiempo hace más ó menos grave la molestia que cause su imposición.—En la sección 2.ª, bajo el epígrafe de «Efectos de las penas según su naturaleza respectiva» se estudian los que producen algunas penas tan sólo, de manera que en virtud del contenido de esta sección sólo averiguamos en qué consiste la naturaleza de algunas penas.—Por último, en la sección 3.ª se estudia el complemento de la naturaleza de las penas, marcando las que como accesorias vienen á formar dicho complemento, con relación á las que como principales se hubiesen impuesto á los delincuentes. Se habla en esta sección, no sólo de las penas que como accesorias siguen á otras de naturaleza conocida, ya por el estudio de la sección anterior, sino de otras cuya naturaleza no ha estudiado el Código todavía.

En el capítulo 4.° encontramos disposiciones que

no se relacionan lógicamente con las del capítulo 3.°, ni con las del 5.°, razón por la que, aun para seguir paso á paso las doctrinas del Código, nos vemos obligados á hacer una pequeña digresión.

Por las indicaciones que dejamos hechas, por lo que llevamos analizado de la materia de nuestro Código, y por lo que nos resta analizar, hemos visto y veremos que este libro primero presenta un desenvolvimiento científico de la materia penal, estudiando la criminalidad y culpabilidad bajo un punto de vista general y abstracto. El estudio, bajo este concepto, de todos los aumentos y disminuciones, por decirlo así, que puede sufrir la idea típica del delito, carecería de aplicación, y no produciría los resultados que está llamado á producir, si los principios científicos consignados en el repetido libro primero, no fuesen seguidos de ciertas reglas artísticas que en la práctica están llamadas á ofrecer ventajosas consecuencias, simplificando notablemente la obra de la Ley en la parte dispositiva práctica. Aclaremos estas ideas.

Contiene nuestro Código en su libro primero una parte que podemos llamar científica, y otra que podemos calificar de artística.—En la primera, como llevamos dicho, y no recelamos repetir, se sientan los principios á que obedecen todas las variantes que puede sufrir la idea de culpabilidad y delincuencia; y en la segunda se dan reglas para descender ó ascender en la idea de la penalidad, guardando la posible armonía con los descensos ó

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ascensos naturales de la culpabilidad. De estas reglas trata principalmente el capítulo 4.°

Decíamos hace poco que este punto de nuestra ley simplificaba notablemente la parte dispositiva práctica, y aunque no sea más que como una ligera indicación, por ahora, debemos decir por qué.—Supuesto que todo delito puede considerarse no sólo como consumado, sino también bajo el aspecto de frustrado y tentativa, en cuyas diversas situaciones pueden haber intervenido autores, cómplices ó encubridores, pudiéndose considerar además en todos estos casos la consiguiente modificación debida á los accidentes que se llaman circunstancias atenuantes ó agravantes, claro está que con referencia á cualquier delito se presentan una porción de situaciones más ó menos criminales. Si de una vez para siempre se marcan los descensos que en la idea de la penalidad ha de producir la gradación de esas situaciones, no habrá para qué señalarles penas especiales al hablar de cada especie de delito en concreto, resultando muy simplificada la Ley. Se trata, por ejemplo, del delito de homicidio. No existiendo en la Ley el mecanismo á que estamos aludiendo, necesitaría el Legislador señalar una pena para el autor de ese delito consumado, otra para el cómplice, otra para el encubridor, otra para el autor de frustración, otra para su cómplice, y así sucesivamente. Y lo mismo que acontecería con relación á este delito, acontecería con todos los demás. Pero en virtud de reglas generales que se contienen

en este capítulo 4.°, aplicando las penas á su tenor, se ahorra la Ley multitud de repeticiones, y el señalamiento de multitud de penas.

Lleva por epígrafe el capítulo 4.° «De la aplicación de penas,» y encuéntrase en él, como hemos dicho, la parte artística de nuestro Código, si bien contiene algunas disposiciones que á dicha parte estrictamente no se refieren.—Divídese dicho capítulo en tres secciones.—Contiene la primera las reglas para la aplicación de penas para el caso en que el delito realizado sea distinto del que se había propuesto realizar el culpable, y otras reglas para la misma aplicación, teniendo en cuenta los pasos recorridos en la senda del delito y la parte más ó menos íntima que distintas personas hayan tomado en la obra criminal. Termina dicha sección con una especie de comentario legal, para evitar las dudas á que pudiera dar lugar en la práctica las reglas que deja establecidas.—La sección 2.ª establece reglas, ya generales, ya excepcionales para la aplicación de penas, teniendo en cuenta los diversos accidentes que pueden concurrir en la obra criminal.—La sección 3.ª habla de la acumulación de penas, por efecto de la acumulación de delitos, indicando el orden sucesivo en que aquellas han de cumplirse, y procurando templar en cuanto á la penalidad el rigor estricto de la lógica, que parece exigir que por cada delito se cumpla una pena. Otras disposiciones de distinto carácter contiene esta sección, cuales son las que se refieren al agrupamiento de

las penas, como si dijéramos, por familias, en las escalas que se llaman graduales, estableciendo por último una tabla demostrativa de la división de cada una de las penas temporales en tres períodos iguales, que denomina grados máximo, medio y mínimo.

Terminada la digresión á que nos obligó el capítulo 4.° del título 3.° del libro 1.° de nuestro Código penal, cuyo pensamiento vamos siguiendo paso á paso, debemos continuar nuestra sucinta reseña analítica.

Tiene por epígrafe el capítulo 5.°: «De la ejecución de las penas y de su cumplimiento,» ocupándose el Legislador en esta parte en manifestar lo que constituye y forma la naturaleza de algunas penas, pues á pesar de la generalidad con que aparece formulado dicho epígrafe, en virtud de cuya generalidad parece como que se iba á tratar de todas las penas establecidas en el Código, solamente se habla de algunas, como veremos luego.—Este capítulo está dividido en tres secciones. En la primera se contienen disposiciones generales como garantía á los delincuentes, y también respecto á los que caen en estado de locura ó imbecilidad antes ó después de haber empezado á cumplir sus respectivas condenas. En la sección 2.ª se estudia en qué consisten y cómo se ejecutan varias penas que se imponen como principales; pero no todas las que pueden imponerse con tal carácter, como decíamos poco há. En efecto, sólo trata la Ley, en esta sección, de las penas de muerte, cadena, pre-

sidio, reclusión, prisión, arresto, relegación, extrañamiento, confinamiento, destierro y reprensión. En la sección 3.ª, pretendiendo hablar de la ejecución de las penas accesorias, solamente se menciona la degradación.

Habiendo tratado hasta el presente nuestro Código del delito en general, de las personas responsables del mismo y de las penas, parece haber agotado la materia penal, por cuanto no encontraremos en ella nada que no haga referencia, ó bien al delito, al delincuente ó á la pena. Pero en el libro que estamos analizando, encuéntranse, además de los tres títulos que dejamos examinados como correspondiendo á los objetos referidos, otros tres títulos todavía, pudiendo nosotros presumir en virtud de estas indicaciones: que, ó no pertenecen las disposiciones que contienen de una manera estricta al libro 1.° del Código, ó que su contenido, (siendo propio de la parte dispositiva fundamental), en otros lugares debería tener oportuna colocación.

El título 4.° se ocupa de la responsabilidad civil en un solo capítulo, cuya responsabilidad comprende para el Legislador la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, marcándose la extensión que ha de darse á cada una de estas ideas, y estableciéndose responsabilidades solidarias dentro de cada grupo de personas responsables y subsidiarias de unos grupos con relación á los otros.

El título 5.° trata: «De las penas en que incurren

los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo.» Divídese este título en dos capítulos, en los que se trata respectivamente de cada uno de los dos pensamientos que encierra el epígrafe que acabamos de citar. Hubiera podido el Legislador omitir este título, ya porque alguna de sus prescripciones no debería existir en el Código, ya porque otras están fuera de lugar; pero no es momento oportuno el presente para desenvolver esta idea, y sólo debemos indicar que en los dos artículos que comprende el capítulo 1.° se establecen: en el uno condiciones generales que deben concurrir en gran parte de los quebrantamientos de sentencias para castigar este hecho más ó menos severamente, y en el otro artículo se establecen reglas para la imposición de penas, consideración habida á la naturaleza de la sentencia quebrantada. El capítulo 2.°, en su artículo único, viene á establecer la doctrina de considerar como una circunstancia agravante el delinquir después de haber sido condenado el delincuente por sentencia firme, ya la esté ó no cumpliendo. Como decíamos, todo el título de que nos estamos ocupando debería desaparecer, insistiremos en el examen general de sus doctrinas cuando tengamos que decir en qué lugar debería encontrar colocación oportuna.

El título 6.°, y último del libro 1.°, se ocupa en un solo capítulo de la extinción de la responsabilidad penal, marcando los medios de verificarse la extinción dicha, que son: la muerte del reo, el

cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, el perdón del ofendido en ciertos casos excepcionales, la prescripción del delito y la de la pena, marcando los requisitos que han de concurrir para que estas prescripciones puedan verificarse.

LECCIÓN 5.ª

Método que debería seguir racionalmente el libro 1.º del Código en el desenvolvimiento de la culpabilidad.

Conocido, aunque sucintamente, el método conforme al que el libro 1.º de nuestro Código desenvuelve la materia que forma su contenido, debemos ocuparnos ahora del plan conforme al que la referida materia debería ser tratada, á nuestro juicio.

Asunto es el que nos proponemos en este momento de importancia suma. Toda cuestión de método es de alta trascendencia en el estudio de las ciencias, porque si estas, para que en realidad merezcan el calificativo de tales, han de presentar un conjunto de doctrinas sistemáticamente ordenadas, no puede ser indiferente el encadenamiento y relación de unas doctrinas con otras. En efecto: toda ciencia no solamente arguye la necesidad de principios fundamentales sobre que descanse y se apoye como en firme base, sino además trabazón y enlace lógicos entre las verdades

que la constituyen y los problemas que trata de resolver, de tal manera que los unos se desprendan naturalmente de los anteriores, y sirvan á su vez de precedente para los subsiguientes.

Como en este capítulo dejamos dicho, el libro 1.° de nuestro Código penal trata del delito y de la pena en general y en abstracto, desenvolviendo, en sus diferentes prescripciones, todos los asuntos que está llamado á resolver el Legislador sobre tan importante materia. Pero entre sus doctrinas hemos encontrado algunas, que, por referirse estrictamente á los dos objetos indicados, las hemos calificado de *parte científica;* al paso que teniendo en cuenta, que otras prescripciones de la Ley ofrecían una colección de reglas, para hacer aplicación de los principios fundamentales formulados en dicha parte científica, hemos llamado á esa colección de reglas (cuyo pensamiento, aunque ligeramente, hemos indicado) *parte artística.* Teniendo también en cuenta la prioridad con que deben ser examinados en conjunto los principios científicos, antes de estudiar las reglas de arte que de los referidos principios se deriven, claro está que debemos opinar, por razón de método, que al estudio de las reglas para la aplicación de penas á los diversos grados de culpabilidad, debe preceder todo cuanto en el Código se refiere á la misma culpabilidad y á la penalidad.

Haremos por tanto tres grupos de todas las doctrinas que comprende el libro 1.° de nuestro Código penal, en esta forma:—1.° Conocimiento de todo cuan-

to diga relación con la idea de la culpabilidad.—2.° Estudio de cuanto se refiere á la idea de lo que constituye la naturaleza de la pena.—3.° Análisis de lo que hemos llamado parte artística, ó sea reglas para la aplicación de penas.

Ocupándonos desde luego de lo que forma la materia del primer grupo de los tres que dejamos mencionados, esto es, la idea de la culpabilidad de las acciones humanas, bajo el punto de vista del derecho penal, observamos que dicha idea está sujeta al siguiente desenvolvimiento. Puede considerarse toda acción *criminal* teniendo en cuenta, en primer término, las condiciones fundamentales que, por decirlo así, la forman y la constituyen, considerando para esto todo hecho criminal como un conjunto y un tipo dependiente de esas condiciones. Presentada así la idea de la *culpabilidad* en general, se concibe desde luego que esa idea está sujeta á las siguientes variantes, que hacen aumentar ó decrecer, de una manera natural y necesaria, su importancia.

1.ª Mayor ó menor culpabilidad considerando los pasos que en la senda del delito haya recorrido el delincuente.

2.ª Dentro de las situaciones anteriormente indicadas, mayor ó menor culpabilidad también, teniendo en cuenta la participación más *directa, inmediata* y *eficaz*, que diferentes personas hubieran tomado en el hecho criminal.

3.ª Modificación de todas las situaciones criminales mencionadas, atendiendo á los *accidentes* ó cir-

cunstancias accidentales, que sin variar esencialmente la manera de ser de cada una de las situaciones criminales referidas, las presenta, no obstante, como más ó menos graves.

Vemos, por tanto, que todas las doctrinas referentes á lo que hemos llamado *culpabilidad* se condensan en estas cuatro ideas; examen general de lo que constituye la culpabilidad y de las condiciones constitutivas de la misma; aumento ó disminución de la repetida culpabilidad; ya por haberse adelantado más ó menos en el camino del delito; ya por haber participado en su obra con mayor ó menor eficacia; ya por concurrir circunstancias que hagan aparecer la situación criminal agravada ó disculpable.

Nuestro Código penal consagra á la resolución de los problemas que acabamos de mencionar los dos primeros títulos, y, como puede comprenderse por lo dicho, para nosotros esos dos títulos deben refundirse en uno solo, porque no encontramos objetos diferentes en ellos, y solamente distintas consideraciones acerca de un mismo objeto.

Digamos, pues, la forma que nos parece racional y metódica para el estudio de este primer punto.

Partiendo de los precedentes sentados llamaríamos á ese primer título: *de la culpabilidad en general y de las variantes que puede sufrir*. Debería tener este título los cuatro capítulos siguientes, alguno de ellos dividido en secciones.—Capítulo 1.°, «De la culpabilidad en general,» cuyo capítulo comprendería tres secciones: 1.ª, definición del delito; 2.ª, causas de inim-

putabilidad; 3.ª, causas de justificación.—Este capítulo abarcaría los artículos 1.° y 2.° de nuestro Código, y el capítulo 2.° del título 1.° que trata de las circunstancias que la Ley llama eximentes. Explicaremos nuestro pensamiento.

Compréndese como natural y lógico que comience la Ley penal dando una definición dogmática de lo que debe ser para ella el delito, por cuya razón, y sin anticipar ideas que tendrán más adelante su natural desenvolvimiento, admitimos, que en el artículo 1.° de la referida Ley penal, se diga: que es delito toda *acción ú omisión voluntaria* penada por ella. Mas á vuelta de esto, no podemos aplaudir de la misma suerte que continúe el Código ocupándose en los artículos siguientes de materias que deberían formar capítulo aparte, y deje para el siguiente las que llama circunstancias eximentes, cuando éstas son condiciones tan íntimamente unidas con lo que la Ley penal precisa para imponer un castigo, que, según esas circunstancias se presenten ó no, así habrá ó no posibilidad de castigar.

Son las llamadas circunstancias eximentes condiciones de que depende que el delito exista ó no exista, debiendo por tanto estudiarse á continuación de la manera como nos define el Legislador el delito. Examinando una por una esas circunstancias, encontraremos que se refieren á dos conceptos diversos, y por esto opinamos que deben presentarse en dos secciones. Parte de esas circunstancias revelan que el individuo en quien concurren se halla en una situación moral de tal naturaleza, que no es posible imputarle las ac-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ciones que realiza, pues no las ejecuta con plena conciencia. Otras circunstancias presentan, por el contrario, el carácter de que los hechos realizados por la persona le son imputables, por obrar con plena conciencia de lo que realiza, y de las consecuencias que de sus hechos se desprenden. Ejemplo de las primeras lo encontramos en el imbécil, en el loco y en el menor de edad: ejemplo de las segundas lo tenemos en el que causa daños defendiéndose, en el que obra en virtud de obediencia debida y en más circunstancias que la Ley menciona. Con relación á las primeras se dice con propiedad que hay en el agente motivos para que la acción que ejecuta no le sea imputable de modo alguno, mereciendo por consiguiente esas circunstancias, el calificativo de causas de *inimputabilidad:* bajo el influjo de las segundas se explica que un hecho, imputable desde luego, y que á primera vista pudiera aparecer acaso como punible, deje de serlo desde el momento en que se hace notorio que sólo por dichas circunstancias obró el agente, justificándose por ellas lo realizado; llamaránse por tanto, según una nomenclatura científica, *causas de justificación.*

El capítulo 2.° debiera comprender la variante de la culpabilidad, teniendo en cuenta los pasos recorridos en la senda del delito, de cuyo asunto nuestro Código no forma capítulo ni sección aparte, sino que por el contrario trata esta materia, entre otras, en el capítulo 1.°, definiendo y describiendo lo que entiende el Legislador *por proposición, conspiración, tentativa* y *frustración.* Bien merecía esta materia, por formar

un conjunto de doctrinas, generalmente estudiadas por los autores bajo el epígrafe de *generación del delito*, ser tratada aisladamente, y no se diga, en contra de nuestra opinión, que sólo tres artículos de nuestro Código (1) tratan de este asunto, porque mal criterio sería en toda clasificación el atender, al formarla, más bien á las dimensiones de lo clasificado que á su naturaleza é importancia.

En el capítulo 3.° debería estudiarse la manera cómo varía la culpabilidad considerando la participación más ó menos *íntima, directa* y *eficaz* que diferentes personas hubieren tomado en la obra del delito. A este asunto consagra nuestro Código un título aparte (2), con cuyo método no podemos estar conformes, por la sencilla razón de que, como dejamos dicho, no se trata aquí de un asunto que esté separado de los anteriores por una divisoria terminante y clara. De admitir en este particular un título separado, tendríamos que pedirlo también para cuanto se refiriese á lo que suele llamarse *generación del delito*, y que hemos estudiado en el párrafo anterior. Otro defecto, además, nos parece que contiene dicho título como cuestión de método. Dividido el título en dos capítulos, trata el 1.°, según sabemos, *de las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas*, y el 2.° se ocupa *de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas*. Ocasión oportuna se nos ofrecerá para

(1) 3.°, 4.° y 5.°
(2) Título 2.° del libro 2.°

averiguar si el Código penal debiera ocuparse de la responsabilidad civil. Sea de esto lo que quiera, es lo cierto que sólo trata de esta clase de responsabilidad en cuanto puede derivarse y proceder de un hecho criminal, ó aun cuando no mereciendo semejante calificativo de criminal el hecho, esté relacionada la repetida responsabilidad con doctrinas establecidas en el Código penal. Admitiendo, pues, por un momento que de la responsabilidad civil trate nuestro Código penal, en cuanto dicha responsabilidad provenga y se relacione con la penal, este asunto debería ser tratado, á nuestro juicio, después de todas las doctrinas generales del Código, el que bajo cierto punto de vista nos viene á dar la razón, por cuanto después de hablar en el título 3.° de todo lo que juzga oportuno con motivo de la *pena*, vuelve á ocuparse en el título 4.° de la responsabilidad civil. ¿Por qué tratar diferentes aspectos de una misma materia en títulos diversos? ¿Por qué no reunir lo que forma un conjunto de prescripciones? No hay, pues, exagerada crítica, al pretender que el capítulo 2.° del título 2.°, pase á reunirse con lo que el Legislador preceptúa en el título 4.°

En el capítulo 4.° se debería tratar de las circunstancias ó accidentes, que modifican la culpabilidad en cada una de las situaciones estudiadas en los precedentes capítulos. En efecto; en cada una de las situaciones dichas cabe considerar el influjo que sobre ellas arrojen los accidentes que, sin cambiarlas esencialmente, las presentan no obstante como más ó me-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

nos culpables. Como esos accidentes, ó circunstancias accidentales, modifican la culpabilidad, lo mismo en el caso en que la haya mayor ó menor teniendo en cuenta los pasos recorridos en la senda del delito, que cuando se considera dicha culpabilidad con referencia á la participación más ó menos íntima que hubieren tenido diversas personas en la obra criminal, claro está que, en virtud de un procedimiento lógico, debe estudiarse en último término cuanto se refiere á dichos accidentes. Primeramente lo esencial, en segundo lugar lo accidental: á lo modificador debe preceder lo modificable. Por estas razones no juzgamos oportuno, que nuestro Código penal estudie las circunstancias atenuantes y agravantes previamente á la clasificación de persnoas responsables. ¿No puede recaer agravación ó atenuación lo mismo cuando nos referimos á la culpabilidad del autor ó del cómplice, que cuando tratamos de delito frustrado ó de tentativa? Pues si esto es así ¿por qué no estudiar las repetidas circunstancias después de las prescripciones relativas á la complicidad y al encubrimiento? Tampoco asentimos al método del Código tratando esta materia en dos capítulos, opinando, por el contrario, que este punto debe estudiarse en uno solamente, si bien dividiéndolo en dos secciones, división que en otros lugares tiene adoptada la Ley.

Nos fundamos para esto en que se trata, como dejamos dicho, de accidentes que no varían de una manera esencial las distintas situaciones criminales. Se trata de un delito frustrado, pues frustración con-

tinuará siendo el hecho, aun cuando en el acusado concurran circunstancias atenuantes ó bien aparezcan las agravantes. En virtud de razonamientos muy diversos se plantean las doctrinas respecto á los autores y cómplices, que los que sirven para distinguir la frustración de la tentativa. Por el contrario las doctrinas de la atenuación y agravación se fundan, por decirlo así, en dos puntos distintos de un mismo razonamiento.

Para resumir lo dicho, y presentarlo bajo un punto de vista sintético, pondremos á continuación dos pequeños cuadros sinópticos, referentes á la manera como desenvuelve el Código sus doctrinas en el punto que acabamos de tratar, y á la manera como juzgamos más metódico formar dicho desenvolviento.

Método con arreglo al cual presenta el Código desenvueltas sus doctrinas respecto á la culpabilidad.

TÍTULOS.	CAPÍTULOS.
1.° *De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan.*	1.° De los delitos y faltas. 2.° De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal. 3.° De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. 4.° De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.
2.° *De las personas responsables de los delitos y faltas. . . . . .*	1.° De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas. 2.° De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Método conforme al que debería el libro 1.° del Código penal desenvolver la doctrina de la culpabilidad.

TITULOS.	CAPITULOS.	SECCIONES.
1.° *De la culpabilidad en general y de las variantes que en ella pueden ocurrir..*	1.° De la culpabilidad en general.	1.ª Del delito en general. 2.ª Causas de inimputabilidad. 3.ª Causas de justificación.
	2.° De la culpabilidad en consideración á los pasos recorridos en la senda del delito.	
	3.° De la culpabilidad considerando la participación más ó menos directa en la obra del delito.	
	4.° De las circunstancias accidentales que pueden concurrir en toda obra criminal.	1.ª De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. 2.ª De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.

LECCIÓN 6.ª

Método que debería seguir racionalmente el Código en el desenvolvimiento de la penalidad.

En la pág. 38 de este capítulo dejamos dicho que podían reducirse á tres grandes grupos todas las doctrinas que comprende el libro 1.° de nuestro Código penal, destinados á tratar por orden sucesivo la *culpabilidad*, la *penalidad* y la *aplicación general* de la una á la otra. Nos hemos ocupado del primer punto y vamos á tratar del segundo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Si en el método que nuestro Código emplea para desenvolver la idea de la culpabilidad ó delincuencia hemos notado algunos defectos, no los encontramos menores al estudiar la manera como nuestra Ley nos presenta la idea de la pena. El título 3.° del Código penal, está dedicado á este objeto, y, según recordamos, este título para nosotros será el segundo, por cuanto, en vista de los razonamientos que dejamos hechos, los dos primeros títulos los hemos reducido á uno solamente, puesto que en ellos se trata de un mismo objeto.

Al analizar las materias de que se ocupa el título 3.° de nuestro Código, hemos visto que alguno de sus capítulos está muy fuera de lugar por todos conceptos, ya por corresponder á un objeto especial, ya también por dividir asuntos que deben figurar reunidos y agrupados.

Para mayor claridad reduciremos á un cuadro los diferentes capítulos y secciones del repetido título, y con ese cuadro á la vista, podrán fácilmente comprenderse cuantas indicaciones tengamos que hacer.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Método conforme al cual presenta el Código desenvueltas sus doctrinas respecto á la penalidad.

TITULOS.	CAPITULOS.	SECCIONES.
3.º *De las penas.*	1.º De las penas en general.	
	2.º De la clasificación de las penas.	
	3.º De la duración y efectos de las penas.	1.ª Duración de las penas. 2.ª Efectos de las penas según su naturaleza respectiva. 3.ª Penas que llevan consigo otras accesorias.
	4.º De la aplicación de las penas.	1.ª Reglas para la aplicación de las penas á los autores de delito consumado, de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores. 2.ª Reglas para la aplicación de las penas en consideración á las circunstancias atenuantes y agravantes. 3.ª Disposiciones comunes á las dos secciones anteriores.
	5.º De la ejecución de las penas y de su cumplimiento.	1.ª Disposiciones generales. 2.ª Penas principales. 3.ª Penas accesorias.

No parece inoportuno que antes de ocuparse el Código de las diferentes penas que tuvo por conveniente señalar el Legislador, establezca algunas prescripciones comunes á todas ellas, y algunas reglas que sirvan tambi'n de garantía á los delincuentes mismos respecto á la aplicación de los castigos. Como este pensamiento domina lo mismo en los artículos que constituyen el capítulo 1.º, que

en los que forman en la sección 1.ª del capítulo 5.°, opinamos que todas esas prescripciones deben reunirse, porque tienen un carácter común y general. En efecto, tan general nos parece lo que prescribe en el art. 22 en cuya virtud: *No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley anterior á su perpetración*, como lo que preceptúa el art. 99 diciendo: *No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme*. Puede aceptarse pues, el capítulo 1.° con la modificación que acabamos de indicar.

El capítulo 2.° está en su lugar, porque después de los preceptos generales del capítulo 1.° debe figurar el catálogo ó lista de las penas. Al formar esta clasificación pudiera haberse seguido un procedimiento distinto del empleado por el Legislador, quien clasifica las penas, como dejamos apuntado, en los cinco grupos de aflictivas, correccionales, leves, comunes y accesorias, cuyos cinco grupos se reducen á los tres primeros en último resultado, porque las penas comunes pueden ser aflictivas, correccionales ó leves, según los casos, y las accesorias no tienen, por decirlo así, significación propia, sino que sirven para completar la naturaleza de las principales á que se unen en cada caso respectivo.

La clasificación de penas se formó en la ley teniendo en cuenta la división que se dejaba hecha de la totalidad de las acciones punibles, y por esto se comprende que se hayan hecho los

tres grupos referidos, destinados respectivamente para las infracciones llamadas delitos graves, delitos menos graves y faltas.

Pudieran haberse agrupado las penas teniendo más en cuenta su naturaleza, ó sea la clase de padecimiento que cada una de ellas indica. Si á esto hubiera atendido la Ley no figurarían reunidas en un mismo grupo penas de índole muy distinta, como lo demuestra el que en la escala general al lado v. g., de la *cadena y reclusión* encontramos *la relegación y el extrañamiento:* las dos primeras penas nos privan de nuestra libertad encerrándonos, al paso que en las dos mencionadas en segundo lugar para nada figura el encerramiento. Pero teniendo en cuenta que al tratar de las escalas graduales ya se reunen y agrupan las penas por las semejanzas que unas tienen con otras, y que la clasificación de que ahora nos ocupamos obedece, como acabamos de decir, á la división de los hechos punibles, pueden admitirse sin grandes inconvenientes los preceptos de la ley.

Hecha la clasificación de penas conviene estudiar la naturaleza de cada una de ellas, es decir, la clase de padecimientos que trae consigo. Con decirnos el Legislador que la reclusión y el presidio mayor son penas aflictivas, no podemos saber, en vista únicamente de esto, que clase de padecimientos arguyen cada uno de esos castigos. La idea que venimos buscando la encontramos en los capítulos 3.° y 5.° de este título, bajo los epigra-

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

fes: *De la duración y efectos de las penas* (epígrafe del capítulo 3.°) *y de la ejecución de las penas y su cumplimiento* (epígrafe del capítulo 5.°)

Ambos capítulos se proponen un mismo fin, si bien con relación á penas distintas. Este fin es hacernos comprender la naturaleza de las penas. En uno y otro capítulo nos dice la Ley la clase de padecimientos que cada uno de los castigos trae en pos de sí. Si en el capítulo 3.° se trata de penas que traen consigo limitación en el ejercicio de derechos políticos y civiles, y en el 5.° de las que nos privan de nuestra libertad ya encerrándonos, ya impidiéndonos penetrar en ciertos puntos y lugares ó salir de otros, lo mismo en un capítulo que en el otro se averigua en que consisten las penas. De los dos capítulos por tanto conviene hacer uno, bajo este epígrafe: DE LA NATURALEZA DE LAS PENAS.

Pero el defecto que acabamos de indicar en nuestra Ley no es el único de que adolece en cuanto al método, pues en las secciones de esos capítulos, además de alguna que dejamos dicho debería suprimirse, encontramos defectos de colocación.

Tratando la sección 1.ª del capítulo 3.° de la duración de las penas se ocupa, como es natural, de todas las penas con relación á las que el tiempo puede ser un accidente de importancia, refiriéndose por tanto no solamente á las penas de que trata el capítulo en que esta sección figura,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sino también á las que figuran en el capítulo 5.° y de las que no se habla hasta más adelante.

Además, la duración en las penas es un accidente secundario, pues lo que hace considerarlas como más ó menos graves es la clase de padecimientos que las constituyen. Lo que caracteriza el presidio es el encerramiento y los trabajos impuestos al penado: lo que caracteriza la relegación es el envío del penado á Ultramar; pero no sirve para caracterizar estas penas el que pueda la una durar hasta doce años, y que la otra pueda llegar á veinte. Es verdad que una pena es tanto más temible cuanto pueda tener de duración un período más ó menos largo; pero esto es considerando la pena con relación á si misma; pero no considerando unas penas con relación á otras y unos padecimientos con referencia á otros de índole muy distinta. Menos molestias causaría desde luego el cumplimiento de la condena consistente en seis años de destierro, que si dicha condena nos obligase á sufrir seis meses y un dia de presidio correccional.

De la 3.ª sección del capítulo 3.° tenemos que decir también que está fuera de lugar. Se trata en ella de las penas que llevan consigo otras accesorias, y esto constituye también un objeto accesorio dentro de lo que principalmente forme la naturaleza de cada una de las penas. Al estudiar por tanto la naturaleza de cada una de las penas debe indicarse las que como accesorias completan dicha naturaleza, ó bien cuando más, formando una

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

sección que debería estudiarse despues de todo aquello que en primer término constituya en lo que es á cada uno de los castigos.

Para completar estas indicaciones debemos hacernos cargo de una última consideración.

Si bién la lógica exige estrictamente que á cada uno de los delitos se imponga una pena, esta exigencia no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, ya porque la pena se opondría á sus fines, ya también porque no podría cumplirse con ese rigorismo, viniendo á ser risibles los fallos de los Tribunales, imponiendo penas que era imposible en lo humano cumplir. Asi, pues, teniendo un delito señalado v. g., la pena de veinte años de reclusión, no se pueden imponer doscientos años al que haya cometido diez veces ese delito, ó bien otros que tengan señalada pena de la misma duración. La estricta lógica conduciría en este particular á consecuencias inaceptables de todo punto.

Por esto la ley templa estas absurdas consecuencias estableciendo varios preceptos con motivo de lo que se llama ACUMULACIÓN DE PENAS, cuyas doctrinas deben estudiarse á continuación de todo lo referente á la índole de cada uno de los castigos.

Despues de conocer en lo que estos consisten, procede estudiar como se mitigan, teniendo en cuenta lo único que es posible realizar de esos castigos mismos. Forma por tanto parte la doctrina de la acumulación de penas del título en que se estudia la PENALIDAD; pero como el último de sus capítulos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Si en la ley buscamos alguno que se refiera á este objeto no le encontraremos; pero es porque los artículos que deben formar este capítulo se hallan mezclados con otras disposiciones en la sección 3.ª del capítulo 4.° al tratar de las disposiciones comunes respecto á la aplicación de penas.

Resta ocuparnos de las doctrinas referentes al capítulo 4.° del título 3.°, en todo aquello de que no nos hubiésemos descartado como perteneciendo á otros lugares.

Trátase en este capítulo, como hemos dicho, de la parte artística de la Ley, cuyo tratado merece, por lo menos, un título separado, ya que no hagamos una parte completamente distinta, para lo cual no faltarían razones. Sea una parte de toda la materia del libro 1.°, sea un título dentro de ese libro, el caso es que el asunto que nos ocupa merece y reclama ser tratado con independencia y separación, y no como lo trata el Código, considerándolo solamente como uno de tantos capítulos de un título.

Este capítulo comprende tres secciones en nuestra Ley, y tres secciones debe comprender también á nuestro juicio; pero nos parece racional invertir el orden de colocación de las referidas secciones, pues colocaríamos como primera la que figura como tercera, pasando por consiguiente á ocupar la primera el número dos y la segunda el número tres.

La razón es sencillísima. La sección 3.ª contiene según dice su epígrafe, disposiciones comunes á las dos secciones anteriores; pero estudiadas esas

disposiciones, no solamente se comprende son comunes á dichas secciones sino que además son previas, porque en vano trataríamos de comprender los preceptos de las secciones restantes si antes no adquirimos conocimiento de lo que en dicha sección se ordena. Las dos primeras secciones del capítulo están destinadas á dar reglas para los descensos de la *penalidad* teniendo en cuenta las variantes de la *culpabilidad;* pero estos descensos se verifican en las escalas llamadas graduales, cuyo mecanismo no se estudia hasta la sección 3.ª, con lo cual nos parece demostrar la prioridad que debe tener sobre las otras dos en un orden racional y verdaderamente metódico.

Obedeciendo al mismo sistema que hemos adoptado en el estudio de la culpabilidad, pondremos á continuación un cuadro que sirva para demostrar, con un sencillo golpe de vista, el método que conceptuamos racional en el estudio de la penalidad, cuadro deducido de cuanto dejamos consignado.

Método conforme al que podria estudiarse la materia de la penalidad.

TITULOS.	CAPITULOS.	SECCIONES.
2.° *De la penalidad. . . .*	1.° De las penas en general.	
	2.° De la clasificación de penas.	
	3.° De la naturaleza de las penas.	1.ª De la clase de padecimientos que cada pena trae consigo. 2.ª De las penas que como accesorias completan la naturaleza de otras. 3.ª De la duración de penas.
	4.° De la acumumulación de penas.	
3.° (1) *De la aplicación de las penas. . . . .*	1.ª Disposiciones generales.	
	2.ª Reglas para la aplicación de penas á los autores de delito consumado, de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores.	
	3.ª Reglas para la aplicación de las penas en consideración á las circunstancias atenuantes y agravantes.	

Nos resta, para completar el examen metódico que venimos haciendo del libro primero de nues-

(1) Téngase presente lo que más adelante diremos respecto á la extinción de la responsabilidad penal. En el caso de incluirse en el Código penal el asunto de este título, debería tratarse en tercer lugar, pasando á ocupar el núm. 4.° el título de aplicación de penas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tro Código, fijarnos en los tres últimos títulos que comprende siendo necesarias pocas consideraciones acerca del particular, por cuanto lo que tenemos que decir con este motivo es fácilmente comprensible.

Esos tres títulos, que llevan los números 4.°, 5.° y 6.° se refieren por su respectivo orden á la responsabilidad civil; á las penas que incurren los que quebrantan las sentencias ó durante una condena delinquen de nuevo; y á la extinción de la responsabilidad penal.

Podría, según creemos, desaparecer el segundo de los dos mencionados títulos, ó sea el quinto del libro primero, porque la materia de que se ocupa tiene su lugar propio en otros tratados del Código.

Tiene dos capítulos este título, según sabemos. En el primero se trata de las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias, respecto á cuyo particular diremos: ó ese hecho constituye un delito ó no: si lo constituye debe tratarse esta materia en el libro segundo del Código como lugar oportuno; pero si el quebrantar una sentencia no reune condiciones para que pueda calificarse como un hecho culpable, no puede ni debe figurar en ningún libro de nuestra Ley penal.

Respecto á los que durante una condena delinquen de nuevo, no hay razón para creer deben, los que en tal situación se hallen, reclamar disposiciones especiales y un capítulo aparte en nuestro Código. Al tratar de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes, y al sentar los preceptos

equitativos respecto á la acumulación de penas, es en donde deben figurar las disposiciones oportunas para todos los casos que no son otra cosa que diferentes aspectos de una misma cuestión. Lo principal para formar en este punto idea de la culpabilidad es averiguar si la reincidencia y la reiteración constituyen accidentes agravatorios, siendo accesorio que la comisión de nuevos delitos se verifique estándose cumpliendo una condena.

El título 6.° trata de la extinción de la responsabilidad penal, asunto que nos parece propio de la Ley de enjuiciamiento criminal; pero desenvuelto en el Código debería tener colocación previa á cuanto se refiera á responsabilidad civil.

De esta última responsabilidad hay quien opina, con atendibles razones, que tampoco debería ocuparse el Código penal por ser asunto de la exclusiva competencia del civil.

Pero debe tenerse en cuenta que del delito no solamente se deriva la responsabilidad criminal sinó tambien la civil, y como al tratarse de aquella se fija la clasificación de las personas que deben responder de los hechos, y esta clasificación filosófica es una base aplicable también á lo civil, y de la que se obtienen consecuencias para demostrar porque debe haber personas responsables solidaria y subsidiariamente, son todos estos motivos que explican se ocupe el Código de la responsabilidad civil; pero bajo el único concepto de que esa responsabilidad sea proveniente ó esté enlazada con lo criminal,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Debemos por último hacer dos indicaciones. Primera: ocupándose, bajo el concepto dicho, el Código penal de responsabilidad civil, debe tratarse esta materia agregada despues de haberse ocupado de la que verdaderamente y sin disputa constituye su objeto propio. Segunda: cuanto diga la Ley penal acerca de la responsabilidad civil debe figurar reunido, y no insistimos en esto porque de ello nos hemos ocupado ya.

LECCIÓN 7.ª

Proyecto de reforma del Código penal de 29 de Diciembre de 1884.—Examen del plan del libro 1.º de dicho proyecto, y de algunas de sus principales prescripciones.—Breve examen del proyecto de Ley de bases últimamente presentado.

Conocido el plan de nuestro Código en lo referente al libro 1.º, podía parecer natural en este lugar un ligero examen, y á grandes rasgos, de las reformas que en dicho libro contienen los proyectos que citados quedan en la lección 2.ª Nos limitaremos, no obstante, al del Sr. Silvela, ya por ser el que en el plan difiere más del Código vigente, ya también porque el del Sr. Alonso Martinez puede considerarse como definitivamente retirado desde el momento en que dicho señor presentó el nuevo proyecto de Ley de bases, acerca del cual poco puede decirse en tanto no se termina su discusión en el Congreso dado caso que llegue á discutirse.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Respecto al proyecto de 31 de Enero de 1881 no introducía modificaciones de importancia en el libro 1.°, y además, habiendo fallecido su autor el Sr. Bugallal, no es de presumir que se reproduzca, ni aun modificado.

Por lo que manifestado queda en lecciones precedentes se comprende perfectamente la importancia y trascendencia que encierra la cuestión de método en el desenvolvimiento de las doctrinas del libro 1.° del Código penal, cuyo método en el vigente adolece, según se ha demostrado, de varios defectos de no escasa importancia. Este punto es uno de los que ha llamado principalmente la atención del autor del proyecto de reforma, y en verdad que las modificaciones propuestas, en cuanto al método citado, revelan un detenido estudio de la materia, presentándola simplificada en alto grado, como lo prueba á primera vista ya la reducción de títulos, con cuya reducción estamos completamente de acuerdo, pues coincide en varios puntos con opiniones que aparecen consignadas en las lecciones 5.ª y 6.ª, al tratar del método que racionalmente debería seguir el Código penal vigente en el desenvolvimiento de las doctrinas que forman el contenido del primer libro. En prueba de lo dicho basta consignar, como ejemplo, que los dos primeros títulos se reducen á uno sólo; que el estudio de la pena se hace en el título 2.°; y que á continuación —en el título 3.°— se estudia lo referente á la parte artística; que desaparece el actual título 5.° pasando sus doctrinas

á lugares oportunos; que á continuación, en el título 4.°, se trata de la responsabilidad penal; y que en el 5.° y último, al ocuparse del proyecto de la responsabilidad civil, se comprende en sus prescripciones todo cuanto á esta materia se refiere, reuniendo preceptos que en el Código vigente andan diseminados, según dicho queda.

Previamente á las doctrinas del libro 1.° contiene el proyecto la novedad de un título preliminar, en el cual se ven reunidos muchos preceptos del Código vigente que tienen en realidad el carácter de preliminares, varios de los que, en el método que en la lección 6.ª presentábamos como racional para el estudio de la pena, consignábamos que tenían natural cabida en el capítulo 1.° de aquel título, por ser disposiciones generales de conocimiento previo.

Contiene además ese título preliminar del proyecto algunos preceptos que constituyen una verdadera novedad, y que no tienen concordancia en el Código vigente, cuyos preceptos responden al fin de señalar —según se dice en el preámbulo— los casos en que los delitos están sujetos á las disposiciones del Código, según la nacionalidad de su autor, la índole del hecho, el lugar y las personas contra las que se ha cometido, consideración para este efecto de buques extranjeros y nacionales, inmunidades diplomáticas, y relación con las legislaciones extranjeras.

Para que se pueda juzgar fácilmente el método á que obedece el proyecto en el desenvolvimiento

de sus doctrinas, será útil presentarlo en forma de cuadro, de igual manera que hemos hecho en ocasiones análogas.

TÍTULO PRELIMINAR.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULOS.	CAPÍTULOS.
1.º Acciones y omisiones punibles y personas criminalmente responsables. . . .	1.º Acciones y omisiones punibles. 2.º Personas responsables criminalmente. 3.º Causas eximentes de responsabilidad criminal. 4.º Circunstancias que atenúan ó agravan la responsabilidad criminal.
2.º Penas.	1.º Clasificación, división y duración de las penas. 2.º Ejecución y efectos de las penas, según su naturaleza. 3.º Circunstancias que suspenden la ejecución de las penas ó modifican sus efectos. 4.º Modo de graduar las penas.
3.º Relación entre los delitos y las penas.	1.º Penas correspondientes á las personas responsables según los estados del delito. 2.º Penas correspondientes á las personas responsables de los delitos en atención á las circunstancias atenuantes ó agravantes. 3.º Reglas para la aplicación de las penas en los casos de la acumulación de delitos, reincidencia ó quebrantamiento de condena. 4.º Disposición especial sobre los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicación.
4.º Extinción de responsabilidad penal.	
5.º Responsabilidad civil nacida de los delitos y faltas.	

Definición legal del Delito. Propone el proyecto una modificación en este particular de trascendencia en el fondo, aunque sencilla en la forma, diciendo que: *son delitos ó faltas las acciones y omisiones penadas por la Ley y ejecutadas con malicia*, cuya última palabra viene á sustituir la de *voluntarias* que emplea el Código vigente.

La fórmula que usa nuestro Código exige, por parte de los Comentaristas, largas y minuciosas explicaciones para fijar el sentido y alcance de la palabra *voluntad*, y ha dado margen á muchos debates jurídicos, y á no pocas sentencias —contradictorias á veces— por parte de los Tribunales, razones que abonan la variación proyectada.

Frustración y tentativa. Mantiénese en el proyecto de Código que nos ocupa la misma distinción que en el vigente respecto á los estados del delito, ó sea la tentativa y frustración, considerando este último estado, según se comprende, como situación criminalmente distinta del delito consumado.

Al mantener el proyecto esta distinción, demuestra de una manera patente que no han penetrado en él las doctrinas de la escuela espiritualista, no obstante haberse consignado en el preámbulo, que al ocuparse de este punto el repetido proyecto se concedia más importancia á dicho elemento espiritualista que la que se le concede en el Código de 1870. Nos inclinamos á creer que, por el contrario, aún se otorga menor importancia al elemento psiquico en la forma proyectada, por cuanto al des-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cribir la tentativa, y en el segundo de los dos casos que con este motivo se mencionan, se hace referencia á una situación que, conforme á la interpretación del Código actual, se calificaría siempre de delito frustrado. En prueba de ello citaremos el segundo caso aludido de tentativa en el proyecto, que dice así: *Cuando el culpable, con intento de cometer el delito, ejecuta todos los actos necesarios, á su juicio, para realizarlo, y estos no lo producen por ser ineficaces por su naturaleza para producirlo.*

Esta situación, según queda dicho, no podría menos de ser considerada como delito frustrado, conforme á los preceptos vigentes, sanamente interpretados, por cuanto el culpable había realizado todos los actos de ejecución que consideraba indispensables para consumar su propósito; y no tan sólo con arreglo al Código de 1870, sino también al de 1850 se consideraría el caso que nos ocupa como delito frustrado, porque como tal consideraba esta Ley aquel en que el culpable hubiera *hecho todo lo que estaba de su parte* para consumar el delito. Así, pues, conforme á los preceptos lo mismo del Código actual que del anterior, se califica y calificaba de delito frustrado el hecho de aquel que, por ejemplo, habiendo decidido envenenar á una persona, y después de preparar todos los medios conducentes á la realización de su maléfico propósito, le suministra una sustancia inofensiva, creyéndola, en su equivocado juicio, un activo veneno, ó bien propinándole un verdadero veneno, que no produce en el escogido para víctima

el apetecido resultado, por estar su naturaleza habituada al uso de aquella sustancia.

Respecto á la conspiración y proposición para cometer un delito no varía el proyecto los preceptos de la Ley vigente más que en un punto, cuya variación no merece aplauso por cierto, pues ha resucitado una disposición del Código de 48, abolida ya en el año de 1850, y cuya crítica se hará en el lugar oportuno. En virtud de ese resucitado precepto se prescribe, que quedarán exentos de pena los reos de conspiración ó proposición para cometer un delito, con tal que desistan de ella, revelando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haberse incoado el procedimiento.

Personas responsables criminalmente. En lo concerniente á personas responsables criminalmente de los delitos y faltas, se introducen en el proyecto notables modificaciones, algunas de las que revelan un detenido estudio de la materia, mereciendo varias completo aplauso, porque están inspiradas en doctrinas más espiritualistas que las disposiciones concordantes del Código vigente. Tiene sin duda alguna esta tendencia cuanto se refiere á los que se consideran autores por inducir directamente á otros á ejecutar un delito, siempre que la inducción, por su naturaleza y condiciones, pueda ser eficaz para determinar el agente, *aunque el delito ó falta no llegue á cometerse por causas ajenas á la voluntad del que indujo.*

Este último pensamiento demuestra con toda cla-

ridad que ha prescindido el Legislador al formularlo del elemento material en el delito, dando la importancia, que realmente tiene, al mal moral. En virtud de tal prescripción se concibe la imposibilidad de que haya un autor sin hecho material que corresponda ni en poco ni en mucho á sus deseos criminales, y un ejemplo de esto le veríamos en el que indujo á otro á cometer un asesinato, pagando previamente el todo ó parte del precio estipulado, de cuyo asesinato hubiese desistido voluntariamente el que debía perpetrarle.

Repetimos nuestra conformidad con el referido pensamiento del proyecto de Código, que no se armoniza en verdad con la extensión dada á la idea de la tentativa que poco hace criticamos.

Otra reforma de trascendencia en esta parte, y que contiene una verdadera novedad, es la que consiste en suprimir en la lista de las personas criminalmente responsables á los encubridores, teniendo, sin duda, en cuenta las dificultades con que nuestra Ley vigente tuvo que luchar al establecer el alcance legal de estas personas, según se verá al ocuparnos de esta materia en el lugar correspondiente.

No se crea por lo dicho que del encubrimiento se hace caso omiso en el proyecto, porque á esta materia se dedican disposiciones especiales (1), considerándolo como una especie de delito.

---

(1) Libro 2.º, tít. 5.º, cap. 6.º

Escala general de penas. Aparece simplificada de una manera notable la lista general de los castigos en el proyecto, lo cual es digno de aplauso, por cuanto las aspiraciones del Código vigente, y mucho menos las del anterior, no pueden ni podían satisfacerse, por la imposibilidad de crear una multitud de establecimientos penitenciarios distintos, si habían de cumplirse en establecimientos penales diferentes tantas penas de privación de libertad con encerramiento como son las que figuran en dichos Códigos. Suprímense en el proyecto las dos penas de cadena, perpetua y temporal, y una vez suprimidas pudiera también desaparecer el presidio, que continúa no obstante figurando en el repetido proyecto, en el cual figura también la pena de muerte. Respecto á las penas perpetuas de reclusión y relegación se limita —del mismo modo que en el Código vigente— el tiempo que deben durar á treinta años, añadiéndose que el expediente de indulto se instruirá de oficio ó á instancia de parte al cumplirse aquel término. Se marca también, que cuando las penas de privación de libertad se cumplan en establecimientos de régimen celular, se abone al penado una tercera parte de tiempo, considerando sin duda la mayor energía con que se cumple el castigo en este caso, y también á las mayores probabilidades que ofrece la reforma del culpable. Al tratar de la pena de multa encontramos en el proyecto un precepto nuevo, y que no tiene precedentes en nuestro derecho escrito, cual es el de que si el

penado tuviese responsabilidad, y se le causasen perjuicios extraordinarios por tener que satisfacer inmediatamente la multa, podrá el Tribunal autorizarle para que la satisfaga en plazos, cuya duración total no podrá exceder de un año, y tomando, al propio tiempo, ciertas precauciones para evitar la insolvencia.

Reglas para la aplicación de las penas. Una de las materias que más dificultades ofrece en el Código vigente es la relativa á la aplicación de penas, dificultades que no solamente hicieron preciso que el Legislador desenvolviese su pensamiento en multitud de disposiciones, y en una tabla demostrativa, sino que además todos los comentaristas tuvieron necesidad de estudiar este asunto con sumo detenimiento; siendo, por último, la dificultad de la materia causa de muchísimas decisiones por parte del Tribunal Supremo de Justicia, que se vió en la necesidad de casar bastantes sentencias de Tribunales inferiores. A esta materia también tendremos que dedicar, cuando de ella en detalle nos ocupemos, todo el detenimiento necesario, contentándonos por hoy con estas ligeras indicaciones, que sirven para justificar el aplauso que merece el proyecto, por haber simplificado esta materia. Se reducen á tres las seis escalas graduales del Código vigente, figurando en ellas expresamente marcados los grados de las penas divisibles, con lo cual se evitan cálculos matemáticos, y hay más fijeza en los descensos de la penalidad. En dichas escalas gradua-

les no hay penas comunes á unas y otras, con lo cual desaparece la duda, duda que tuvo que resolver el Código actual, respecto á cuál de dichas escalas debía ser aquella en que se hiciesen las gradaciones.

En las reglas correspondientes concede el proyecto mayor latitud al arbitrio judicial, que la otorgada en la Ley vigente en artículos concordantes, que ciñen dicho arbitrio á un círculo más estrecho, no teniendo tan en cuenta, como debiera, en muchos casos, la inmensa variedad que puede ofrecer la delincuencia, variedad que únicamente puede apreciar el juzgador, en los indefinidos casos que la práctica presenta.

En resumen diremos: que el proyecto del señor Silvela significa un notable adelanto respecto al Código vigente, revelando el claro talento de su autor y su reconocida competencia en materias jurídicas, siendo de esperar que si las circunstancias le llevan otra vez al Ministerio de Gracia y Justicia reformará en algunos puntos su primer proyecto, mejorándolo, pues para ello le sobran condiciones.

Para terminar esta lección diremos breves palabras respecto al proyecto de Ley de bases para la reforma del Código penal, pendiente de discusión en el Congreso (1).

---

(1) La Comisión del Congreso emitió dictamen en 9 de Mayo de 1887, introduciendo algunas modificaciones en el proyecto remitido por el Senado, si bien haciendo la declaración en el preámbulo de que ambos proyectos estaban sustancialmente conformes en el fondo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Formular una Ley de bases á cuyo tenor ha de desenvolverse posteriormente un Código es asunto difícil de suyo, por la necesidad de conciliar la concisión en los preceptos de dicha Ley con la previsión de las ideas todas que se desea vivifiquen é informen el espíritu del futuro Código. Si las bases son demasiado generales pueden resentirse de vaguedad, y envolver una autorización demasiado lata; y si descienden á pormenores y detalles, no tienen sus preceptos el caracter de bases, pues ya son disposiciones concretas de la Ley á la que las tan repetidas bases habían de servir de fundamento.

Carácter grande de vaguedad tenía, p. e., la base primera del proyecto presentado por el Gobierno, al decir sencillamente: *se pondrá el nuevo Código en armonía con los preceptos de la Constitución de* 1876. Para concretar más, y no otorgar una autorización al Gobierno en términos tan latos, fué sin duda por lo que, lo mismo en el proyecto aprobado por el Senado que en el dictamen de la Comisión del Congreso, sufrió modificaciones la referida base, marcando especialmente los puntos en que debía armonizarse la Constitución con el futuro Código (1).

---

(1) Dice la base primera del proyecto remitido al Congreso por el Senado: «Se pondrá el nuevo Código en armonía con los preceptos de la Constitución de 1876, amparando con una sanción penal eficaz, así los derechos de la Nación y los atributos esenciales del Poder público, como los derechos

Por el contrario, tratándose de los delitos cometidos por medio de la imprenta, se desciende en la base 3.ª del dictamen de la Comisión del Congreso á tantos detalles en este punto que, de aceptarse lo propuesto, ya nada resta que hacer. En esta base se marcan una porción de excepciones de los principios generales de derecho penal para exigir la responsabilidad, las cuales no están justificadas en nuestro entender. Se dice, v. g., que responderán en primer término como autores del delito que se cometa en libro ó folleto el editor, y del que se cometa en una publicación periódica el director; añadiéndose más adelante que, en defecto de esas personas, responderá criminalmente como autor del delito el que hubiere escrito el original de la publicación culpable, y en defecto de éstos se considerará autor el jefe del establecimiento en que se hubiere hecho la impresión.

Cuando en el lugar correspondiente tengamos que ocuparnos en el examen de las disposiciones del Código vigente relativas á la clasificación de las

---

individuales mencionados en los artículos 1.º y siguientes hasta el 10 inclusive, párrafo 2.º del 12, y en los 13, 15 y 16 de la expresada Constitución.»

La Comisión del Congreso propuso á su vez que la referida base 1.ª se redactase en la siguiente forma: «Se pondrá el nuevo Código en armonía con los preceptos de la Constitución de 1876, amparando con una sanción penal eficaz, así los derechos de la Nación y los atributos esenciales del Poder público, como los derechos individuales mencionados *en el título 1.º de la expresada Constitución.*»

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

personas criminalmente responsables de los delitos y faltas, y examinemos también las disposiciones excepcionales motivadas por los delitos que se cometen por medio de la imprenta, litografía, etc., hemos de procurar demostrar la carencia de fundamento científico que envuelve la idea de toda responsabilidad criminal subsidiaria, porque es rudimentario para nosotros que cada cual debe responder de sus actos por la especie de participación que hubiese tomado en el hecho culpable, y nunca en defecto de otras personas. Por esto merece severas censuras el que en el dictamen se siente la base de que si editor ó director responden criminalmente como autores, responderán en concepto de cómplices los que hubiesen escrito el original, es decir, que éstos serán unas veces considerados como autores y otras como cómplices, y su colocación en uno ó en otro grupo no depende de su participación en el delito de que se trata, sino de una circunstancia extraña de todo punto á su intervención en el hecho que se persigue, como es la de que pueda hacerse efectiva la responsabilidad criminal en la persona de un editor ó director.

A cambio de estos lunares contiene el dictamen algunas modificaciones en la Ley vigente que merecen plácemes, tales son las que figuran en las bases 5.ª y 9.ª

Dice aquella, que la reincidencia dejará de considerarse como una *mera* circunstancia agravante, y añade que, sólo será reincidente el que dentro de

un plazo determinado cometa delito igual ó semejante por su índole y por los móviles que le determinen al porque antes fuera condenado. La pena en tal caso se elevará prudencialmente sobre la normal del delito, en consideración al número é importancia real de las reincidencias y á las condiciones personales del culpable.

En virtud de esto se fija mejor que en el Código vigente el carácter de la verdadera reincidencia, y parece como que se tiende á establecer diferencia entre la que tiene un carácter, como si digéramos, más benigno, y aquella que se presenta cualificada, por referirse á culpables que constante y repetidamente incurren en delitos de índole análoga, y en quienes la pena sufrida por una primera ó segunda delincuencia no ha causado efecto alguno. Al ocuparnos en el examen de la Ley vigente, en lo que á la reincidencia se refiere, tendrán estas indicaciones el oportuno desarrollo.

En virtud de la base 9.ª se debería simplificar de una manera notable la lista de las penas, lo cual es digno de aplauso, pues evita las insuperables dificultades con que se tropieza hoy día para el cumplimiento de tan diversas penas, como existen, en establecimientos distintos. Todas las penas llamadas generalmente de privación de libertad quedan reducidas, según la base citada, á la reclusión (perpetua ó temporal), á la prisión, el arresto y la detención, la 1.ª como pena aflictiva, la 2.ª y 3.ª colocadas entre las correccionales, y la última en-

tre las leves. Se conserva, pues, la distribución en tres grupos de todas las penas, lo cual no parece aceptable, si es que esa clasificación tiende á suponer que en cada uno de esos grupos ha de predominar un fin distinto, porque como procuraremos demostrar en su día, la pena, cualquiera que sea su clase, debe proponerse como fin la corrección del culpable.

En la ejecución de la pena de muerte se propone una variación notabilísima respecto á todos los precedentes de la ejecución dicha, pues se propone que se lleve á cabo en lugar cerrado de la prisión ó de otro sitio destinado al efecto; pero de suerte que no pueda ser presenciada por el público, añadiendo que se determinarán las formalidades del acto de la referida ejecución y funcionarios que deben concurrir al mismo.

Respecto al quebrantamiento de las penas contiene también el proyecto una novedad plausible, pues no se castiga dicho quebrantamiento, si se refiere á las penas de privación de libertad con encerramiento, siempre que para efectuarlo no haya cometido el condenado ningún delito de los que estén comprendidos en el Código; pero esto há de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan haber incurrido los guardianes y las personas que, no estando presas, auxilien, favorezcan ó cooperen á la evasión.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

TITULO PRIMERO.

De la culpabilidad en general y de las variantes que en ella puedan ocurrir.

CAPÍTULO I.

De la culpabilidad en general.

SECCIÓN PRIMERA.

Del delito en general.

LECCIÓN 8.ª

Sumaria indicación del método á que obedece este libro.—Primer punto: del Delito en general.—Idea del Delito según Ortolán, Rossi y Pacheco.—Definición aceptable del Delito.

Como asunto propio de esta primera lección en la que da principio el estudio de las instituciones de Derecho penal, debemos tratar de lo que es el Delito en el terreno neutral, por decirlo así, del Derecho constituyente; pero antes de ello insistiremos en el método que nos hemos propuesto seguir, y y que seguiremos en el estudio de este título.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Según ha dicho un profundo escritor de Derecho penal, gloria de nuestra patria (1), «no aparece el crimen en el mundo como la Minerva antigua en las teogonías de los filósofos y poetas griegos, saliendo de una vez y armada de la cabeza de Júpiter.» Con esta metáfora quiere dar á entender el citado autor, que, entre el pensamiento criminal, «oscura y desapacible nube que turba la pureza del ánimo,» como él mismo dice, y la realización completa de ese pensamiento, hay una multitud de actos, ya internos, ya externos, todos los que es, no sólo conveniente, sino indispensable de todo punto analizar con escrupulosidad suma, si hemos de formar una cabal idea de las distintas situaciones que el crimen ofrece en su natural desenvolvimiento.

Por otro orden de consideraciones puede variar también la culpabilidad del individuo con referencia á los delitos en que haya tenido participación. En efecto: acontece con frecuencia el que diferentes personas concurran á realizar un pensamiento criminal, desempeñando, por decirlo así, en este drama papeles principales ó secundarios, si bien concurriendo todos á la ejecución de la obra.

No revelan las anteriores líneas las únicas dificultades que ofrecen en su examen las diversas situaciones culpables. En los móviles, en los impulsos de todo género, que dan margen á las acciones

(1) Pacheco, en sus *Comentarios* al *Código* penal moderno, t. I, pág. 90.

que el individuo realiza, faltando á sus deberes, hemos de encontrar sin duda motivos suficientes para considerar como más ó menos grave cualquiera situación criminal. Y no sólo esto, sino que además se presentará en ocasiones aquella situación rodeada de tales accidentes que podrán hacer variar su importancia.

Tenemos, pues, que la delincuencia ó culpabilidad, en cada uno de los casos que se ofrezcan á nuestra consideración, y respecto á los que tengamos que emitir un juicio, ha de variar á tenor de las condiciones siguientes:

1.ª Mayor ó menor culpabilidad, según los pasos que en la senda del delito se hayan recorrido.

2.ª Mayor ó menor culpabilidad también, considerando la participación, más ó menos directa y eficaz, de las diversas personas que concurrieron á realizar el hecho.

3.ª Mayor ó menor culpabilidad, teniendo en cuenta los impulsos de la obra realizada, y los accidentes que la acompañen.

Por último: previo á estos tres órdenes de problemas está el de determinar, de una manera clara y precisa, qué, es lo que constituye el punto de partida, es decir, el delito, respecto á cuyo problema se necesita traer á concurso, siquiera sea ligeramente, el examen de todo lo que constituye en el individuo el aniquilamiento de la *voluntad* en cualquiera de los elementos que indispensablemente la forman de consuno.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Las consideraciones que acabamos de hacer nos recuerdan el método que debemos seguir en el estudio de esta primera parte del Derecho penal ó sea la que se propone desenvolver la idea de la culpabilidad, de cuyo asunto nos hemos ocupado en el capítulo preliminar, lección 5.ª

Según lo que allí dejamos sentado, debe comprender cuatro capítulos ó puntos distintos el desenvolvimiento de aquella idea, lo que á su vez debe constituir el primer título de nuestro estudio.

El primer capítulo de este título debe ocuparse de la culpabilidad en general y dividirse en las tres secciones siguientes: primera, del delito, destinada á darnos una definición general del mismo: segunda, de las causas de inimputabilidad: tercera, de las causas de justificación (1).

Siguiendo el método que atrás dejamos indicado, debemos ocuparnos desde luego en dar una idea sucinta y breve, pero clara y precisa, de lo que es el delito en el terreno científico, base fundamental, de la que es forzoso partir, porque antes de estudiar lo que el Código entiende por aquella idea es necesario tener acerca del particular un criterio independiente del que tenga el Derecho positivo, para poder así juzgar sus disposiciones.

Si el Legislador humano fuera infalible: si el Derecho escrito pudiera siempre ser considerado como

(1) Las disposiciones legales relativas á esta materia las encontramos en los artículos 1.º y 8.º

la expresión exacta de la justicia: si en sus fórmulas se encontrasen encerradas y condensadas las aspiraciones de la razón, en una palabra: si la Ley *fuera* en todo tiempo lo que *debía ser*, la definición del Delito no sería otra que la presentada por la mayor parte de los Códigos, que, contestes en el fondo, y variando únicamente en la forma, nos dicen: que Delito es toda infracción por ellos castigada.

Pero el Legislador puede equivocarse, y de hecho se equivoca en ocasiones: el Derecho escrito no traduce, con frecuencia, lo que la justicia abstracta demanda: sus fórmulas no se ajustan en todos casos á lo que la razón exige, siendo por tanto la Ley cosa distinta de lo que debía.

Hé aquí por qué el filósofo criminalista no puede satisfacerse con una definición del Delito que se limite á considerar tan sólo como tal toda infracción de la Ley escrita.

Por esto todos los escritores de Derecho penal han analizado el concepto del delito, para deducir de ese análisis una definición del mismo, definición en consonancia con la escuela á que están afiliados.

Ortolán define el Delito de la siguiente manera: *Delito es toda acción ó inacción exterior, que vulnera la justicia absoluta, cuya represión importa para la conservación ó el bienestar social, que ha sido de antemano definida, y á la que la Ley ha impuesto una pena* (1).

(1) Tratado de Derecho penal, traducido al español por don Malquiades Pérez Rivas.—Madrid. Leocadio López, 1878. Tomo 1.º pagina 84.

Esta definición está dada desde el punto de vista de los principios, porque en el párrafo siguiente añade el citado escritor: en derecho positivo y en la jurisprudencia práctica podemos atenernos á esta otra mucho más sencilla; pero completamente material: *Delito es toda infracción de la Ley penal.*

Descomponiendo la definición que en el terreno científico da del Delito Mr. Ortolán podemos obtener como resultado que para su existencia se necesita el concurso ó reunión de las siguientes condiciones: 1.ª Que exista una acción ó inacción exterior: 2.ª Que esa acción ó inacción vulneren la justicia absoluta: 3.ª Que su represión importe para la conservación ó el bienestar social: 4.ª Que haya sido de antemano definida y que la Ley le haya impuesto una pena.

De esto se deduce, como natural consecuencia, que faltando algunos de esos requisitos ó condiciones, el delito no existirá, lo cual nos parece es confundir la idea del delito en el terreno científico con la misma idea en el terreno puramente de la Ley escrita.

Cuando una acción considerada en sí misma reune las condiciones de acto de delincuencia, importa poco, para que el filósofo criminalista la conceptúe como tal, el que forme de ella el mismo juicio el Legislador *definiéndola é imponiéndole una pena.* Nos parece, por tanto, que sobra en la definición la última condición, y que al consignarla se le priva del carácter estrictamente científico que debía tener.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La segunda y tercera de las condiciones mencionadas se derivan de las doctrinas de la escuela ecléptica, que opina que las exigencias y aspiraciones de la *justicia* deben mitigarse por las conveniencias de la *utilidad*, partiendo del supuesto equivocado de que pueden aparecer en ocasiones como en oposición las dos referidas ideas de lo *justo* y de lo *útil* (1).

Si la utilidad, tomada esta idea en su acepción racional y no en la material y grosera, significa la propiedad que tienen las cosas para satisfacer las necesidades de la vida del hombre, el derecho, que marca las condiciones necesarias para la realización de los fines de la vida del ser sociable, es, y no puede menos de ser, eminentemente útil. Diremos con un notable profesor y publicista: Siendo el derecho una esfera particular de la utilidad, no cabe oposición alguna entre estos dos principios: las pretendidas contradicciones entre lo útil y lo justo, nacen de un falso concepto de la utilidad que suele erróneamente en-

---

(1) Aun cuando en esta lección no se hagan más que indicaciones sobre ciertos puntos, tendrán en otros lugares conveniente desarrollo. Así, al estudiar lo que suele llamarse generación del delito, hemos de contrastar las opiniones de los eclépticos con los ideales de los espiritualistas, y del examen comparativo de unas y otras doctrinas se ha de deducir cuál es para nosotros el verdadero concepto del delito.

También al estudiar lo que debe ser la pena, y el fin correccional á que debe dirigirse, se completará el concepto del delito, por cuyas razones aparecerá disculpable la brevedad empleada en esta lección, que de otra suerte aparecería en alto grado concisa.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tenderse como interés egoista, que no se detiene ante los perjuicios que ocasiona (1).

Fijémonos ahora un momento en la primera condición que reclama Mr. Ortolán en el delito, es decir, en que exista una acción ó inacción exterior. Si con esto se quiere significar únicamente que en tanto no hay algo externo, por cuyo medio podamos juzgar de la intención culpable, no existe delincuencia, no hay inconveniente alguno en asentir á esta afirmación, porque á nuestras miradas y juicios escapa todo aquello que de una manera exclusiva nace y muere en el fuero interno. Pero si se pretende, por el contrario, significar que la medida de la culpa, en el terreno del Derecho, puede darla la extensión mayor ó menor del elemento material ó externo, conceptuamos errónea semejante base, porque para aquilatar la culpa el hecho material no tiene fuerza sustantiva, como esperamos demostrar en el curso de este libro y en repetidas ocasiones.

Nos hemos detenido breves momentos en el examen de la definición que da Mr. Ortolán del delito porque, con más ó menos variedad en la fórmula, suelen coincidir en el fondo todas las definiciones de los eclépticos, para quienes el delito social, según muchos le llaman, no existe solamente por una acción contraria al *Derecho*, si además no hay *utilidad* en considerarla como merecedora de un castigo.

---

(1) Principios de Derecho natural por Francisco Giner y Alfredo Calderón, página 20.

Las definiciones de Rossi y el Sr. Pacheco presentan bastantes puntos de contacto, lo cual se explica porque en la obra del primero, titulada *Tratado de Derecho penal*, se inspiró el segundo en sus lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid.

Dice el primero, que *el poder social no puede considerar como delito más que el quebrantamiento de un deber con la sociedad ó los individuos, requerible de suyo y útil á la conservación del orden político, de un deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino por la sanción penal, y cuya infracción puede ser estimada por la justicia humana* (1).

El Sr. Pacheco define así el delito: *Una infracción libre y voluntaria de los deberes sociales, que no están suficientemente garantidos por sanciones naturales, civiles y administrativas, ó bien que reclaman para su afianzamiento, natural y necesariamente, la sanción penal* (2).

Para nosotros la idea del delito se deduce con claridad de breves consideraciones que vamos á exponer.

Todo cuanto en el orden general de la creación existe obedece á leyes perfectamente sabias, cuyas leyes se cumplen por innumerables seres de una manera inconsciente y necesaria, de suerte que no se turba en lo más mínimo la armonía universal.

---

(1) Tratado de Derecho penal, traducido por D. Cayetano Cortés.—Madrid, 1839.—Tomo 1.°, pág. 211.

(2) Estudio de Derecho penal, lecciones pronunciadas en el Ateneo en el curso de 1839 á 1840.—Madrid, 1854, pág. 70.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por esto el astro, la planta y el mineral, v. gr., realizan su misión.

Pero el hombre se distingue de todos esos seres creados, en que tiene conocimiento de las leyes que debe cumplir, y al propio tiempo facultad para apartarse de esas leyes. El hombre, que necesariamente vive en sociedad, puede, por efecto de su voluntad libre, perturbar el orden que debería conservar; puede, en una palabra, perturbar las relaciones de Derecho ó perturbar el orden del Derecho, siendo, por tanto, necesario restaurar ó restablecer, en cuanto sea dable, esa perturbación. Mas toda perturbación del orden jurídico no da existencia á un delito, y por tanto no toda perturbación de ese orden reclama ser restaurada por medio de la pena.

Fácil es comprender que el derecho puede perturbarse sin que de esto se deduzca la existencia de un delito. En efecto: cuando dos personas, por ejemplo, discuten acerca del cumplimiento de un contrato, es posible que ambos conceptúen que les asiste la razón, y por más que una de ellas salga legítimamente vencida en juicio, no se puso en oposición al derecho por efecto de torcida é intencionalmente mala voluntad. Pero si por el contrario, el individuo se pone en oposición con el derecho, con pleno conocimiento de causa, queriendo con entera libertad colocarse en tal situación, puede nacer en este caso un verdadero Delito, y no tenemos inconveniente alguno en aceptar la definición que del mismo formula el Sr. Silvela, D. Luis, en

estos términos: *la infracción del derecho por actos de la libre voluntad* (1).

Se comprende, por tanto, que el derecho puede ser perturbado en el orden civil y en el criminal, y que sólo en este caso hay lugar al nacimiento del delito, y por consiguiente procede la imposición de una pena. Se comprende asimismo que la nota *característica* que distingue ambas perturbaciones arranca de la malévola voluntad del agente, que, á sabiendas, y con perversa y dañada intención, trata de perjudicar ó causar un daño á tercera persona. De esto se deduce que muchos hechos que se cree no merecen el calificativo de delitos le merecen en realidad, no quedando el derecho restaurado, ni garantido por modo suficiente, con los recursos que la Ley civil presta y suministra. Tal acontece con el litigante de mala fe que, sabiendo no le asiste la razón, promueve contienda civil, impulsado únicamente por el deliberado propósito de causar un daño, irrogando perjuicios al prójimo, y pretendiendo convertir á los Tribunales de justicia en cómplices inocentes de su perversa intención.

¿Quedará satisfecha la justicia con que dicho sujeto pierda la contienda, aun cuando además se le condene en costas? La razón y la conciencia de

(1) El Derecho penal estudiado en principios: 1874, Madrid, Fontanet, pág. 113—Recomendamos á nuestros alumnos el estudio de esta importante obra, escrita con profundo conocimiento de la materia penal.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

consuno dicen que no, de la misma suerte que tampoco en el caso de un robo ó un hurto basta con que la cosa vuelva, siendo posible, á poder de su legítimo dueño, —ni con que se repare el daño causado y se indemnicen los perjuicios,— sino que además se considera como de imprescindible necesidad que el autor de aquellos atentados sufra la pena que para tales casos tiene señalada el Código, que sin duda en este punto sufrirá modificaciones de importancia cuando llegue el día de su reforma.

Para conseguirlo se ha presentado al Congreso de los Diputados por el Sr. Azcárate una notabilísima proposición de Ley, acerca de la que ya tiene emitido dictamen dicho Cuerpo colegislador, aceptando la Comisión nombrada al efecto dicha proposición en su parte sustancial, lo que hace esperar con fundamento que podrá convertirse en Ley.

La proposición del Sr. Azcárate, determinando la penalidad en que debe incurrir el litigante de mala fe, fué presentada en 21 de Enero de 1888 y reproducida en 5 de Diciembre del mismo año y en 24 de Junio de 1889.

La Comisión, presidida por el Sr. Silvela, Don Francisco, emitió dictamen en 1.° de Julio último.

Son tan importantes las razones consignadas en el preámbulo de la citada proposición que vamos á transcribirlas literalmente.

La sana razón común distingue claramente entre un *pleito civil* y un *proceso criminal*. En el primer caso se trata de una reclamación que se formula

y sostiene fundándose en la Ley, la cual por lo mismo es igualmente y á la vez invocada por el que sostiene el derecho que cree le asiste y por el que lo contradice. En el segundo, por el contrario, como el individuo ha negado el derecho mismo mediante la comisión de un delito, esa invocación de la Ley es imposible. De ahí la necesidad de emplear dos distintos procedimientos para reparar el derecho perturbado, pues claro es que no ha de seguirse el mismo cuando se trata de aclarar alguna *duda* ó rectificar un *error* con ocasión de la aplicación práctica de una regla jurídica, que cuando de restablecer el derecho mismo negado por el acto *intencionado* del criminal.

El error pide tan solo que se desvanezca; la mala voluntad pide la pena, y de aquí en suma, lo que en definitiva decide el carácter civil ó criminal de una perturbación, y en consecuencia determina la diferencia entre un proceso criminal y un pleito civil, es la *intención*, y depende en definitiva de la buena ó mala fe del autor, de que éste afirme el derecho ó lo niegue. Si lo afirma, aunque se equivoque al interpretarlo, queda reparado tan solo con que la sentencia dé la razón á quien la tenga, el asunto es de interés privado, y la resolución no afecta directamente á la sociedad, porque, cualquiera que sea la resolución, ella implica el respeto á la Ley y su mantenimiento. Por el contrario, si lo niega, no se obtiene su restablecimiento sino mediante la pena, y es de interés

público, por lo mismo que su imperio es condición indispensable de la vida social.

Ahora bien; el litigante de *mala fe*, parte en un pleito civil, no solo niega el derecho en cuanto lo invoca sabiendo que no le ampara, sino que viene á utilizar las instituciones sociales establecidas para dar á cada uno lo suyo, como medio de apropiarse lo ajeno, intentando así una *estafa* ó un *engaño* tan grave, por lo menos, como los castigados en la sección segunda, cap. 4.°, tit. 13 del libro 2.° del Código penal.

Y es verdaderamente extraño que se castigue al que defraudare á otro en la sustancia, cantidad ó calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio (art. 547) ó usando de nombre fingido; atribuyéndose poder, influencia ó cualidades supuestas; aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones imaginarias, ó *valiéndose de cualquiera* otro engaño *semejante*, ó se apropiare ó distrajere dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubiese recibido en depósito, comisión ó administración, ó por un *título que produzca obligación de entregarla ó devolverla* (artículo 548), al que fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenase, arrendase, gravase ó empeñase (art. 550); al que otorgase en perjuicio de otro un contrato simulado (art. 551), y al que defienda ó perjudicase á otro *usando de cualquier engaño* (art. 554); es verdaderamente extraño que no aparezca al lado de todas estas especies de defrau-

dación la que intenta cometer el litigante de mala fe cuando sin violencia pudiera considerársele incluido, no ya en el espíritu, sino en la letra de alguno de esos artículos, puesto que evidentemente, al pretender de su contrario algo á que sabe no tiene derecho, ó al resistirse á entregarle lo que sabe le pertenece, *se vale de un engaño para defraudarle ó perjudicarle.*

Bueno que para el litigante *temerario* se considere como eficaz y suficiente correctivo la imposición de las costas, por que la preocupación del interés y el amor propio comprometido en la contienda dejan á salvo su buena intención; pero es injusto equipararle con el de mala fe, cuya torcida voluntad no tiene excusa ni disculpa, y cuyo propósito manifiesto es en último caso cometer un delito, convirtiendo en cómplices inocentes del mismo á los Tribunales encargados de prevenirlos y castigarlos.

Puede el ciudadano discutir tranquilamente con quien en conciencia entiende la Ley de distinto modo que él; pero no es dado pedirle que contienda con calma y de igual á igual con quien trata de usurparle lo que sabe le pertenece. En este caso se trata de la comisión de un delito, cuyo castigo es tanto más exigido, cuanto que se pretende encubrirlo bajo una forma legal.

Por esto el Código de las Partidas dijo con razón; «los que maliciosamente, sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan, mueven á sus

contendores pleitos sobre ella, trayéndoles á juicio et faciéndoles facer grandes costas et misiones, es guisado *que non sean sin pena por que los otros se recelen de lo facer*» (1).

---

(1) El dictamen de la Comisión del Congreso, relativo á la proposición del Sr. Azcárate dice así:

PROYECTO DE LEY.

Art. 1.º El litigante de mala fé será castigado con la pena de arresto mayor y una multa del tanto al triple del importe de la cosa litigiosa, procediéndose caso de insolvencia á lo que dispone el artículo 50 del Código penal.

Cuando no sea posible valorar la cosa litigiosa, los tribunales señalarán prudencialmente la cuantía de la multa, la cual no podría ser menor de 125 pesetas ni mayor de 1250.

Art. 2.º Cuando los tribunales del órden civil impongan las costas á una de las partes, declararán si el condenado al pago de aquellas merece la consideración de litigante temerario ó la de litigante de mala fe.

En el primer caso podrán, á instancia de parte, condenar al litigante temerario á la indemnización de daños y perjuicios, la cual se hará efectiva conforme á lo dispuesto en el artículo 928 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil.

En el segundo pasarán, tan pronto como sea ejecutoriada la sentencia, el correspondiente tanto de culpa á los tribunales de lo criminal, para que procedan á la formación de causa á los efectos expresados en el artículo anterior.

Art. 3.º Siempre que los tribunales del orden civil estimen que la responsabilidad criminal por el delito penado en el artículo 1.º pudiere alcanzar al procurador ó abogado del litigante de mala fe, ó á ambos, los incluirá en el tanto de culpa que pasen á los tribunales de lo criminal.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 9.ª

Moderna escuela positiva.—Punto fundamental de divergencia entre esta escuela y todas las que se dedican al estudio de la ciencia penal, ó sea la existencia ó negación de la **libertad.**—¿La niegan siempre los positivistas?

Admitíase hasta hace poco como inconcuso principio por los criminalistas que el delito en su origen era la violación ó quebrantamiento *libre de un derecho, de un deber*, ó bien *del orden del Derecho;* pero aceptando como más exacta cualesquiera de estas diversas fórmulas para expresar el pensamiento, partíase siempre de la base de que quien ejecutaba el quebrantamiento ó violación, es decir, el sujeto activo del delito, era un ser dotado de *libertad*, conocedor por la razón de sus deberes, y con posibilidad de cumplirlos ó dejarlos de cumplir. Sobre este fundamental punto de partida puede decirse que habia unanimidad de pareceres, sin que esto impidiese la existencia de escuelas diversas en lo relativo á la medida y graduación de la culpa y respecto á los fines de la pena, divergencias que perfectamente se explican y comprenden, aun dentro de la unanimidad de aquel fundamental principio. Pero aparece la escuela positiva en derecho penal pretendiendo destruir la base en que hasta el presente habían fundado los criminalistas sus distintas teorías, y con

un carácter verdaderamente demoledor de todo lo que se había admitido como fuera de discusión.

Importa poco que uno de los más ardientes propagandistas de la nueva escuela, escritor conspícuo é infatigable á la par que sabio Profesor en la Universidad de Siena, afirme que «la escuela positiva *no se presenta para abatir cuanto se ha hecho hasta ahora en la ciencia*, sino que se presenta como un desenvolvimiento ulterior de esta misma ciencia criminal, de la que acepta aquellos principios y teorías que sean comprobados por la observación de los hechos, criterio único de esta escuela» (1), ni que más adelante añada: «en el orden teórico *aceptamos de buen grado y con reconocimiento* todo cuanto hasta ahora ha hecho la escuela clásica en el estudio jurídico del derecho.» Importan poco, repetimos, estas manifestaciones, si el capítulo primero de su citada obra lo destina precisamente á pretender negar la libertad humana (2), cuya negación rotunda trae en pos de sí como lógica consecuencia la desaparición de lo que pudiéramos llamar la clave del edificio científico, que los filósofos criminalistas habían considerado hasta el presente como asentado en sólidos cimientos.

En efecto: lo mismo los que, confundiendo el de-

(1) Ferri. Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal, versión castellana de D. Isidro Pérez Oliva.—Madrid, Góngora, 1887, introducción, páginas 9 y 19.

(2) Este capítulo tiene el siguiente epígrafe: La negación del libre albedrío y la responsabilidad penal.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

lito con el pecado, creían que la expiación debía ser el fin único de la pena, fundando el derecho de castigar en una delegación directa de la justicia divina, que los que opinaron, efecto de natural reacción, que el origen de aquel derecho había que buscarlo, como el de todos los demás, en el pretendido pacto social; que aquellos á quienes se les figuraba que la defensa, ya directa ya indirecta, debía ser invocada únicamente como fundamento de los castigos; que los sostenedores de los principios utilitarios en cuanto á las penas; en fin, de igual suerte los eclépticos, tratando de armonizar las exigencias de la estricta justicia con las conveniencias de la utilidad, que los eminentemente espiritualistas ó correccionalistas creyendo que el mal moral es el que da la medida de la delincuencia, sirviendo tan sólo el hecho material como medio probatorio, todos, completamente todos, partían y parten de la firme creencia de que el hombre es un ser dotado de *libertad* á la par que de razón.

¿Cómo, pues, puede afirmase que la nueva escuela, negando la existencia de la libertad *no se presenta para abatir cuanto se ha hecho hasta ahora en la ciencia?* ¿Cómo puede sostenerse, partiendo de aquella negación, que la nueva escuela positiva *acepta de buen grado y con reconocimiento*, en el orden teórico, todo cuanto hasta ahora ha hecho la escuela clásica en el estudio jurídico del derecho?

El Sr. Aramburu, distinguidísimo catedrático de Derecho penal en la Universidad de Oviedo, en un no-

table libro (1), después de reseñar las fases progresivas que habían sucesivamente recorrido la ciencia penal y todas las que con ella tienen íntima relación, hasta llegar á la colosal altura que alcanzó en los tiempos actuales, y aludiendo á la aparición de la escuela penal positiva, dice: «Pero hé aquí que todas estas conquistas son hijas legítimas de un principio superior que, de ser oscurecido ó postergado, las llevará consigo el día en que se decrete su ausencia del mundo: es el principio espiritualista que ve en el hombre un alma inmortal, en la sociedad un derecho eterno, en el cielo un Dios que es amor; y hé aquí que las novísimas doctrinas á que voy á referirme en mis conferencias, preséntanse apartadas con mayor ó menor franqueza de ese foco luminoso y potente, y, sin querer afrontar por el momento todas las consecuencias

(1) La nueva ciencia penal (exposición y crítica.) Madrid, Fernando Fé, 1887.

Recomendamos muy eficazmente la lectura y estudio de la notable obra del Sr. D. Félix de Aramburu y Zuloaga, que hizo de la escuela positivista un estudio detenido é imparcial, como lo demuestran las siguientes frases que le dedica el ilustre profesor Ferri en la introducción de la obra citada: «Comienzo, ante todo, por reconocer con mucho gusto que el distinguido profesor ha dado prueba de gran lealtad al combatir la escuela criminal positiva. Esto es importantísimo, no sólo porque se diferencia, procediendo así, de otros críticos, especialmente italianos, que han combatido nuestras ideas sin conocerlas exactamente, sino que las han enunciado de una manera incompleta, cambiándolas, y mutilándolas para proporcionarse el placer de combatir un enemigo que ellos se han forjado á su capricho; crítica de que me he ocupado ya en otros trabajos.»

lógicas de ese apartamiento, no pueden menos de desvirtuar desde luego algunas de las más preciadas reformas obtenidas tras de tenaces esfuerzos.»

Como terminante prueba de que la escuela penal positiva se halla en completa oposición con fundamentales principios admitidos hasta el presente como inconcusos por todos los criminalistas, veamos lo que dice el mismo Ferri en la introducción del libro ya citado (1):

«Entre los puntos esenciales del Derecho criminal y penal, como se ha entendido hasta ahora, están estos tres postulados:

1.° Que el hombre está dotado de libre albedrío ó de libertad moral.

2.° Que los delincuentes tienen las mismas ideas y sentimientos que los demás hombres.

3.° Que el efecto principal de las penas es impedir el aumento de los delitos.

Nosotros encontramos, al contrario, estas conclusiones de la ciencia experimental:

1.° Que la psicología positiva ha demostrado ser una pura ilusión subjetiva el llamado libre albedrío.

2.° Que la antropología criminal demuestra con hechos que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial que, por anomalías orgánicas ó físicas, representa en parte en la sociedad moderna, las primitivas razas salvajes, en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, es en embrión.

(1) Pág. 23.

3.° Que la estadística prueba á la evidencia que el aumentar, disminuir y el desaparecer de los delitos, en gran parte, proviene de otras causas, que no son las penas sancionadas por los Códigos y aplicadas por los Magistrados.»

No nos parece exacta la palabra *postulado*, aplicada, sobre todo *igualmente*, á los tres principios en que dice el citado autor están en total discordancia todos los criminalistas anteriores á la nueva escuela con los positivistas.

En primer lugar, si postulado es un principio tan claro y evidente que no necesita demostración, la existencia de la libertad y del libre albedrío se demuestra, y por cierto no tan sólo con argumentos puramente abstractos, sino por medio de la observación y de la experiencia de lo que pasa y acontece todos los días y á todos los momentos en nosotros mismos, y en nuestros semejantes. De esa demostración hecha por la psicología, y aceptada por los criminalistas todos hasta la aparición del positivismo, arranca, si se quiere, ese primer principio que vinieron admitiendo los criminalistas dichos como base de su pensamiento al definir el delito, es decir, que partiendo del fundamental principio, de que el hombre como ser dotado de *libertad*, podía ejecutar ó dejar de ejecutar ciertos hechos, ó incurrir en ciertas omisiones, podía y debía incurrir en responsabilidad, por consiguiente; pero todo esto con relación al hombre en circunstancias normales de su vida. Llámese á esta idea un primer

principio en la ciencia penal ó criminal, ó llámesele, con más ó menos propiedad, un postulado, siempre resultará, que como verdad fuera de duda venía y viene admitiéndose por todos los que á esta clase de estudios se dedicaron y dedican, hasta que los positivistas llegaron á afirmar que verdad tan universalmente reconocida era tan sólo una *ilusión subjetiva*, ó simplemente una ilusión, podríamos decir, porque todas las ilusiones son subjetivas, puesto que todas están en el sujeto y jamás en el objeto: el objeto se presenta y muestra ante nuestra observación tal como es, y no varía su naturaleza porque nosotros no sepamos observarlo y estudiarlo ó lo observemos y estudiemos mal, ó de manera deficiente.

Los otros dos puntos en cuya apreciación dice Ferri aparecen en completa discordancia las demás escuelas con la positiva, no tienen ni pueden tener el carácter de postulados ni de primeros principios, porque no solamente se concibe que haya entre los que al estudio de la ciencia se dedican divergencias de opiniones y pareceres en los aludidos puntos, sino que pueden aquí hacerse concesiones de importancia á los mismos positivistas, estimando en lo que valen sus múltiples trabajos; pero sin que esto signifique la más pequeña abdicación respecto á la existencia de la *libertad* como base fundamental de la delincuencia, como condición ineludible para que el delito exista.

De los escritos de los positivistas se deduce cla-

ramente que, en muchas ocasiones, reconocen la existencia de la libertad tal como la consideran los clásicos. Así, por ejemplo, el ilustre Ferri, al ocuparse de la clasificación que hace de los delincuentes, y tratando de la categoría de los que llama *delincuentes de ocasión*, dice que en una época de carestía, ó en un invierno muy crudo, no todos los que sienten apremiantes necesidades se dedican al hurto, sino que hay quien *prefiere* los horrores de una miseria *honrada*, ó cuando más se dedica á la mendicidad (1). Ahora bien: ¿por qué *prefiere* ese sujeto los horrores de la miseria á las satisfacciones físicas ó materiales que podría proporcionarse delinquiendo? ¿Qué significado y alcance puede tener aquí el verbo *preferir*, tan oportuna como necesariamente empleado? Si se da la preferencia á una cosa sobre otra, al camino trazado por el deber enfrente del de la delincuencia, es que el individuo ha deliberado, con más ó menos detenimiento, sobre cuál de los dos era el preferible, y en pos de ese *deliberar* vino la *resolución* de preferir la miseria *honrada*, ó la mendicidad, á sustraer, quitar ó apoderarse de lo ajeno contra la voluntad de su dueño. Pues en estas *evoluciones* de nuestro espíritu, en estos fenómenos de psicología, no criminal sino simplemente psicología sin adjetivos, fenómenos *positivos* y muy *positivos*, es en donde encuentran los clásicos la esencia de la libertad, que radica prin-

(1) Obra citada, pág. 179.

cipalmente y aparece en toda su fuerza y energía, no en el obrar, sino en el *deliberar* y *decidirse* en vista de motivos.

¿Pudo ó no pudo ese sujeto preferir la miseria *honrada* al delito que *deshonra*? Claro que pudo cuando lo prefirió, pues hubiera podido optar por *deshonrarse* con el delito á *honrarse* con la miseria. Pero ¿qué significa aquí la palabra *honra*? ¿por qué califica Ferri y calificamos todos de honrado á ese sujeto, y el calificativo es con justicia merecido? Pues sencillamente porque pudiendo no merecerle por su conducta culpable, le mereció por su proceder justo. Si fatalmente hubiese obrado, si no hubiese podido, por cualquier causa, resistir los impulsos que inevitablemente le obligaban á obrar en determinado sentido, su conducta sería *indiferente*, y por efecto de cuanto hubiese ejecutado no ganaría *honra* ni *deshonra*, lo mismo en el caso en que resultasen perjuicios que beneficios para terceras personas y para la sociedad de la conducta referida.

Quien ejecuta un hecho sin poder dejar de ejecutarlo; quien causa un daño sin *libre voluntad*, como dicen los espiritualistas; quien tiene imposibilidad total y absoluta de sustraerse á ciertos impulsos y de vencer ciertas fuerzas, ese sujeto, decimos, ni adquiere merecimientos ni contrae responsabilidades. Todos en la vida estamos expuestos á tentaciones; pero todos, en el uso completo y cabal de nuestras facultades, tenemos la obligación ineludible de oponer á las tentaciones dichas aquella resistencia

y energía suficientes y necesarias para dominarlas, vencerlas y acallarlas: ¿es débil la tentación?, pues poca fuerza de resistencia se precisará para reducirla al silencio: ¿es, por el contrario, poderosa?, pues será preciso contrarrestarla, oponiéndole enérgica resistencia.

Que todo esto pasa y acontece en la vida real, que todo esto es *positivo*, como *positivo* es que las tentaciones se vencen con frecuencia suma, el mismo Ferri lo reconoce cuando dice (1): «á todo hombre, aunque sea honrado, se le presenta en ciertas ocasiones un fugaz pensamiento de acciones deshonestas ó criminales. Pero en el hombre honrado, sólo por el hecho de ser tal orgánica y moralmente, esta imagen tentadora despierta vivamente la idea de las consecuencias del delito, resbala la tentación sobre el terso acero de una fuerte constitución psiquica y no lo mancha: en el hombre menos fuerte y menos previsor la tentación hace brecha, resiste á la repulsión del sentido moral, no muy fuerte, y concluye por vencer, porque, como dice Victor Hugo, «frente al deber, dudar quiere decir ser vencido.»

En el párrafo que acabamos de copiar, completo y con la posible exactitud, ya puede comprenderse que hay alguna idea con la cual no podemos estar conformes, y alguna otra que admitimos con restricciones; pero el pensamiento general, que consiste en afirmar, que, estando todos los hombres sujetos á ten-

(1) Obra citada, final de la pág. 179 y siguiente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

taciones, unos las vencen desde luego y otros sucumben á ellas más pronta y fácilmente, ese pensamiento, decimos, es verdadero, y corrobora que lo mismo los vencedores de la tentación que los vencidos por ella pudieron hacer lo que hicieron ó dejar de hacer lo que ejecutaron, es decir, todos pudieron ser vencedores ó vencidos (1).

LECCIÓN 10.

Continuación de la anterior.—¿Pueden ser problemas distintos los relativos al estudio del Delito y del Delincuente?—Las clasificaciones que los positivistas hacen de los delincuentes, y el estudio de lo que llaman **factores** del delito, pueden prestar utilidad y no se oponen á la existencia del libre albedrío.

Dicen los positivistas que, hasta el presente, los cultivadores de la ciencia penal se han ocupado en el estudio del delito, olvidando al delincuente, asemejándose en este procedimiento al que habían seguido los médicos cuando estudiaban también en abstracto la enfermedad, no haciendo un estudio tan detenido como era necesario de los enfermos; y siguiendo por este camino, añaden: que así como

(1) En nota de la pág. 180 Ferri. Como ejemplo, citaremos el caso del alienista Mord, que como narra el mismo, pasando un día por un puente de París, y viendo un operario que miraba por el parapeto, sintió que por su mente pasaba una idea homicida y echó á correr para no caer en la tentación de arrojarlo al rio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

el médico aplicaba antiguamente un determinado medicamento para curar una determinada enfermedad, tambien el criminalista *antiguo* aplica una pena de antemano fijada para curar el delito. Pero el médico en aquel procedimiento se olvidaba del estudio de las individuales y particulares condiciones del enfermo, no teniendo en cuenta su temperamento, género de vida, antecedentes de familia etc. etc., particularidades todas que deben ser tomadas y tenidas muy en cuenta, y sin cuyo detenido estudio no es posible obtener la apetecida curación, porque un mismo medicamento puede producir beneficiosos resultados en un enfermo, y nulos ó perjudiciales en otro. De igual suerte tambien es preciso fijarse en una porción de circunstancias que constituyen precedentes inseparables de la personalidad del delincuente, v. gr., la *influencia hereditaria*, *las condiciones del ambiente físico y social etc. etc.*

A estas consideraciones debemos oponer en primer lugar que el símil aludido sólo como símil puede admitirse, en cuanto sirva para aclarar ciertos aspectos de la idea que se trata de explicar, y no de modo alguno porque se pueda equiparar por completo el criminal con el enfermo, pues solo metafóricamente puede decirse que el delincuente es un enfermo, una enfermedad social el delito y un medicamento la pena.

La tendencia á separar el estudio del *Delito* del que se refiere al *Delincuente*, considerando estasl

dos ideas como distintas de todo punto, exigiendo cada una de ellas tratado especial en los libros de doctrina y en los Códigos por consiguiente, no es tan nueva que pueda decirse que debe su origen á los positivistas, sino que por el contrario hay muchos escritores que en sus libros les dedican tratados diversos.

En nuestro humilde modo de pensar, creemos firmemente que las palabras Delito y Delincuente no revelan ni pueden revelar dos problemas distintos, sino que son uno solo. El delito existe porque hay un Delincuente que le perpetra, y de Delincuente se califica al que ha cometido un delito. Así, pues, al emplear esta palabra ya suponemos, *ipso facto*, la existencia de un ente criminal.

¿Cuál puede haber sido la causa de que los criminalistas no se hubieren dado por satisfechos con haber estudiado el Delito, sinó que juzgaron necesario dedicar sus meditaciones, además, al estudio del Delincuente? Es probable que esa causa pueda encontrarse en algunas deficiencias notadas en el estudio incompleto de la primera idea, esto es, en el Delito, en virtud de cuyas deficiencias acaso podría juzgarse en ocasiones que se consideraba como culpable, quien no merecería como tal ser considerado; siendo tambien posible alguna vez, que no se presentasen suficientemente detalladas todas las modificaciones á que la culpabilidad estuviese sujeta.

Es posible que haya algunas circunstancias, de las que suelen llamar los Códigos eximentes de res-

ponsabilidad, que no estén incluidas en la letra textual de las leyes penales; es posible también que muchos accidentes que debieran servir para modificar la culpa no hayan sido estudiados todavía con el debido detenimiento, y que por tanto se haya hecho caso omiso de ellos, en cuyo terreno los trabajos, de gran valía sin duda, llevados á cabo por los antropólogos y sociólogos criminalistas, afiliados al positivismo penal, pueden ser tenidos muy en cuenta y sus estudios, relativos, ya á lo que llaman factores del delito, ya á las clasificaciones de los delincuentes deben ser tomados en consideración, no sólo por lo que se refiere al terreno especulativo, sinó también por la influencia que pueden legítimamente pretender en toda ulterior reforma de los Códigos penales.

Ferri, tantas veces citado ya, divide los delincuentes en cinco categorías, á saber: 1.ª *delincuentes locos;* 2.ª *delincuentes natos incorregibles*, que son aquellos en que se notan de una manera más marcada los caracteres especiales revelados por la antropología criminal; 3.ª *delincuentes habituales* ó por *costumbre adquirida*; 4.ª *delincuentes por ímpetu de pasión;* y 5.ª *delincuentes de ocasión*, que no tienen por naturaleza tendencias al delito, sino que caen en él por el incentivo de tentaciones de su condición personal ó del ambiente externo, físico ó social, y no reinciden si estas tentaciones desaparecen (1).

(1) Obra citada, cap. 2.º

El mismo autor dice: que las acciones del hombre son producto de su organismo fisiológico y psíquico, por lo cual conviene distinguir las tres categorías de factores del delito, á saber: *factores antropológicos*, *factores físicos* y *factores sociales*.

En cuanto la clasificación de los delincuentes que citada queda, y el estudio además de los llamados factores del delito signifique la necesidad de examinar con todo cuidado, en cada caso concreto, los antecedentes de la acción criminal llevada á cabo, para deducir de tan minucioso examen, en primer término, si existe ó no responsabilidad en el agente, y después graduar esa responsabilidad, admitiendo mayores ó menores atenuaciones ó disculpas, no hay inconveniente en seguir hasta aquí los consejos de los positivistas, aprovechando con reconocimiento sus estudios. Pero de que haya delincuentes que sientan impulsos más ó menos fuertes para la comisión de ciertos hechos; de que haya otros que, efecto de torcida educación, hayan contraido hábitos criminales, y para quienes la sociedad no ha tenido los cuidados y atenciones necesarias, no se deduce que haya desaparecido en el espíritu de esos desgraciados sujetos el germen de toda noción de vicio y de virtud, ni mucho menos que carezcan de libertad.

No desconoce ningún psicólogo serio, ni desconocen los clásicos, la influencia que en la manera de pensar ejercen, no ya las influencias sociales y todo modificador esterno, sinó las circunstancias especiales y

particulares del individuo en un momento dado. Consideramos á veces como fruto del juicio y la reflexión lo que no tiene otro origen que el sentimiento, y se nos figura en ocasiones que emitimos juicios razonables, verdaderos y exactos, cuando no hacemos en realidad otra cosa que dar rienda suelta á los particulares sentimientos.

El insigne filósofo español Balmes estudió en su notable libro, titulado *El Criterio*, la influencia que ejercen en el entendimiento la imaginación y el corazón (1) y hablando de la variedad de disposiciones que experimenta nuestra alma dice: «No es más mudable é inconstante el mar azotado por los huracanes, mecido por el céfiro, rizado con el aliento de la aurora, inmóvil con el peso de una atmósfera de plomo, dorado con los rayos del sol naciente, blanqueado con la luz del astro de la noche, tachonado con las estrellas del firmamento, ceniciento como el semblante de un difunto, brillante con los fuegos del mediodía, tenebroso y negro, como la boca de una tumba.» Por esto añade más adelante. «Quien desea pensar bien, es preciso que se acostumbre á estar mucho sobre si;... es necesario que se habitue á concentrarse, á preguntarse con mucha frecuencia: ¿tienes el ánimo bastante tranquilo? ¿nó estás agitado por alguna pasión que te presenta las cosas diferentes de lo que son en sí?»..... Después de formular otras varias preguntas á este respecto termina el autor alu-

(1) Cap. 19.

dido su pensamiento con los siguientes conceptos. «No se crea que esta práctica» (alude al examen que cada cual debe hacer de su conducta) sea imposible; cada cual puede probarlo por experiencia propia, y echará de ver que le sirve admirablemente para dirigir el entendimiento y arreglar su conducta. No llega por lo común á tan alto grado la exaltación de nuestros afectos, que nos prive completamente del uso de la razón; para semejantes casos no hay nada que prescribir, porque entonces hay la enagenación mental, sea duradera ó momentánea. Lo que hacen ordinariamente las pasiones es ofuscar nuestro entendimiento, torcer el juicio, pero no cegar del todo aquel, ni destituirnos de este. Queda siempre en el fondo del alma una luz que se amortigua, más no se apaga; y el que brille más ó menos en las ocasiones críticas, depende en buena parte del hábito de atender á ella, de reflexionar sobre nuestra situación, de saber dudar de nuestra aptitud para penser bien en el acto, de no tomar los disparos de nuestro corazón por luz suficiente para guiarnos, y de considerar que no son propios sinó para deslumbrarnos.»

No puede negarse que todos los accidentes que rodean al hombre en la vida social ejerzan una influencia apreciable, primero en sus ideas y sentimientos, y despues en su manera de obrar y conducirse en consonancia con su manera de pensar y de sentir. No es posible desconocer que si un individuo desde la cuna jamás ha oido hablar de moralidad ni de virtud, sino que sus prime-

ros sueños, arrullados en una atmósfera de corrupción y vicio, fueron interrumpidos con lamentable frecuencia por los báquicos cantares de cínica orgía; si poco más tarde aquella inteligencia que comienza á entreabrir su corola para recibir el benéfico influjo de las primeras ideas religiosas, recibe tan sólo los deletreos miasmas del mápernicioso ateismo; si aquella conciencia que prinscipia á formarse, lejos de ser infiltrada por la rudimentaria distinción del vicio y la virtud y fortificada con la idea del deber, recibe tan sólo inmorales ejemplos y enseñanzas: si por último ese desgraciadísimo individuo, obrando ya por cuenta propia, sigue los maléficos consejos de quienes le rodean y obedece las órdenes de quien al mal le incita, no es posible desconocer, repetimos, que su conducta halla fácil explicación en todas las mencionadas causas, que concurren á producir los desastrosos efectos del crimen.

Resulta de lo dicho que admitimos, con los positivistas, que el ambiente social ejerce notable influjo en la conducta del sujeto criminal; influjo que afirmamos tambien debe ser tenido en cuenta en el estudio de los elementos que constituyen la culpa en su verdadera intensidad en primer término, y despues en la naturaleza y cuantía de la pena.

Pero de aquí no deducimos, ni puede á nuestro juicio deducirse con lógica, que quien en tan deplorables condiciones ha nacido y vivido duran-

te un período más ó menos largo, haya de obrar fatalmente en el sentido del crímen: se sentirá más ó menos inclinado hacia la senda que á él conduce, experimentará mayores ó menores atractivos para la perpetración del delito, su conciencia pondrá un obstáculo y barrera mayor ó menor para semejante dicha perpetración; pero su conciencia existe porque con él ha nacido, de la misma suerte que con él han nacido los sentidos y sus órganos. Por corta que haya sido la vida de ese sujeto, por muy pocas contrariedades con que haya tropezado en su camino, muchas veces habrá sufrido sinsabores y pesares, muchas veces habrá sido victima de iniquidades é injusticias, muchas veces sus semejantes le habrán hecho padecer injustamente, y al sentirse herido y lastimado habrán surgido en su mente de una manera natural y espontánea, como no podía menos de suceder, las idea de derecho (en su mas rudimentaria manifestación) y las de deber y de justicia. Como consecuencia de todo esto y resultado de la experiencia dolorosa de la vida, siempre que sus malos instintos le hubiesen estimulado á causar un daño real y efectivo al prójimo, no habrá podido menos de aparecer ante su conciencia la consideración de los sinsabores, sufrimientos, dolores y disgustos que él experimentaría á su vez si en él recayere la misma acción, que en aquellos momentos trataba de ejecutar ó ejecutaba en perjuicio de tercero, porque la máxima de «no hagas

á los demás lo que no quieras para tí», está indeleblemente grabada en el fondo de nuestro espíritu por mano providencial, siendo en este caso ese primer sentimiento egoista gérmen y fecundo orígen de todo altruismo.

Calificarán los *positivistas* esta manera de discurrir de concepciones puramente metafísicas? Creemos por el contrario que estamos discurriendo en terreno verdaderamente *positivo*, puesto que si el positivismo se funda y parte del estudio de los hechos reales y efectivos, realidad y efectividad hay, á no dudarlo, en lo que acabamos de manifestar, puesto que no se refiere cuanto acabamos de decir á seres ideales sino al hombre en su vida terrenal, y no son los fenómenos dichos concepciones abstractas hijas de imaginaciones calenturientas y alucinadas, sino hechos de constante observación y fáciles de contrastar con lo que la práctica diaria de la vida nos muestra y enseña á cada momento.

No es por tanto, en verdad, la observación y la experiencia criterio del que tenga que rehuir y elemento que deba esquivar la escuela llamada clásica, sinó por el contrario creemos que puede aceptar perfectamente la contienda en ese campo de observación abrigando la seguridad de que no ha de salir derrotada en la lucha, entregándose á cobarde y vergonzosa huida.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 11.

Definición legal del delito y explicación de sus palabras.—Reglas de interpretación respecto á la voluntad.—Reglas á los Tribunales para suplir el silencio de la Ley, ó bien para modificar su texto.

Vamos á comenzar el estudio de las disposiciones vigentes en materia penal, ó sea el del libro 1.° del Código de 1870, que, según consignado queda en el capítulo preliminar, no difiere en su plan general del de 1848 con las ligeras modificaciones de 1850; pero si en cuanto al plan hay uniformidad entre el libro 1.° del Código vigente y el anterior, no sucede lo mismo en cuanto á muchas de sus disposiciones, que sufrieron importantes reformas, lo cual nos obligará con frecuencia á comparar los preceptos vigentes con los reformados y derogados, contrastando todos ellos con las aspiraciones de la ciencia. Con este procedimiento el estudio elemental que tenemos que hacer podrá ser más completo, y más útil que si nos ciñéramos estrictamente á la investigación y conocimiento de las prescripciones que en la actualidad tienen fuerza de Ley.

En el estudio de esta *parte dispositiva fundamental* se comprende perfectamente que estamos

obligados á seguir, con todo el rigor posible, el método que como racional dejamos indicado en las lecciones 5.ª y 6.ª

Comienza nuestro Código definiendo legalmente el delito en la siguiente forma (1): *Son delitos ó faltas las acciones y las omisiones voluntarias penadas por la Ley*. De tan sencilla prescripción, como en apariencia es la que acabamos de copiar, dedúcense una multitud de consideraciones que por sí solas darían margen á un tratado especial; mas procurando reducirnos, en todo lo posible, á estrechos límites nos fijaremos tan sólo en las ideas culminantes que es necesario traer á concurso con motivo de la lectura de la definición copiada.

De las palabras del párrafo que nos ocupa, merecen explicación las siguientes: Dice la Ley, hablando de los hechos que caen bajo su dominio, que pueden verificarlo no sólo las *acciones*, si que también las *omisiones* penadas por la misma. Con esto quiere dar á entender: que, no solamente puede realizarse un hecho contrario á la Ley penal, y que por tanto se ve ésta en la necesidad de castigar, cometiendo un acto contrario á sus prohibiciones, sino también dejando de ejecutar un hecho conforme á sus preceptos; porque aun cuando la Ley, por regla general, afecta la forma prohibitiva, puede tener, en ocasiones, siquiera sea por

(1) Artículo 1.º, párrafo 1.º

excepción, la preceptiva. Más claro: no sólo se delinque ejecutando lo que la Ley prohibe (estó es lo general), sino dejando de hacer lo que la Ley ordena (esto es lo excepcional).

Continuando con el examen de las palabras de la Ley en el párrafo que nos ocupa, nos encontramos con la de *voluntarias*, que califica lo mismo las *acciones* que las *omisiones*. También el examen de esta palabra daría margen á multitud de consideraciones larguísimas, si fuéramos á dedicarle todo el detenimiento que merece. Para nuestro fin bástanos decir: que por muy desastrosas y muy lamentables que aparezcan las consecuencias de un hecho, tendremos que deplorarlas solamente con una desgracia, si el individuo que las ha producido no obró en condiciones tales que demuestren que el hecho ha sido *voluntario*. La *voluntad* es la primera condición que debemos exigir en todo hecho contrario á la Ley penal para que podamos afirmar que cae bajo su dominio. Esta es una verdad de sentido común, y tan general, que nadie, en el fuero de su conciencia, se conceptúa culpable por los actos que *involuntariamente* haya cometido, por muchos daños y males que esos hechos hayan traído en pos de sí.

Pero la *voluntad* puede dejar de presentar su concurrencia á las obras que el individuo realiza por muy diversas causas, y cualesquiera que ellas sean surten el mismo efecto á los ojos de la conciencia, y debían por tanto surtirlos también á los

de la Ley. En cada caso, pues, que se presente á nuestra investigación, bajo el punto de vista penal, en cada hecho que por cualquier concepto caiga bajo la jurisdicción de las leyes penales, será preciso previamente resolver si ha habido *voluntad* por parte del agente, ó agentes, á quien ó á quienes se le imputa. Si la *voluntad* existe habrá criminalidad; si aquella no aparece, de modo alguno. ¿Qué legislación se atrevería á condenar como criminal al desgraciado que padeciendo enajenación mental privara de la vida á su padre? ¿Qué Código podría condenar como incendiario al niño que jugando fuera causa de un voraz incendio? ¿Qué Legislador llevaría su audacia hasta el punto de decretar penas contra el que en virtud de una violencia irresistible cometiera cualquier delito? En todos estos casos falta el primer elemento de culpabilidad: falta la *voluntad*. No hay *voluntad* cuando el individuo no sabe, ni puede saber, lo que ejecuta: no hay *voluntad* tampoco cuando el individuo no es libre en hacer ó dejar de hacer lo que realiza.

Proponiéndonos en este lugar interpretar la Ley en su genuino sentido, tenemos que considerar la *voluntad* con el significado y alcance que tiene para el Legislador. Afirman todos los comentaristas de nuestro Código penal, que no hay la voluntad de que la Ley habla, y á que la Ley se refiere, cuando falta la *inteligencia*, de la misma suerte que cuando falta la *libertad*. Es, por consiguiente, la

voluntad como la suma ó reunión de la *inteligencia* y la *libertad*, de tal suerte que faltando alguno de estos dos elementos deja el hecho de ser voluntario, según el unánime parecer de los citados comentaristas, muchos de los que han formado parte de la comisión que redactó nuestro Código penal, por cuya razón sus opiniones tienen importancia en lo que se refiere á la interpretación del sentido y alcance de las palabras puestas en boca del Legislador.

En efecto, el Sr. Pacheco (1) opina que puede en un hecho concurrir inteligencia sin libertad; al paso que en otro puede haber libertad sin inteligencia. Ejemplo de lo primero lo presenta en el que obra cohibido por una fuerza que aniquila la resistencia propia: ejemplo de lo segundo lo encuentra en el que obra con su inteligencia perturbada. Así, pués, para los aludidos expositores el loco obra con *libertad* y sin inteligencia, y por esto es irresponsable.

Nos parece que envuelven estas opiniones una equivocada idea de la libertad. Para nosotros significa la libertad la facultad de obrar después de haber deliberado, es decir, después de haber pesado *racionalmente* los motivos que para decidirse en uno ó en otro sentido tenga el agente. La esencia de la libertad la encontramos en la racional

(1) Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid.—S. Compagni.—2.ª edición—1854—Lec. 5.ª, pág. 59.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

deliberación, y no en la facultad de obrar simplemente, porque esto último constituye tan sólo la actividad. Es la libertad una facultad que supone en ejercicio normal la inteligencia del individuo, y por esto no se concibe que pueda decirse, en puridad de principios, que el loco tiene libertad. No la tienen ciertamente —ni lo afirman los referidos comentaristas— los animales irracionales, y aun cuando el loco razone, razona torcidamente, y por esto es loco. Si el loco delibera, y en virtud de esa deliberación se decide á obrar, sus deliberaciones se fundan en supuestos erróneos, que en su estado de perturbación mental conceptúa acertadísimos.

Sin embargo, al comentar la letra de la Ley hay que entender la libertad de la manera y con el significado que tiene para el Legislador y para los expositores de nuestro Código, por las razones que dejamos dicho.

No están de acuerdo igualmente los comentaristas respecto á si la falta de *intención* arguye siempre incompatibilidad con el delito, pues al paso que algunos dicen que no hay delito cuando no hay *intención*, de la misma suerte que tampoco le hay cuando falta la libertad, hay quien opina en cambio, y con buenas razones, que si en muchos casos en donde no hay *intención* no hay delito, en otros, por el contrario, ocurre que, no obstante la carencia de *intención*, hay algo culpable, y algo por tanto que castigar.

En la generalidad de los casos, donde no concurre

la intención no habrá delito; pero como esta regla puede estar sujeta á excepciones, dignas de ser meditadas y tenidas muy en cuenta, es forzoso dedicar alguna consideración á este punto, que ha tratado con profundo conocimiento de causa el distinguido comentarista Sr. Groizard, por cuya razón vamos á permitirnos reproducir aquí algunos de los párrafos de sus luminosos comentarios al artículo primero de nuestro Código penal.

«Donde no hay libertad, nunca hay delito. El que no quiere ejecutar un acto, y una fuerza irresistible, material ó moral, le obliga á ello, no delinque. Esto es óbvio. Donde no hay inteligencia, tampoco lo hay. El loco, el furioso, el infante, cualquiera que sea el daño que causen, están exentos de responsabilidad criminal. También es claro. ¿Pero podrá decirse otro tanto de la intención y del que sin ella obra? En términos igualmente absolutos, ¿podrá afirmarse que donde no hay intención, nunca hay delito? ¿Que el que ejecuta sin ella un daño, nunca será responsable criminalmente de este mismo daño?

»Supongamos un cazador que dispara un tiro á un animal y hiere á un hombre que estaba oculto detrás de una mata. La acción del cazador es libre, porque pudo hacer ó dejar de hacer fuego, es inteligente porque conocía el efecto que podía producir el arma de que se servía, y sin embargo no hay nadie que preguntado acerca de este hecho no responda, —aquí no hay delito.— ¿Por qué? —Porque no hay intención.

»Pero supongamos que el cazador no está solo; que á poca distancia suya hay otro, y que sin tener en cuenta que el animal en su huída toma la dirección en que éste se encuentra, dispara, confiado en lo certero de su puntería, la cual, sin embargo, esta vez le falta, y priva de la vida á un compañero. ¿Hay aquí intención de cometer un homicidio? No. ¿Pero hay acto justiciable? No se responde tan fácil y seguramente que no.

»Supongamos, por último, á un hombre que amenaza á otro, sólo por asustarle, con una escopeta ó una pistola. En vano le gritan los que lo presencian que puede suceder una desgracia, en vano le advierten que el arma está cargada: despreciando estos consejos, desoyendo estas advertencias, y seguro de que no tiene pistón, ó carece de cebo ó de otra condición, en su concepto necesaria, para que responda á su objeto, toca imprudentemente al gatillo, el tiro sale y un hombre cae muerto á sus piés. ¿Hay aquí intención de cometer un homicidio? Tampoco. ¿Hay algo que castigar? Indudablemente que si.»

Nos ocuparemos de las últimas palabras con que termina la definición que da el Código de las acciones punibles, de cuya definición legal estamos tratando. Dice el Código: que las acciones y las omisiones voluntarias, para constituir delitos ó faltas, han de estar *penadas por la Ley*. De esto se deduce que todo aquello que la Ley penal no comprenda dentro del círculo de sus prescripciones, es considerado á sus ojos como inocente. La verdadera

consideración que estas últimas palabras tienen es la de ser una garantía firmísima de la libertad de los ciudadanos, que bajo la salvaguardia del Código penal, podrán ejecutar todo cuanto en el mismo no se encuentre prohibido ni penado.

Pero como pudiera ocurrirse á cualquiera, por la simple lectura de las anteriores líneas, la posibilidad de que el Código no hubiese comprendido dentro de sus prescripciones todos los actos que merezcan ser castigados, debemos indicar, con este motivo, la manera como nuestra Ley ha conciliado el respeto á esa libertad de los ciudadanos, que se funda en creer lícito todo aquello que la Ley no castiga, con la conveniencia de incluir dentro de las prescripciones todos los actos que merezcan ser castigados, debemos indicar, con este motivo, la manera como nuestra Ley ha conciliado el respeto á esa libertad de los ciudadanos, que se funda en creer lícito todo aquello que la Ley no castiga, con la conveniencia de incluir dentro de las prescripciones penales las que por acaso hayan pasado desapercibidas á los ojos del Legislador.

Estas dos ideas las armoniza la Ley estableciendo: que si un Tribunal (y se refiere á los Tribunales, porque son los que con su práctica diaria están en condiciones de observar si la Ley es defectuosa) tuviese conocimiento de cualquier hecho que mereciese á su juicio ser castigado, lo ponga en conocimiento del Gobierno, exponiendo los fundamentos de su opinión. Pero terminantemente se prohibe á los re-

feridos Tribunales procedan contra ese hecho concreto, teniendo por tanto por único fin esa manifestación de los Tribunales al Gobierno, el de que adopte éste las medidas oportunas para lo sucesivo, que no podrán ser otras que procurar, por los medios conducentes, añadir las prescripciones de la Ley penal, si por ventura, después de un detenido examen, apareciese que había escapado á la experiencia y penetración del Legislador un hecho que debería estar penado en el Código.

Nos haremos cargo de dos reglas que establece el Código respecto á la interpretación de la voluntad.

Es la primera: *las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario*, porque en materia de presunciones hay que partir en todos los casos de lo que constituye la regla general. Ocasión tendremos de insistir en este punto, que no ha sufrido alteración en las diversas reformas de nuestra Ley.

La segunda regla respecto á cómo debe interpretarse la voluntariedad de las acciones para que exista culpabilidad, la encontramos en el párrafo 3.° del art 1.°, cuyo párrafo sufrió una notable modificación en el año de 1870.

Decía la Ley anteriormente: *El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él é incurrirá en la pena que la Ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender.*

Se refería este precepto al caso en que el hecho

ejecutado no correspondiese al propósito criminal; pero la manera como la Ley expresaba el pensamiento originaba dificultades y dudas por parte de los intérpretes, que para evitar la dureza que á su juicio podía envolver dicho precepto en algunos casos, apelaban á una interpretación poco conforme con su pensamiento deducido de las palabras que usaba el Legislador.

Al recaer el mal del delito en persona distinta de aquella á quien se proponía ofender el culpable, podía suceder una de dos cosas: ó bien que el hecho ejecutado excediese en magnitud al que se había propuesto realizar el culpable, ó bien que la magnitud de lo realizado fuese menor que el intento criminal; todo esto, repetimos, por la exclusiva variación de la persona damnificada. Resultaría lo primero en el caso en que matase equivocadamente á su padre quien se había propuesto matar á un extraño: resultaría lo segundo cuando matase, también por equivocación, á un extraño el que había tenido intención de matar á su padre.

En ambos casos suelen opinar los comentaristas del Código del 50 que no existe más que el delito de homicidio, interpretando la Ley conforme á las doctrinas de la escuela ecléptica; pero torciendo el sentido que se deduce claramente de las palabras de la Ley, como decíamos hace poco.

Es verdad que para dicha escuela ecléptica el exceso del mal físico sobre el moral se considera como desgracia; al paso que el exceso del mal

moral sobre el físico se conceptúa únicamente como pecado, por cuya razón el que mata á un extraño queriendo matar á su padre solamente es reo de delito de homicidio, y nunca de parricidio, siendo también reo de homicidio el que mata á su padre habiéndose propuesto matar á un extraño.

Ahora bien: siendo lógica con los principios donde parte la repetida escuela ecléptica al decir en este último caso que no hay más que delito de homicidio, ¿cabe sostener ese mismo calificativo fundándose en las palabras empleadas por la Ley? Nos parece que no, por cuanto textualmente dice, que el que *voluntariamente* ejecute el hecho se hará responsable de él, y aquí el hecho ejecutado ha sido un parricidio, debiendo por consiguiente, conforme al texto legal, ser responsable de parricidio el sujeto en el caso referido.

Claro está que esta interpretación tenía que aparecer como excesivamente dura, y por esto se apelaba á dar un sentido al precepto del Código, que ciertamente no autorizaban sus palabras.

Nuestro Código vigente eludió estas dificultades escribiendo el precepto que nos ocupa en esta forma: *El que cometiere voluntariamente un delito ó falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.*

A poco que comparemos ambas disposiciones, podremos comprender que la vigente es más general, puesto que no se refiere tan sólo al caso

en que varíe la intención y el hecho por variar la persona damnificada, concediendo más ancho campo á los Tribunales.

Pero aún hay otra razón para dar la preferencia á la Ley de 1870, y es la vaguedad con que se expresa al decir solamente que el individuo incurre en *responsabilidad criminal*, sin decirnos el grado de esa responsabilidad, cuya graduación estudia el Código más adelante, al tratar de las reglas para la aplicación de penas. Allí establece la Ley la manera cómo ha de aplicarse la *penalidad* á los casos diversos que pueden ocurrir, cuando el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable.

Al ocuparnos, por tanto, de las reglas de aplicación de penas, tendremos necesidad de insistir en esta interesante materia, para completar nuestro estudio respecto al difícil problema de la falta de correspondencia entre los hechos y las intenciones.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SECCIÓN SEGUNDA.

De las causas de inimputabilidad.

LECCIÓN 12.

Falta de inteligencia: perturbación en la inteligencia.

Después de haber examinado las condiciones que se requieren como indispensables para que exista el delito conforme al pensamiento de la Ley, debemos ocuparnos, según dejamos indicado, de las causas de *inimputabilidad* y de las de *justificación*, cuyo estudio haremos en esta sección y en la siguiente.

Con la idea de la voluntad, y con las condiciones indispensables y necesarias para que el delito exista, están íntimamente unidas las doctrinas y prescripciones de que nuestro Código parte y establece, al tratar de lo que llama (con impropiedad á nuestro juicio) circunstancias eximentes.

Estas circunstancias, bajo cierto punto de vista, pueden considerarse como un desarrollo de la idea que encierra la palabra voluntad, y por esto parécenos oportuno tratar aquí de cuanto con ellas

se relaciona. La razón que para ello tenemos es sencillísima.

En efecto. ¿Qué estamos inquiriendo? ¿Qué problema tratamos en primer lugar de resolver? Inquirimos qué es lo que constituye la idea del delito, teniendo en cuenta las condiciones sin las que no es posible su existencia; y tratamos de resolver si el estado y situación de los que ejecutan ciertos hechos es tal, que no pueden de modo alguno ser considerados como responsables de lo que realizan. Pues bien: las llamadas circunstancias eximentes producen ese resultado. Ellas hacen que quien obra bajo su influjo, no pueda ser considerado como delincuente. Ellas hacen, en una palabra, que la criminalidad ni nazca ni pueda nacer. ¿No constituyen, por tanto, elementos de existencia necesaria en la idea del delito? Las mismas palabras con que la Ley empieza á ocuparse de ellas nos dan la razón, pues usa esta fórmula, que no deja lugar á dudas; *No delinquen* (1), y á continuación añade, *y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal,* pasando después á detallar lo que á continuación diremos.

Eso que añade la Ley, parece á primera vista una excusada redundancia, pues claro está que el que no delinque no ha de incurrir en responsabilidad criminal. No obstante lo que se acaba de manifestar, tiene una fácil explicación en la Ley

(1) Artículo 8.º, párrafo 1.º

el empleo de esa frase, por cuanto, si bien es cierto que no delinquiendo —ni pudiendo delinquir— toda persona cuyos hechos se hallen precedidos ó acompañados de esas que llama la Ley circunstancias eximentes, no incurre en *responsabilidad criminal*, no puede decirse lo mismo respecto de la responsabilidad civil. Esta otra responsabilidad —como en su lugar oportuno llegaremos á demostrar— se origina por distintos procedimientos, y se explica por causas diversas. Cuando nace responsabilidad criminal trae como derivada y consecuencia lógica la civil; pero en ocasiones sin nacer la primera puede originarse no obstante la segunda. Partiendo de estas verdades ya se comprende el alcance de la frase usada por la Ley diciendo: *no delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal.*

Entre las personas que el Código menciona, con motivo del particular que nos ocupa, figura, en primer término, el que padece enajenación mental, en virtud de la que se halla imposibilitado de comprender de todo punto la criminalidad de los actos que ejecuta, hablando de cuya persona dice la Ley: *el imbécil ó el loco* (1).

Muy poco debemos decir con motivo de esta prescripción legal, ya porque en sí misma y en el pensamiento que envuelve es clarísimamente com-

(1) Artículo 8.º, párrafo 1.º de la primera circunstancia eximente.

prensible, ya también porque largas consideraciones acerca de este punto no vendrían á derramar sobre él toda la claridad que su consideración sencilla presenta. Hay más: hasta llegamos á creer que su consignación en la Ley es casi innesaria. En efecto: ¿No sabemos de una vez para siempre que la *voluntad* es un elemento indispensable para que el delito exista? Y por ventura ¿los actos ejecutados por el *imbécil ó el loco* podrían calificarse de voluntarios? Quien pretendiera sostener semejante afirmación sería á su vez, sin duda alguna, calificado de imbécil ó loco por el tribunal de la conciencia pública.

Es necesario no olvidar que se toma aquí la palabra *voluntad* en el sentido y con el alcance que dejamos consignado tiene para los intérpretes ó comentaristas de nuestro Código. Solamente tomando la palabra en dicho sentido, es decir, como comprensiva de las ideas de libertad é inteligencia, es como puede afirmarse que los hechos ejecutados por el loco no son voluntarios. Pero tomando la repetida palabra en su verdadero sentido y acepción, claro está que los hechos realizados por el loco son voluntarios, porque son producto de su actividad que ejecuta lo que quiso ejecutar.

Como las perturbaciones mentales que originan la irresponsabilidad de los infelices que las padecen pueden ser, y son con frecuencia, de un carácter intermitente, aparece desde luego necesario que nos fijemos en lo siguiente: si la perturbación mental es la causa de la no culpabilidad, en los momentos

en que aquella no exista, la criminalidad existirá. Por esto el Código dice, que no delinque el imbécil ó el loco, *á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón.*

La doctrina es perfectamente clara; pero en la práctica pudieran ofrecerse algunas dudas, dimanadas de un caso parecido ó análogo al siguiente: tal sujeto padece enajenación mental intermitente, y ha realizado un hecho que á ser voluntario constituiría un delito; pero se ignora si al realizarlo se hallaba ó no en un intervalo de razón. ¿Cuál de las dos presunciones debe aceptarse como punto de partida, salvo, por supuesto, la prueba en contrario? La resolución es por demás sencilla. En materia de presunciones debemos aceptar siempre en derecho lo que constituya la regla general, y las excepciones son las que deben plenamente probarse. Así, pues, si el estado normal del individuo en cuestión era el de tener su inteligencia perturbada, debe partirse de la presunción de la no criminalidad, y de una presunción contraria en el caso inverso.

Ya que de una cuestión de presunciones nos ocupamos, ocúrresenos desde luego, y ya que dejamos sentada una regla general, sencilla y clara, para resolver asuntos de esta naturaleza, hablar del párrafo 2.° del artículo 1.° del Código penal, que también se ocupa de otra cuestión de presunciones.

En efecto: si para que exista delito ó falta, es necesario que la *acción ú omisión penada por la*

Ley sea voluntaria, ¿qué debemos presumir cuando aparezca un hecho cualquiera de aquel género cometido por un individuo?; ¿presumiremos, y partiremos del supuesto de que el referido hecho ha sido voluntario? Así lo determina la Ley, lógicamente, á nuestro entender, diciendo: *las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.*

Como se ve, pártese de la base, también en este caso, de lo que es normal, de lo que es frecuente; en una palabra, como atrás decíamos, de lo que constituye la regla general. El resolver en éste, ó en sentido contrario el caso que nos ocupa, conduce en la práctica á estas distintas conclusiones. Si la voluntad se presume siempre como inseparable compañera de los hechos humanos, deberá demostrarse claramente la no existencia de la misma por parte del acusado: si por el contrario se partiese de la suposición de que la voluntad no concurre en aquellos hechos, debería demostrarse al presunto reo su culpabilidad. En resumen: en un caso se parte de la culpabilidad presunta, y hay que demostrar por tanto la inocencia: en el otro se parte de la inocencia, siendo preciso demostrar la culpabilidad.

Nuestro Código sufrió una modificación en las palabras con que expresa la circunstancia eximente que nos ocupa, pues así como en su redacción vigente dice el imbécil ó el loco, decía en el año 1850 el loco ó demente.

El pensamiento de la Ley era el mismo, porque

nunca se podía considerar como delincuente á quien padecía una perturbación en la inteligencia tal, que no podía, en su virtud, conocer la naturaleza de los hechos que ejecutaba.

Pero las perturbaciones mentales se presentan con una variedad grandísima, y de aquí que el Legislador haya querido hacer de ellas alguna clasificación. Por esto ha dicho el *loco ó demente* antes del año 1870, y dice ahora el *imbécil ó el loco*.

¿Cuál de las dos clasificaciones es más aceptable? Para resolver esta pregunta debemos tener en cuenta que el Legislador no puede seguir en este particular á los médicos alienistas en sus lucubraciones, porque le llevarían á un terreno impropio para los fines que se propone.

Al hombre de ley sólo interesa de una manera inmediata saber que hay algunas perturbaciones mentales que pueden no ser constantes en quien las padece, y que dejan por tanto lugar á intervalos lúcidos; al paso que otras no dan margen á esos intervalos. A los primeros llama locos en general, sea de ésta ó de la otra especie su locura; á los segundos les llama imbéciles. Para nada necesita tener en cuenta un Código si unas enajenaciones vienen acompañadas de accesos de ira y de furor, y si otras se presentan como sosegadas y tranquilas, por cuanto en todos casos los resultados son los mismos, es decir, el individuo no comprende ni conoce lo que realiza.

A este propósito el distinguido médico Sr. Mata,

dice (1): «nuestra opinión terminante es que en un Código no debe hacerse uso de las nomenclaturas científicas ó de las clasificaciones de los diversos estados de la razón enferma, y añade: á un Código le corresponde expresar con una palabra genérica ó una frase de sentido colectivo ó sintético, todos los estados conocidos ó posibles de alteración mental, y en cuantos artículos haya necesidad de disponer cualquier cosa respecto de los sujetos que se hallan en uno de esos estados, sólo debe hacerse uso de esa palabra ó de esa frase. Con esto, no sólo adquieren los artículos más claridad, más concisión, más desembarazo y soltura, evitando las interpretaciones indebidas, sino que así están encima de las disidencias escolásticas, de las innovaciones científicas y de los caprichos de la opinión.»

Por esto es preferible, volvemos á decir, la fórmula de nuestra Ley actual, porque si aceptáramos la del Código anterior nos hallaríamos con que aquella clasificación era incompleta, pues, además de los locos y dementes deberían mencionarse otra porción de variedades en las enfermedades de la inteligencia, encontrándonos por de pronto con que nada se decía respecto á los imbéciles.

Bajo los términos generales que encierran las dos palabras *imbécil y loco* están comprendidas todas las anomalías que puede presentar la inteligencia. En

(1) Medicina legal.—Tomo 2.º, página 167.—Bailly Baillie-re, 1886.

el imbécil la luz de la razón no alumbra y está como apagada; mientras que en el loco, si dicha luz alumbra, lo hace falsamente y con un resplandor muy distinto del que debía tener en condiciones normales. Con la palabra imbécil se comprende todas las múltiples variedades que puede presentar la razón no desarrollada: la palabra loco abarca todos los torcidos derroteros que puede seguir la inteligencia, ya se aplique al sujeto enfermo el calificativo de furioso, ya se le llame demente, ya se le apellide simplemente monomaniaco.

Ya que esta palabra hemos empleado debemos advertir, que la mayor parte de los apellidados locos son verdaderos monomaniacos, es decir, personas que discurran, sienten y razonan de una manera normal, y con frecuencia con gran lucidez, en varios órdenes de ideas, y únicamente desbarran tratándose del objeto especial que les perturba (1).

---

(1) Lo mismo los anales médicos que los jurídicos ofrecen notabilísimos ejemplos de sujetos al parecer completamente cuerdos; pero que padecían temporalmente especialísimas manías. El Sr. Mata, en su obra de Medicina legal, cita varios casos curiosos en corroboración de lo que acabamos de manifestar.

Un carretero se pone en camino sin haber dado pienso á sus caballos, y una mujer que le sale al encuentro, es maltratada por él; más tarde encuentra otra y le da un hachazo que la deja tendida en el suelo; en seguida encuentra á un pobre muchacho, le abre la cabeza con el hacha y esparce el cerebro por el suelo; deja aquel instrumento, ataca sucesivamente á otras tres personas, hasta que por fin es alcanzado y cogido. Conducido á la presencia de los cadáveres

Debátese con este motivo entre los alienistas la cuestión de si existen ó no locuras parciales, y aunque en este punto pudo haber exageraciones de parte de algunos, que llegaron á sostener que la causa determinante de la mayor parte de los delitos era una monomanía correspondiente, no puede desconocerse la fuerza de las razones de los que afirman la indudable existencia de locuras parciales.

Así como son raros ejemplares los de los individuos que nacen con universales aptitudes, tam-

---

dice: «No soy yo el que ha cometido estos asesinatos; es mi mal espíritu.»

Una criada pidió á sus amos que la despidiesen, por cuanto siempre que desnudaba á un niño, hijo de aquellos, sentía un deseo irresistible de espanzurrarle.

Una señora experimentaba deseos homicidas que no sabía en qué fundarlos. Sobre ningún punto disparataba, y cada vez sentía tan aviesas inclinaciones, se hacía poner en estado de no poder dañar hasta que le hubiese pasado el acceso, el que duraba á veces algunos días.

Otra mujer, madre de cuatro hijos, hacía cuatro meses que estaba deseando matarlos, á pesar de que los quería más que á sí misma. Hubo de separarse de sus hijos para evitar una catástrofe. Ningún motivo imaginario la movía, y no ofrecía su juicio la menor lesión.

Otra desdichada mujer se llenó de mordiscos; atada á una silla, pugnaba todavía por herir y morder.

Enriqueta Cornier, criada, de un carácter suave y alegre, risueña á veces con exceso, buscaba el placer y quería á los niños, á quienes acariciaba mucho. De repente se efectuó una mudanza notable en ella; suspiraba, estaba triste, sombría, taciturna, y sirviendo mal, fué despedida. Acabó por matar á un niño que le habían confiado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

bién es caso raro el de la perturbación total de todas las facultades.

Hay sujetos que tienen bellísimas disposiciones para las artes, y en cambio son completas nulidades para las ciencias, y aun especificando más todavía hay quien tiene una facilidad asombrosa para el estudio, v. g., de las matemáticas, y no puede dar un paso, como vulgarmente se dice, en estudios filosóficos. De la misma suerte se concibe sin dificultad que un sujeto conserve íntegra, por ejemplo, su memoria, y aun la tenga prodigiosa, y al propio tiempo no razone ni compare.

Debe estar fuera de duda la existencia de verdaderas monomanías y locuras parciales, en cuyo caso sería completamente inícuo no apreciar esa situación en los fallos de los Tribunales, condenando á quien había ejecutado el hecho en verdaderas condiciones de inimputabilidad.

Si se abrigasen temores de que se fingirían parciales locuras, esto autoriza únicamente á tomar todas las precauciones posibles para averiguar la verdad; y además en casos de esta naturaleza hay que oir siempre el dictamen de peritos, los que deben escogerse entre aquellos que, á su reconocida competencia, reunan una moralidad á toda prueba.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 13.

Desarrollo incompleto de la inteligencia por razón de la edad y por sordomudez.—De la embriaguez.—Del sonambulismo.

Si el imbécil ó el loco puede decirse que no obran en perfectas condiciones de voluntad, porque su inteligencia se halla enferma, también puede decirse que carece de voluntad quien, por falta de desarrollo moral, no tiene completa su inteligencia: nos referimos al menor de edad, dentro de ciertos límites, á quien también el Código declara irresponsable por los actos que ejecuta. Cuestión es ésta de altísima trascendencia, y á la que es forzoso dedicar algunos momentos.

Es una verdad de sentido común, que el hombre en el mundo está aprendiendo constantemente desde que nace hasta que muere, con lo cual se comprende fácilmente que la inteligencia es susceptible, en condiciones normales, de experimentar un continuo desarrollo. Pero dentro de este lento y continuo desarrollo se conciben, desde luego, por lo que hace á la responsabilidad criminal, dos situaciones distintas: una en que el individuo conoce perfectamente la extensión é importancia criminal de los actos que realiza, y la otra caracterizada

por condiciones enteramente contrarias á las anteriormente expuestas.

Pero hay algo más, que viene á complicar el asunto que nos ocupa en este momento. Tratándose de la falta de responsabilidad criminal, teniendo en cuenta la falta de desarrollo intelectual, por razón de la edad, es necesario no perder de vista, ni por un momento, que el citado desarrollo no sólo ofrece la particularidad de ser continuo, sino que además presenta á nuestra consideración la especialísima circunstancia de ser distinto por completo en los diferentes individuos que examinemos. Hé aquí apuntadas las dificultades con que todo Código tiene que tropezar, al traducir en preceptos escritos lo referente á la fijación de los distintos períodos de la edad, para marcar en cuál ó cuáles ha de haber responsabilidad criminal, y en cuál ó cuáles no puede existir.

De lo dicho se deduce que para establecer esos períodos deberán tenerse en cuenta las afirmaciones siguientes: primera, hay un momento en la edad del individuo en que, dentro de las condiciones normales, por muy tardío que sea el desarrollo de su inteligencia, tiene el suficiente para comprender la criminalidad de los actos que ejecuta, de tal suerte, que es justo que de su realización se le haga responsable: segunda, hay otro momento en la edad del individuo, hasta el que, por muy precoz que el desarrollo de su inteligencia sea, no es posible que los actos por él realizados tengan la consideración

de delitos: tercera, hay, por último, un período intermedio, dentro del cual, nacerá ó no la idea de la criminalidad con referencia á los actos también realizados por el individuo, dependiente del desarrollo de su inteligencia, desarrollo desigual, como atrás hemos dicho, en todos los casos que la práctica pueda presentar.

Nuestra Ley, fundándose en las consideraciones apuntadas en estas tres reglas con que hemos pretendido sintetizar nuestro pensamiento, establece: Primero, que el mayor de quince años es responsable criminalmente de los actos que realiza (1). Segundo, que el menor de nueve años siempre es irresponsable. Tercero, que en ese período intermedio, esto es, entre los nueve y los quince años, podrá haber, ó no, responsabilidad por parte del individuo, en consideración á lo que la Ley llama *discernimiento*, cuya idea para nosotros queda ya explicada.

Es de advertir que en cada caso que cae bajo el dominio de esta última prescripción, depende naturalmente la existencia de la responsabilidad de la del *discernimiento*. Por esto el Código penal español, en todas las diferentes épocas de su historia, ha dicho: que los Tribunales harían declaración expresa sobre el punto del *discernimiento* para imponer pena al menor ó declararlo irresponsable.

---

(1) Al tratar de las circunstancias atenuantes volveremos á insistir en esta doctrina, ampliándola con las consideraciones propias de aquel lugar.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Tenemos, pues, examinadas dos grandes causas que hacen que la responsabilidad criminal no pueda nacer en los individuos que se hallan bajo su influjo; estas dos causas pueden sintetizarse en una, que es la falta de inteligencia, cuya falta, en el imbécil ó loco se explica por una perturbación mental, y en el menor de edad por carencia de suficiente y necesario desarrollo.

Nuestro Código completa las prescripciones que establece, respecto á las dos circunstancias que hemos analizado, con algunas disposiciones, que por tener un carácter administrativo más bien que penal, vamos á examinar aquí reunidas, diciendo dos palabras acerca de ellas.

Sabido es que los males causados por los imbéciles, los locos, los menores de nueve años y los mayores de esta edad, pero menores de quince, que obran sin discernimiento son, y no pueden menos de ser, considerados solamente como verdaderas desgracias por la Ley, y nunca como delitos. Pero las desgracias deben evitarse con cuidado, y un loco ó un menor de edad que con su conducta han demostrado que pueden causarlas, deben ser objeto de precauciones tales que hagan, cuando menos, difícil la repetición por su parte de hechos que puedan perjudicar á los demás.

Por esto la Ley dispone respecto al imbécil ó al loco, que sean encerrados en un hospital de los destinados para ellos, siempre que cometan un hecho que sería calificado de delito grave, si hubiera sido

ejecutado por quien estuviese en plenas y normales condiciones de inteligencia; añadiendo que si ese hecho mereciese, en las referidas condiciones normales, el calificativo de delito menos grave, podrá el Tribunal adoptar la precaución del encierro en el establecimiento de dementes, como en el otro caso, ó bien entregar el enfermo á su familia, si afianzase custodiarlo de una manera suficiente.

Esta alternativa no la establecía nuestro Código anterior que, respecto á este segundo caso, disponía siempre: que dando la familia fianza de custodia le entregasen el loco ó demente. Hay quien considera más aceptable la disposición en vigor hoy que la modificada, por la sencilla razón de que hechos muy peligrosos pueden realizar esas personas, aun cuando esos hechos no mereciesen el calificativo de delitos graves si los hubiera cometido un cuerdo, pues dependiendo en muchas circunstancias el calificativo de gravedad de un delito del éxito más ó menos grande, ¿se debería atender á la magnitud del éxito, para tomar precauciones contra un loco? Esas precauciones, dicen, deben tomarse no atendiendo solamente á los males que ha causado, sino á los que se teme con fundamento que pueda causar en lo sucesivo.

Sin embargo de esto, parece duro que por muy grandes que sean los daños que el loco haya ocasionado, ó por muy peligrosa que sea su conducta, se adopten con respecto á él las precauciones que la Ley ordena, siempre que la familia, en todo caso,

dé suficiente fianza de custodia, y satisfaga en este punto las más escrupulosas exigencias.

De esta misma opinión es el Sr. Silvela, que dice con este motivo (1): «Los hechos llevados á cabo sin discernimiento no tienen valor ético ó moral, son puras desgracias que no pueden justificar otras medidas que las de mera precaución, y si la familia del autor del hecho más horrible da seguridades á la autoridad de que no volverá á repetirse, no hay razón ni justicia para arrancarle de su seno y encerrarle en un establecimiento ú hospital.»

Estas precauciones que toma la Ley para el caso en que el imbécil ó loco ejecutare un hecho calificado de delito grave, y aun alguna de las palabras de que usa la misma Ley, parece como que envuelven la idea de pena, lo cual es absurdo de todo punto. En efecto; se preceptúa con este motivo, que el *Tribunal decretará la reclusión* del loco ó imbécil.

Por último, hasta pudiera decirse que hay alguna falta de lógica en la Ley, si comparamos las precauciones por la misma adoptadas cuando se trata de menores de edad con las que prescribe cuando se ocupa de los imbéciles y locos. Respecto á aquellos permite en todos casos que la familia se encargue de su vigilancia y educación, sin hacer distinciones respecto á la mayor ó menor gravedad

(1) Silvela: El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, 2.ª parte, página 243.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y trascendencia de los hechos realizados, distinciones que hace tratándose de las personas que padecen perturbación mental.

Respecto al menor de edad que ejecuta hechos perniciosos en condiciones de irresponsabilidad, dispone el Código con acierto: que se entregue á su familia para que le vigile y eduque, y no habiendo quien de esto se encargue, será llevado á un establecimiento de beneficencia destinado á la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos.

La disposición que acabamos de citar es nueva en nuestro Código vigente. Aplaudimos esta añadición, pues no hay motivo para considerar útiles y convenientes ciertas medidas de precaución respecto á los daños que los locos pudieran ocasionar, y hacer caso omiso de los que se originan de la conducta poco reflexiva de los menores. Los medios que emplea la Ley para conseguir este resultado nos parecen justos y aceptables.

Después de haber recorrido una por una las llamadas por la Ley circunstancias eximentes, que hemos clasificado en causas de no imputabilidad y causas de justificación, cabe preguntar si hay alguna que merezca estar incluída en este catálogo además de las mencionadas. En otros términos. ¿Ha comprendido el Legislador en el capítulo que destina á las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal todas las que deberían figurar en

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

dicho capítulo? ¿Ha incurrido en alguna omisión acerca del particular?

No es ciertamente nueva esta pregunta, porque ya la encontramos formulada á poco de haberse promulgado nuestro Código penal, en su primera etapa, pues en el interrogatorio del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de Abril de 1851, citado en la pág. 15 del capítulo preliminar, figura con el número 9 la referida pregunta.

También el Sr. Pacheco, en sus tan citados comentarios, trata de averiguar si debieran haberse incluído más circunstancias eximentes que las expresamente mencionadas en el art. 8.°, en cuya cuestión se ocupa como apéndice á dicho artículo.

Prueba lo dicho que estando todavía reciente, por decirlo así, la promulgación de nuestra Ley penal, ocurrían dudas fundadas respecto al asunto que nos ocupa.

Razón había para esas dudas, porque las personas que de esta clase de estudios se preocupan, están de acuerdo en afirmar que el Código necesita reforma en esta materia, ampliando la lista de las llamadas circunstancias eximentes, por lo menos con la embriaguez en algún período, la sordomudez y el sonambulismo.

Si la embriaguez en su último grado puede llegar á constituir al individuo en una situación tal que sus facultades psíquicas se hallen completamente perturbadas, será cuestión que estudiaremos con motivo de las circunstancias atenuantes, porque en aquel

lugar nos facilita ocasión para este examen el mecanismo del Código. Aplazamos, por tanto, para entonces el estudio del complicado problema á que aludimos.

Sordomudez.—El sordomudo es, para los hombres que se dedican al estudio de estos infelices, un sujeto cuya infancia se prolonga más tiempo de lo ordinario. Se comprende perfectamente que hablamos del sordomudo que no padece ningún desarreglo intelectual, porque puede proceder su carencia de palabra de idiotismo ó imbecilidad, en cuyo caso dicho está que la causa de exención aparece ya formulada en la Ley con el número 1.°, es decir, al ordenar el Código que no delinque, y por consiguiente que está exento de responsabilidad criminal, el *imbécil* y el *loco*, tomando estas palabras, según queda consignado, como genéricas, y comprensivas, por consiguiente, de la inmensa variedad de anomalías y desarreglos en las facultades mentales.

El individuo que no padece alguna alteración mental, y que por tanto es simplemente sordomudo, no habla porque carece de oído, y faltándole la potencia auditiva no puede en la época ordinaria en que el infante aprende el lenguaje aprenderlo él á su vez. El desarrollo de su inteligencia sufre por tanto un retraso más ó menos considerable, según las condiciones sociales en que vive, y según los medios que se emplean para completar su educación. Pero, á vuelta de esto, llega á ponerse en comunicación con sus semejantes valiéndose de la mímica,

y por medio de signos comunica sus ideas y sus impresiones, dando á entender indubitadamente que distingue con claridad lo bueno de lo malo, la virtud del vicio, lo justo de lo injusto.

No es posible, por tanto, afirmar que el sordomudo, por el sólo hecho de serlo, deba equipararse ni al *imbécil*, ni mucho menos al *loco*. Podremos compararle al menor de edad, cuyo estado de inteligencia se prolonga durante un período más largo, y por esto la circunstancia eximente para el sordomudo debería abarcar un plazo mayor, que si no adoleciese el sujeto del defecto físico que le aqueja; pero teniendo en cuenta que con relación al menor de edad hay un período en el cual se necesita declarar previamente la existencia del discernimiento, para considerar dependiente la imputabilidad de esa condición, debería adoptarse análoga base para imputar al sordomudo los hechos por el mismo realizados.

Tratando este asunto el Sr. Mata en su notable obra de Medicina legal (1), se expresa en los siguientes términos:

«Hay con todo notable diferencia entre el imbécil y el sordomudo. March la ha expresado de una manera figurada, pero muy enérgica y exacta. Podría decirse que la imbecilidad es la noche de la inteligencia y la sordomudez su sueño (2). En efecto, el imbécil es lo que es por su organización. Su limi-

(1) Madrid.—Bailly Bailliere.—1886.—Tomo 1.º, página 255.
(2) T. 1.º, pág. 442.

tada ó muda inteligencia es efecto de la disposición orgánica, física de su cerebro; al paso que el sordomudo no carece de facultades, sino que su conciencia no ha podido desplegarse completamente, no ha sido educado; le falta el oído, y eso le impide la voz.

»Vuélvase el oído á un sordomudo; edúquesele, desarróllese su inteligencia por los medios ingeniosos con que los Ponce de León, los Bonet, los Pereira, los L'Epeé, los Sicard han logrado volver al seno del mundo pensador á esas desdichadas criaturas, y el sordomudo desplegará sus facultades, tanto relativas á la voluntad, como al mismo entendimiento. La educación arranca al sordomudo de su familia lastimosa, y aunque siempre con desventaja, el sordomudo educado puede llenar y llena en la sociedad un sinnúmero de cargos. El sordomudo escribe; el sordomudo habla un idioma mímico más tardo, más complicado, menos general, menos rico en sonidos, pero provisto de formas con que expresa sus sentimientos é ideas; con este idioma, al menos, nos revela que hay en ese cuerpo desgraciado, falto de la voz y del oído, alma que piensa y corazón que siente, tal vez con profundidad y extensión: el sordomudo bien educado tiene conocimiento de sus actos como los demás hombres, é ideas del bien y del mal, de lo lícito y lo prohibido.»

Sonambulismo.—¿Debería el sonámbulo estar exento de responsabilidad criminal por los actos ejecutados durante el sueño? Nadie pone en duda que el so-

nambulismo no es un estado natural en el individuo, ni tampoco hay quien sostenga que los actos ejecutados por el sujeto bajo la influencia del sueño deben serle imputables; pero hemos visto, en algún autor muy respetable, sostenida la opinión de que no debe figurar entre las circunstancias eximentes la de ser ejecutado el hecho por un sonámbulo, por la sencilla razón de que habría muchos crímenes cuyos autores podrían pretender acogerse al amparo de esta causa de exención, sobre todo en delitos realizados por personas que viven en familia. A vuelta de esto, no obstante, se dice que existiendo en realidad el sonambulismo, fácil sería declarar la exención de responsabilidad criminal, apelando al significado y alcance del artículo 1.° del Código, porque no podría calificarse el hecho en este caso como voluntario.

Discurriendo de esta suerte, ya hemos dicho en otras ocasiones que podrían suprimirse varias de las apellidadas circunstancias eximentes, y sin embargo nadie aboga por semejante supresión.

Los peligros que preveen los que opinan porque la Ley omita esta causa de inimputabilidad se evitan empleando todo el cuidado posible en el aprecio de la prueba respecto á este punto. El sonambulismo es raro, y por tanto será necesario probar, de la manera más clara que posible sea, su existencia, antes de formular un juicio respecto á la no responsabilidad del acusado.

El Sr. Silvela opina también, que entre las cau-

sas de inimputabilidad debe incluirse el sonambulismo, y termina las pocas palabras que dedica á este asunto con las siguientes: «Los sentidos corporales permanecen inertes siendo sustituídos por las alucinaciones, cuyos elementos proporcionan el recuerdo, y por lo que puede inducirse de la experiencia de los actos del sonámbulo, no tiene jamás conciencia de su estado, ni dominio sobre su libertad, ni sigue su conducta aquellos principios que la gobernaban durante la vigilia. Por esto parece fuera de toda duda, que el hecho ejecutado durante tal estado no es imputable, siendo en verdad extraño que el sonambulismo —considerado en algún Código antiguo como causa de irresponsabilidad— no lo sea en varios modernos, como acontece en el de España.»

SECCIÓN TERCERA.

Causas de justificación.

LECCIÓN 14.

Defensa personal y de derechos propios, ó de un pariente, ó de un extraño.—Requisitos necesarios para la exención de responsabilidad en los casos respectivos.

Dejamos dicho que todas las circunstancias que llama eximentes nuestra Ley penal se reducen á dos grandes grupos: unas que se deben llamar, en una nomenclatura estrictamente científica, causas de *inimputabilidad*, y otras que deben ser calificadas como causas de *justificación*. Nos hemos ocupado de las primeras y debemos hacerlo ahora de las segundas.

Por esta razón, continuando con el examen de las circunstancias llamadas eximentes por la Ley, debemos ocuparnos ahora de algunas de índole completamente distinta de las que estudiábamos en las precedentes lecciones. Nos referimos á la *defensa*, ya sea de nuestras personas ó derechos, ya de un

pariente, ya de un extraño, de cuyas defensas sucesivamente se ocupa la Ley, marcando, como no podía menos de marcar, los diversos requisitos que en cada una de esas defensas debe cumplir el individuo, si quiere que sea considerado su hecho como no punible por ningún concepto ni en medida alguna.

Fijándonos en la defensa propia y de nuestros derechos, el principio fundamental de que la Ley parte para declarar exento de responsabilidad al que se defiende, es perfectamente comprensible y racional. A nadie se le puede oponer dificultad alguna para que, viéndose víctima de una acometida incalificable, trate de repeler la fuerza con la fuerza, causando al que le acomete los daños necesarios para libertarse de las consecuencias funestas de la acometida dicha. Cuando se dirige á privarnos de la vida, por ejemplo un asesino, ó un ladrón nos acomete con el fin de robarnos, echamos mano para defendernos de los primeros medios que tenemos á nuestro alcance, y le causamos á nuestra vez cuanto daño es preciso en aquel momento, para vernos libres de la injusta acometida que contra nuestra persona dirigía; y si no hemos ido más allá de lo que, según los casos, era necesario que realizásemos para completar nuestra defensa, la conciencia con su tranquilidad será la primera que nos eximirá de culpa. No son necesarios, pues, grandes razonamientos para comprender, en principio, que la defensa exime de pena, porque exime de culpa.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pero si esto es claro y comprensible hablando en general, no puede desconocerse que esa circunstancia eximente se presta á un análisis más detenido, desde el momento en que nos fijamos en las complicaciones que presentan los hechos en la vida real. En efecto: puede haber acometida, y lo que es más, acometida á todas luces injusta, por parte de un individuo, y sin embargo el acometido tener responsabilidad clara y terminante á los ojos de toda conciencia recta, por los daños que ha causado al defenderse, y claro es que deberá por tanto tener también responsabilidad á los ojos de la Ley. No toda acometida, no todo ataque, no toda agresión justifica cualquier defensa. Entre aquel término y éste ha de haber necesariamente alguna relación, cuya relación explicará el juicio que de los males causados en la defensa hemos de formar respecto á la conducta del causante.

La defensa se considera como una reacción, y claro es que toda reacción es igual y contraria á la acción, según nos dicen las leyes físicas. ¿Quién se atrevería á pretender escudarse con la *defensa* propia cuando el ataque no la requería por ningún concepto? ¿Quién puede creerse autorizado para apelar á ella, cuando las leyes nos garantizan por otros medios? ¿Quién puede invocarla cuando en realidad no consta claramente que hubo verdadera agresión? Así, pues, tiene, sin duda alguna, que responder de sus actos aquel que pudiendo causar un daño insignificante ó de escasa importancia al defenderse,

origina un mal mayor; siempre que el exceso de daño causado fuese innecesario, del exceso debe ser criminalmente responsable.

Podrá objetarse que es difícil en la defensa contenerse en los límites estrictamente necesarios, y además que sin la acometida no hubiera causado daño alguno el que se defiende, cuyos daños no hubieran ocurrido á no haber habido la agresión, siendo por tanto la causa originaria de esos daños el autor de la referida agresión. Pero á esto contestaremos: que siendo cierto que la conducta del que acomete originó el exceso de daño causado en la defensa, y confesando aún que ese mal no lo produciría en otro caso el que se defiende, no por esto deja de serle imputable; si bien hay á su favor una natural disculpa.

Siendo por tanto disculpable en este caso el exceso que ha ocurrido en la defensa, es este asunto propio del lugar en donde nos ocupemos de todos aquellos motivos, en virtud de los que las acciones de los hombres, sin dejar de ser malas y justiciables, no lo son en tanto grado como si no se explicasen por los motivos dichos. En una palabra; al fijarnos en lo que la Ley llama circunstancias atenuantes, tendremos ocasión de desenvolver este punto, y tantos otros como en él se relacionan.

Tampoco puede la defensa propia dar margen á que no se nos imputen los males que causemos defendiendo todos nuestros derechos, porque los

hay de tal naturaleza que están suficientemente garantidos en todos casos por las leyes y los tribunales, que nos proporcionan medios amplísimos para reparar el daño causado. La defensa que nos ocupa sólo puede tener lugar cuando, no ejercitándola, podrían ocurrirnos perjuicios irreparables por el derecho y por las entidades encargadas de que se realice en la sociedad.

Por último, sin verdadera agresión tampoco puede invocarse la defensa para rechazar completamente la culpabilidad.

Suele ocuparse con este motivo algún autor de si deberá declararse á los ojos de la justicia humana como inocente al que, v. g., en un naufragio, arroja de la tabla en que se había salvado á un infeliz, con el fin de conservar su vida el que tal hace. Los que afirman que no debe incurrir en responsabilidad el que esto ejecuta, se apoyan en la energía con que se nos impone el deseo de evitar la muerte, y en que entre la vida del prójimo y la propia nadie duda, por regla general. Pero, por el contrario, los que estudian los elementos íntegros que forman la defensa como causa incompatible con la responsabilidad, sostienen: que en el caso propuesto no ha habido agresión por parte del que, más afortunado, fué el primero en apoderarse de la tabla salvadora, y que habiéndola cojido con perfecto derecho, no lo puede haber en contra, para privarle de aquel felicísimo medio que la Providencia le había proporcionado á fin de no perecer.

Para pretender que no hay responsabilidad en el caso que se acaba de citar, no es necesario discurrir acerca de si se reunen ó no en el citado caso los requisitos que exige la defensa, para elevarse á la categoría de causa de justificación. Hablar de la defensa en el repetido caso nos parece que es sacar de quicio la cuestión. Si tratamos de buscar alguna circunstancia eximente en la Ley, cuyo pensamiento sea aplicable al caso propuesto, la encontraremos en la formulada con el número 10, que dice así: «*El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor,*» en cuyo examen nos ocuparemos más adelante.

Sentados estos precedentes podemos ahora fácilmente examinar las prescripciones legales.

Dice nuestro Código que no delinque: *el que obra en defensa de su persona ó derechos;* pero como esta manifestación tan absoluta, dejada á la amplia interpretación de los tribunales, podría dar margen á irresponsabilidades exageradas, añade á continuación los requisitos que deben preceder y concurrir en la defensa para que surta el efecto dicho. Estos requisitos son los siguientes:

Agresión ilegítima.

Necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla.

Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Pocas palabras se necesitan, después de las bases que dejamos sentadas, para conocer el pensa-

miento y la extensión de los preceptos de la Ley, al marcar esas tres condiciones que ha de reunir la defensa de nuestra persona y derechos, para que nuestros actos, á los ojos del derecho, tengan la consideración de inocentes por completo.

Ha de ser en primer lugar *ilegítima* toda agresión que contra nosotros se dirija. Así, pues, siempre que la agresión ó acometida tenga cualquier título de legitimidad, no podremos reaccionar contra ella: de ella no podremos defendernos. Para esto es ineludible condición que nos acometa quien no tiene, ni propio ni delegado, derecho alguno para acometernos. No acomete el padre al hijo cuando trata de castigarlo: no acometen los agentes de la autoridad al presunto criminal que procuran detener. En estos casos es posible que no hubiese en rigor acometida; pero si la hubiera jamás sería ilegítima.

Fácilmente se comprende también el especial cuidado con que escoge la Ley las palabras que usa al formular el segundo de los requisitos mencionados. No dice tan sólo que ha de haber *necesidad* de los medios que ponga en práctica el que se defiende, sino que exige que esa necesidad ha de ser *racional*.

¿Qué quiere la Ley significar al pretender que esa *necesidad* ha de ser *racional?* Racional es lo conforme á razón, y la razón nos dice que la necesidad de los medios empleados al defendernos, varía según los accidentes de modo, tiempo, lugar

y persona. Para ponernos á salvo de una misma análoga acometida, se explica perfectamente que hubiésemos necesitado emplear medios de energía diferente, según que la acometida, pudo sobrecogernos más ó menos, por estar más ó menos desapercibidos. La oscuridad de la noche abulta naturalmente los peligros, y nos los presenta como de magnitud exagerada; en un sitio solitario es más temible cualquier ataque por la dificultad de recibir auxilios, pues nuestros clamores, pidiéndolos, pueden no ser oídos. En fin: no es preciso usar los mismos medios contra un atleta que contra un hombre débil, contra un hombre en plenas condiciones de robustez que contra una mujer, un niño ó un anciano.

La tercera condición es igualmente comprensible, y aceptable la forma que la Ley emplea al mencionarla.

Quien con su conducta imprudente ha dado margen al ataque de que es víctima, no puede pretender se le declarase inculpable de los males que hubiese causado después al defenderse. Quiere con razón la Ley, que quien haya de ser conceptuado á sus ojos como inocente por los resultados de un hecho, lo sea en realidad, y no puede serlo quien ha provocado á otro en tales términos, que fueron *suficientes*, según lo que normalmente acontece, para que el provocado, dejándose llevar (aunque indebidamente) de los impulsos del furor, le haya dirigido una acometida.

Además de la defensa de persona y derechos propios, autoriza la Ley la defensa de nuestros parientes dentro de ciertos grados, y la de los extraños bajo ciertas condiciones.

Al hacerlo así la Ley fúndase en los efectos naturales de los vínculos del parentesco, que engendran profundo cariño entre las personas por ellos unidas, y respecto á la defensa de extraños no podía tampoco desconocer que es digno de aplauso y no de pena, quien expone su persona, por colocarse al lado de quien inícua ó injustamente se ve acometido.

Claro está que la mayor parte de las condiciones necesarias para que no delinca quien se defiende á sí propio, han de ser indispensables para que tampoco delinca quien defiende á los demás. Ha de haber una agresión injustificada: el que defiende ha de proceder con toda la mesura que los casos y circunstancias reclamen. Lo que no nos justifica tratándose de nosotros mismos, no nos ha de justificar tratándose de los demás.

Para ser breves terminaremos este punto citando la letra de la Ley, que dice así (1): *no delinque el que obra en defensa de la persona ó derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes ó hermanos legítimos, naturales ó adoplivos, de sus afines en los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto*

(1) Artículo 8.º, circunstancia 5.ª

civil, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior (1) *y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.*

Tampoco delinque *el que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y la segunda circunstancia prescritas en el número 4.°* (2) *y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo.*

Además de los dos requisitos que exige la Ley taxativamente como comunes á toda defensa, á saber: la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla, exija también, tratándose de la defensa de personas extrañas, que el defensor no sea *impulsado* por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo.

El Sr. Pacheco, al comentar la disposición legal que nos ocupa hállala conforme á razón (3), pues cree que el que obra, defendiendo á un extraño, movido por impulsos de un resentimiento, etc., no debe acogerse á la exención de responsabilidad que, según el pensamiento de la Ley, debe sólo servir

---

(1) Estas circunstancias son: la agresión ilegítima, y la necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla.

(2) Vuelve á referirse á la agresión ilegítima, y á la necesidad racional, etc.

(3) Obra citada, tomo 1.°, pág. 160.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

para declarar la exención de responsabilidad penal únicamente de aquellos cuya conducta generosa no está enturbiada por impulsos poco benévolos hacia la persona autora de la agresión en contra del defendido. No son éstas ciertamente las palabras del señor Pacheco; pero creemos, sí, no haber truncado su pensamiento.

De muy distinto modo de pensar es el Sr. Silvela (1), que al ocuparse de éste tercer requisito que reclama la Ley como de concurrencia necesaria para que haya justificación en la defensa de un extraño, dice: Nosotros que hemos procurado distinguir profundamente la esfera de la moral de la del derecho, entendemos que es mucho más justo, y como más justo más útil, el que un extraño, por odio ó resentimiento contra el agresor defienda al acometido, que no el que se abstenga y permanezca indiferente por miedo de que la defensa se atribuya á impulsos de la venganza, á las instigaciones del odio, ó á otro motivo que pueda considerarse como ilegítimo.

Conceptúo mucho más aceptable esta última opinión, si bien en los casos prácticos que puedan ocurrir deberá tenerse mucho cuidado en averiguar si hubo el más pequeño exceso en los medios empleados para la defensa.

---

(1) Obra citada, tomo 2.º, pág. 193 y 194.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 15.

Daños causados en propiedad ajena.—Requisitos necesarios para quedar exento de responsabilidad criminal el causante.—Condiciones precisas para el mismo fin respecto á los males causados por mero accidente.—Exención de responsabilidad en virtud de violencia, miedo, cumplimiento de deber, obediencia y omisión.

Las circunstancias relativas á la defensa de nuestras personas ó derechos van seguidas en el Código de otra relativa á la defensa de las propiedades, no cuando por un sujeto se dirija contra ellas un ataque, sino cuando se vean amenazadas de un peligro del que podemos librarlas causando algunos daños en otras propiedades.

La Ley, que vela por la seguridad personal de los ciudadanos, castigando cuanto constituya un atentado contra ella; pero que permite que el individuo se defienda, aun cuando su defensa cause males á otro individuo, no podía menos de garantizar también nuestra propiedad, poniéndola á salvo de todo ataque; pero permitiendo al propio tiempo que en circunstancias excepcionales pudiesen, para evitar males mayores, causarse daños en propiedad ajena.

Declara por tanto la Ley (1) que no delinque quien para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, con tal que en este hecho concurran los siguientes requisitos, ó circunstancias, como dice la Ley:

1.° *Realidad del mal que se trata de evitar.*

2.° *Que sea mayor que el causado para evitarlo.*

3.° *Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.*

No tiene esta circunstancia eximente concordancias en otros Códigos, que sin duda han presumido no era necesario mencionarla, porque jamás se podría considerar como acto de delincuencia la situación que trata de describir. Hubiera hecho bien nuestro Código no mencionándola, pues no era necesaria esa prescripción legal para que considerásemos completamente justificado, á quien, llevado de sentimientos generosos, trataba de evitar las perniciosas consecuencias de cualquier calamidad. No era necesario que la Ley dijera que no delinquía el que para evitar los estragos de una inundación abría una zanja, destruyendo para ello un sembrado de maduros y sazonados frutos. No era preciso que la Ley lo decretase terminantemente, para que considerásemos como ajustada á derecho la acción de quien, para cortar los progresos de un incendio, destruye total ó parcialmente un edifi-

(1) Caso 7.º de las circunstancias eximentes.

cio. No: estas acciones no pueden jamás constituir un delito ni una culpa, porque en ellos no encontramos ni dolosa intención de dañar, ni falta de diligencia debida.

Pero la Ley marca los requisitos con que se ha de proceder en casos como los que acabamos de indicar, y en ellos debemos fijarnos un momento.

Los primeros requisitos son claros, comprensibles fácilmente y justos. En efecto; el daño que se trata de evitar debe ser real, es decir, de existencia indubitable.

No un vano temor de un peligro posible ha de autorizar cualquier procedimiento, sino por el contrario, ese peligro ha de existir verdaderamente en los momentos en que contra él se toman precauciones, y se adoptan medidas para evitar sus funestas consecuencias.

Tampoco puede considerarse como lícito conjurar un mal insignificante, valiéndose de medios que producen más perjuicios que los que puede traer en pos de sí ese mismo mal, porque no habría entonces ventaja alguna para nadie.

No puede aceptarse de la misma suerte, ni podemos prestar nuestro asentimiento, al 3.° de los requisitos que han de concurrir á formar en conjunto la exención de responsabilidad en el caso que examinamos.

Diciendo la Ley que no ha de haber otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal que se trata de evitar, ciñe el arbitrio ju-

dicial á un círculo tan estrecho, que le expone á cometer mil injusticias, si no interpreta con alguna latitud este precepto. Falta aquí la fórmula concisa y elástica á la vez, que usaba el Código cuando mencionaba los requisitos de la defensa, cuando decía que la *necesidad* del medio empleado había de ser *racional*.

En este caso nos parece exigir demasiado el pedir que el medio empleado ha de ser precisamente el menos *perjudicial*, porque debe tenerse en cuanta la premura y precipitación con que en momentos de peligro se procede. ¿Quién, cuando trata de evitar tome incremento un incendio, que se presenta terrible ya en los primeros momentos, puede pararse á reflexionar cuál sería el mejor medio y que menos perjuicios pudiera causar? Probablemente cuando terminase su meditación ya tendría que volverla á comenzar, porque los medios que hubiese decidido poner en práctica, ya no serían necesarios, porque durante esta meditación las cosas habrían variado probablemente y el medio escogido sería inútil en aquellas nuevas circunstancias. Pero si el individuo de que nos ocupamos, dejándose llevar de la premura de los momentos y de los impulsos naturales de su corazón, no desperdicia ni un instante y escoge desgraciadamente el medio que no ofrece el menor número de perjuicios, queda expuesto á que su acción generosa le traiga como *recompensa* la consiguiente responsabilidad. Es cierto que esta responsabilidad, sería limitada por una

fuertísima circunstancia atenuante; pero al fin, por pequeña que fuere, responsabilidad existiría.

Pero debemos confesar que en la práctica no ocurrirán estos inconvenientes, porque no habrá tribunales que condenen á quien no tuvo la más remota intención dolosa de causar un perjuicio. Sin embargo, si los tribunales hacen caso omiso de la Ley, porque de cumplirla se cometerían injusticias, esto demuestra tan sólo la necesidad de reformar los preceptos del derecho constituído.

Prosiguiendo el análisis de lo que nuestra Ley denomina circunstancias eximentes, nos encontramos con otra formulada en estos términos: *El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo* (1). Al parar nuestra consideración en esta circunstancia, lo que desde luego nos ocurre es su inutilidad, por cuanto habiéndonos fijado de una manera conveniente en lo que constituye la idea del delito, de una vez para siempre deben haber quedado sentadas estas doctrinas. ¿Qué habrá dado por tanto margen á que el Legislador formule este nuevo pensamiento? Solamente la falta de fijeza en sus doctrinas respecto á la interpretación de los elementos que constituyen la *voluntad*. Según que la voluntad comprenda ó deje de comprender la idea de *intención*, así estará más ó menos justificada la circunstancia que nos ocupa.

(1) Art. 8.°, circunstancia 8.ª

En la explicación que dejamos hecha del artículo primero de nuestro Código, hemos tenido necesidad de examinar si la *intención* era un elemento en la idea del delito de la misma importancia que la *libertad* y la *inteligencia*, y se recordará que hemos obtenido este resultado. En donde faltan, ó dejan de concurrir, la libertad y la inteligencia, no puede existir delito; pero no es posible sentar de la misma suerte, como regla general, y sin excepción de ningún género, que en donde falte la intención no exista culpabilidad. En otros términos: puede suceder que cuando la intención no existe tampoco exista delincuencia; pero puede también acontecer que, no obstante la carencia de intención, resulte algo culpable, y algo por tanto merecedor de un castigo (1).

Solamente sobre esta base se comprende el pensamiento de la circunstancia justificativa que examinamos, pues de no ser así envolvería este precepto de la Ley una contradicción con el artículo 1.° de la misma. En efecto; si en virtud de aquel artículo, y en vista de la definición legal del delito, pudiéramos presumir que sin la intención no podía ha-

(1) No debe olvidarse lo que dejamos dicho con motivo de la explicación del art. 1.º del Código, y además, que tratamos de interpretar la Ley para sus diarias aplicaciones en este punto; y por tanto que en este lugar, como en todos aquellos en que prescindimos, hasta cierto punto, de la teoría, para entender las palabras en el sentido en que la referida Ley las usa, consideramos la *voluntad* exclusivamente como la considera el Legislador.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ber delincuencia en caso alguno, la contradicción resultaría manifiesta, por cuanto la circunstancia que examinamos nos dice bien claramente que otras condiciones son además precisas. No basta, en virtud de ella, que falte la intención, pues para declarar exento de responsabilidad criminal al autor de un hecho intencional reclama además que el hecho sea *lícito*, que haya sido ejecutado con la *debida diligencia*, y que el mal haya resultado por *mero accidente*.

Podemos por tanto decir, que distintos requisitos concurren en conjunto á formar esta circunstancia eximente, de cuyos requisitos la falta de intención es solamente uno. De la misma suerte que para quedar exento de responsabilidad criminal en virtud de la defensa, no se contenta la Ley con decir que debe preceder *agresión* ilegítima, tampoco en los males causados por mero accidente basta, para quedar exento de responsabilidad el causante, la falta de intención criminal por su parte.

Los requisitos que además de la intención se requieren, son fáciles de comprender ó apreciar.

En primer lugar el hecho productor del daño ha de ser *lícito*, lo cual significa que no ha de ser contrario ni á la moral ni á la Ley. Quien ejecuta un hecho ilícito, ejecuta lo que no debiera realizar de modo alguno, y resultando males de ese hecho no puede pretender justificarse de sus consecuencias, alegando no tuvo intención de producirlas.

Pero no se contenta con esto la Ley, sino que

además exige que los actos lícitos se ejecuten con la diligencia *debida*, lo cual significa que deben adoptarse todas aquellas precauciones que exija la naturaleza del hecho ejecutado. Lícita es la caza; pero deben las personas que á ella se dediquen emplear todo el cuidado necesario para no causar males ni daños, á que tanto se presta el uso de las armas de fuego.

En vista de lo dicho creemos, que si por efecto de la ejecución de un hecho lícito, ejecución llevada á cabo con todo el cuidado necesario según la naturaleza del hecho mismo, resulta un mal contrario y ajeno á la intención del causante, ese mal habrá acaecido en todos casos por mero *accidente*, por lo cual esta cláusula parece hasta cierto punto redundante.

A muchísimas más consideraciones se presta la causa de justificación que nos ocupa; pero en otros lugares de esta obra tendremos ocasión de desarrollar el pensamiento que envuelve, fijándonos en algunos ejemplos tomados de la práctica, con lo cual podremos formar un concepto bastante completo de tan difícil y delicada materia.

Continuando con el examen de las causas de ustificación, debemos ocuparnos desde luego de dos que aparecen reunidas en la Ley (1), y en las que encontramos una idea común, cual es la de falta de libertad en el agente, si bien la causa

(1) Artículo 8.º, párrafos 9 y 10.

que ataca la libertad dicha es muy diferente bajo el pensamiento de entrambos motivos de justificación.

Están formuladas así esas dos circunstancias á que aludimos. *El que obra violentado por una fuerza irresistible:* esta es la primera. *El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor:* tal es la segunda.

Tienen á primera vista estas circunstancias de común que en virtud de ellas el agente de un hecho obra sin libertad, pues una tercera persona le obliga á que realice, muy á su pesar, lo que en otro caso no realizaría.

Pero por otra parte, hay entre esas dos circunstancias una diferencia tan profunda, que hace que mientras respecto á la primera no es necesario más que enunciarla para que desde luego se comprenda, cuando se trata de la segunda, por el contrario, necesita el pensamiento que encierra ser meditado.

En efecto, la violencia física no deja recurso al individuo que es víctima de ella; pero la coacción moral, por grande que sea, permite que el sujeto sobre quien recae lleve su heroismo hasta el punto de sustraerse á su influjo. Por esto vamos á fijarnos un momento en esta última.

El principio de la omnímoda libertad interna, formulado en esta máxima, *voluntas etiamsi coacta, voluntas est,* da claramente á entender que, moralmente hablando, podemos sustraernos á todo género de amenazas, siguiendo la línea trazada por nuestros deberes, según nuestra conciencia nos

indica. Puede amenazársenos con privarnos de la vida, si no accedemos á cometer tal ó cual atentado contra nuestros semejantes; pero también podemos en cambio preferir esa especie de martirio á causar un daño al prójimo. Esta acción sería sublime, heróica, digna de universal alabanza. Pero las cosas no pasan así en el mundo, y las leyes no se formulan para las excepciones y casos raros, y sí para lo que es frecuente y constituye la regla general. El Legislador humano para la humanidad escribe, y tiene que aceptar ésta tal cual es. Por tanto, puesto que viéndonos en un inminente peligro, bajo la terrible presión de una amenaza, si no realizamos un daño, nos decidimos en general por realizarlo, para sustraernos á las consecuencias de la amenaza dicha, debe servir esta consideración para que todo Legislador declare aquí no haber lugar á responsabilidad criminal.

Pero como se trata de averiguar hasta qué punto toda amenaza de un mal ha de servir para eximirnos de responsabilidad, debemos advertir que la fórmula que emplee la Ley en este punto debe ser de tal naturaleza que deje ancho campo al arbitrio judicial. No usa el Código de 1870 idéntica fórmula que el de 50, pues así como éste decía: *el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor* aquél termina su precepto así: un mal *igual ó mayor*,

Si pudiéramos creer á primera vista que la fórmula del Código vigente es más amplia, respecto á quien bajo su condición hubiese obrado, nos equi-

vocaríamos, porque la palabra *mayor* que usaba el Código de 70, no podía admitirse como término de comparación entre el mal con que se amenazaba al autor del hecho, y el mal que éste ejecutaba bajo la amenaza, sino como significando un mal grave y próximo.

Por el contrario, las palabras que usa la Ley hoy día, arguyen la necesidad de entrar en comparaciones entre el mal con que se amenaza y el mal realizado para sustraerse á ella, cuyas comparaciones conducen á absurdos en el terreno de la justicia social. No encontramos en este lugar del Código aquella latitud que tanto aplaudimos, cuando se mencionaban los requisitos que exigía la Ley en la defensa: quisiéramos aquí que los tribunales pudiesen moverse con el desembarazo que les daba allí el Legislador, al decir que la *necesidad* de los medios empleados para impedir toda agresión habría de ser *racional*.

Que esa latitud otorgada á los juzgadores debería consignarla el Código, al declarar exenta de responsabilidad á la persona que ejecuta un hecho impulsada por miedo insuperable, lo demuestra la razón y la conciencia, que nos dicen es imposible comprender dentro de una fórmula ceñida ó restringida la inmensa variedad de los casos que puedan ofrecerse y presentarse á la consideración de los tribunales.

Si los males con que se nos amenaza y los que ejecutamos por insuperable miedo para librarnos de

aquellos fuesen en todos casos de igual ó parecida naturaleza, por lo menos; si las condiciones del sujeto sobre quien la amenaza se ejerce fuesen idénticas, en este caso fácil tarea sería la de comparar cosas homogéneas, por decirlo así, para deducir sin dificultades la exención de responsabilidad criminal.

Mas acontece precisamente lo contrario: ni los males pueden matemáticamente compararse, ni las condiciones de las personas se equiparan. Rarísima situación será sin duda aquella en que se nos amenace con matarnos si no matamos, con herirnos si no herimos, con deshonrarnos si no deshonramos. Sucederá, sí, con frecuencia, que se nos amague con un mal si no accedemos á practicar otro de naturaleza completamente distinta.

Pero todavía la dificultad sube de punto, al considerar el muy diverso influjo que esas amenazas pueden ejercer en el ánimo de varias personas, según sus circunstancias. La mujer debe ser, por regla general, más fácil de intimidar que el hombre, el anciano más que el joven, el adolescente más que el adulto. Hay quien prefiere la honra á las riquezas y aun á la vida; al paso que la persona deshonrada ya nada tiene que perder en este terreno, ni ante sí propio, ni ante la consideración general. Y como si todo esto no fuera suficiente, viene á complicar el problema la consideración muy atendible de las circunstancias sociales del sujeto, y las especiales, en ocasiones, de una época de la vida, en la que necesita acaso velar con escrupulosidad suma por

mantener incólume y sin mancilla una honra que no es suya exclusivamente. Ejemplos mil pudieran presentarse en corroboración de cuanto se acaba de indicar de una manera general.

Entre las circunstancias eximentes menciona nuestro Código, la siguiente: *El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.*

Para comprender que en este caso no existe delito no son necesarios esfuerzos de ningún género, y ésta sin duda es la causa porque en varios Códigos, que siguen en su desenvolvimiento un método parecido al nuestro, no se menciona esta causa de exención, por conceptuarlo innecesario.

Es evidente que existe verdadera incompatibilidad entre cumplir un deber y realizar un delito, lo mismo que entre ejercitar legítimamente un derecho, y cometer al propio tiempo un acto de delincuencia.

Tampoco se necesita mucha detención para explicar la siguiente circunstancia; si bien conviene fijarse en el pensamiento que encierra alguna de sus palabras. Se comprende, pues, con entera claridad que no delinque *el que obra en virtud de obediencia debida.*

La jerarquía social trae en pos de sí, como necesaria consecuencia, que unos individuos tengan derecho á ordenar dentro del círculo de sus atribuciones, y que otros tienen el deber de obedecer. Pero no toda orden de un superior debe ser obede-

cida. Los superiores pueden ordenar cosas contrarias al derecho y á la justicia, y si esas órdenes no las dictan con derecho para dictarlas, no puede concebirse que quien las obedece quede libre de toda responsabilidad, por el único motivo de alegar obró obedeciendo á un superior. Semejante conclusión sería absurda, aun en aquellos casos en que los vínculos de la disciplina social son más fuertes y enérgicos.

La Ley por tanto obró con plena justicia no concediendo exención de responsabilidad por efecto de la obediencia al mandato de un superior en todos casos, y respecto al criterio conforme al que deben ajustar sus fallos los tribunales supo escoger una fórmula concisa y breve, pero tan elástica como se necesita, para que dentro de ella puedan encajar los distintos casos que en la práctica se presenten.

Dice la Ley, que la obediencia, para producir la exención de responsabilidad, ha de ser *debida*, lo cual significa que el precepto (sea justo ó injusto) ha de ser dictado con derecho: *derecho* para ordenar lo que se ordena, y por tanto *deber* de la obediencia respecto á lo ordenado; tal es el pensamiento de la Ley en este punto.

Termina el catálogo de las circunstancias eximentes con una que se diferencia radicalmente de las anteriores en cuanto á la fórmula que el Legislador usa al consignarla. Dice así la circunstancia 13: *El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.* Se refiere,

pues, la redacción de estas circunstancias á los delitos por omisión, que no lo serán desde el momento en que en dicha omisión se haya incurrido por las causas dichas.

Para comprender la existencia en la Ley del precepto que acabamos de trascribir, tenemos que recordar lo que hemos dicho al ocuparnos de la definición legal del delito. Allí hemos visto que se podía delinquir, lo mismo ejecutando lo que la Ley prohibe, que dejando de ejecutar lo que la Ley ordena; lo mismo quebrantando una Ley prohibitiva que otra preceptiva; pero también se recordará, decíamos, que los delitos por omisión serían muchísimo menos frecuentes, porque las leyes penales preceptivas eran en escaso número, comparadas con las prohibitivas.

Sean frecuentes ó raras las leyes penales de fórmula imperativa, es el caso que algunas existen con esta fórmula, y para este caso no debía el Legislador olvidar el influjo de las circunstancias eximentes, y por esto escribió la que nos ocupa. Algún comentarista opina que no era necesaria su inserción en la Ley, por cuanto quien deja de ejecutar lo preceptuado por impedírselo una causa legítima ó insuperable, no tiene *voluntad* de eludir el mandato del Legislador, y sin voluntad no hay delito, ni por acción ni por omisión, según el contexto claro y terminante del art. 1.° del Código.

Pero discurriendo así podríamos suprimir, ó todas, ó muchas de las circunstancias eximentes, según la

interpretación que diéremos á la palabra *voluntad*. No habiendo, según los comentaristas de nuestro Código, voluntad en donde no hay *inteligencia*, ni tampoco en donde no existe *libertad*, claro está que por el razonamiento aducido para suprimir la circunstancia 13, podrían suprimirse la del imbécil y loco, lo mismo que la del que obra violentado por fuerza irresistible. Ya que la Ley consigna expresamente estas circunstancias, también pudo y debió consignar aquella.

La circunstancia que nos ocupa declara exento de responsabilidad criminal lo mismo al que incurre en omisión por impedírselo causa *legítima*, que al que se lo impide causa *insuperable*, adjetivos unidos por una partícula disyuntiva y no copulativa, como, sin duda por un error de imprenta, hemos visto en algún autor. Habrá por tanto causas legítimas que nos impidan hacer lo que debiéramos realizar, y habrá causas insuperables que produzcan el mismo impedimento, siendo el individuo, sujeto á ellas, tan irresponsable en un caso como en otro. La causa legítima debe referirse en la Ley á todo impedimento que produzca coacción moral, al paso que la causa insuperable debe hacer relación al caso en que sobre el individuo se ejerza violencia física.

CAPÍTULO II.

De la mayor ó menor culpabilidad en consideración á los pasos recorridos en la senda del Delito.

LECCIÓN 16.

De lo que comunmente se llama generación del Delito: su definición y actos que comprende.—Estudio de los diversos actos y situaciones del delito conforme al criterio del Código y de la escuela ecléptica.

Dejamos en lecciones precedentes sentada la base de donde arranca toda la fundamental noción de la culpa, y hemos averiguado, ó procurado averiguar, las condiciones indispensables que todo hecho debe reunir á fin de que pueda originar responsabilidad penal. Hemos procurado hacer las investigaciones necesarias á este resultado, no solamente en el terreno general ó teórico, sino también en el terreno legal, apreciando las ideas y las palabras en el sentido y con el alcance que tienen para el Legislador, pues al fin y al cabo la Ley hay que entenderla y aplicarla conforme la entiende y desea que se aplique quien la dicta y formula.

Conocida la significación que en nuestro Derecho constituído tiene la palabra *voluntad*, sabemos que no hay delito en donde ella no concurre plenamente, y de la misma suerte sentado queda que no existe delincuencia en donde imposibilita su nacimiento una causa de *inimputabilidad*, ó donde la rechaza otra de *justificación*.

Mas si, en virtud de cuanto dejamos dicho, podemos resolver cuándo existen ó no términos hábiles para que, con relación á cualquier hecho, sea posible afirmar si quien le realizó es ó no culpable, falta todavía que podamos decir de igual manera si el acusado tiene mayor ó menor culpa.

Estando sujeta la *culpabilidad* á gradaciones, como sabemos, es forzoso entrar en el análisis de esas gradaciones ó variantes, y entre ellas la primera que debemos examinar es la que se refiere á la mayor ó menor culpa que puede imputarse al que ejecutó un hecho criminal, teniendo en cuenta si realizó el *todo* ó *parte* del referido hecho.

Uno de los problemas de mayor interés en materia penal es el de clasificar, con el debido acierto, las distintas situaciones criminales, que se ofrecen á nuestra consideración, teniendo en cuenta los pasos recorridos en la senda del delito. Para formarnos una idea cabal de estas diversas situaciones criminales, no es suficiente saber que tal ó cual individuo ha tomado parte en la realización de un hecho con plena voluntad; porque ese hecho de que se trata puede haberse realizado por completo, ó puede muy

bien no haberse realizado más que de una manera parcial, y lo que falta por realizar, puede no haberse llevado á cabo por diferentes causas, en cuyo examen es necesario entrar, si hemos de distinguir en todos casos la mayor ó menor culpabilidad de las acciones humanas. Este problema se conoce en Derecho penal con el nombre de generación del delito, á cuyo problema han dedicado especial atención todos los escritores de la ciencia y todos los comentaristas de nuestro Código.

Empezaremos definiendo la generación del delito, para dar una idea general del problema que tratamos de resolver, en estos términos: «la serie de actos que el delito comprende desde que aparece en el pensamiento hasta que se realiza como hecho.»

Tratando, como tratamos, de averiguar la culpabilidad de las diversas situaciones que comprende lo que hemos llamado la generación del delito, es forzoso, siguiendo el método de la mayor parte de los escritores, formar una clasificación de esos actos, que nos sirva de guía para resolver con claridad las preguntas concretas respecto al juicio que deben merecer las situaciones que se vayan presentando; cuya clasificación nos servirá como de piedra de toque para comprender y contrastar la doctrina del Código penal en este punto.

Si la generación del delito empieza en el pensamiento criminal, y termina en la realización completa del mismo, tenemos ya fijados los límites, faltando sólo marcar los puntos intermedios. Desde lue-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

go aparece que de todos esos actos, que el delito en su totalidad comprende, pueden hacerse dos grandes grupos: uno de actos llamados internos y otro de los externos.

El primero de esos grupos comprenderá todas aquellas evoluciones de nuestro espíritu que al delito se refieren, y que serán en mayor ó menor número según los casos. Así, podrá suceder que entre el pensamiento del delito y su resolución no medie tiempo apreciable; podrá suceder por el contrario, que esta elaboración interna sea más ó menos lenta. En ocasiones, tan luego como surge el pensamiento criminal, se resuelve su ejecución; mientras que en otras, antes de llegar á tal resultado, se entabla una lucha interna, más ó menos fuerte, entre la mala tentación de cometer el delito y la conciencia, que, por medio del remordimiento, batalla por salvar la inocencia. Pero en todos los casos, ya triunfen las malas sujestiones, ya, por el contrario, sean escuchados y surtan efecto los clamores del remordimiento, tienen esos actos un carácter común, cuyo carácter es el de ser internos todos ellos, é impenetrables por tanto á las miradas y á la justicia de los hombres.

El segundo grupo de actos del delito, es decir, el de los externos, es susceptible de varias subdivisiones, todas ellas de grande importancia, para fijar la idea de la mayor ó menor culpabilidad de las acciones humanas. No todos los delitos podrán seguir igual número de pasos en su desenvolvimiento externo; pero no es posible dejar de mencionarlos todos

por grupos, para hacer las convenientes aplicaciones en los múltiples y variados casos que la práctica puede presentar.

Entre estos actos externos hay algunos que no tienen con la obra del delito una relación tan inmediata y necesaria, que pueda decirse conducen forzosamente á su realización: estos actos llámanse preparatorios del delito, si bien hay algún autor (1) que da mayor extensión á este calificativo, aplicándolo, no sólo á los actos á que nos estamos refiriendo, sino á todos los que hemos llamado internos.

Después de estos actos preparatorios siguen, en un orden natural, los que se denominan actos de ejecución, que demuestran que la obra del delito se ha empezado á realizar ya de una manera concreta, acerca de lo cual los referidos actos no dejan duda de ningún género. Pero de que estos actos llamados de ejecución hayan empezado á existir, no se deduce, ni puede deducirse, que el delito haya de llevarse á cabo, pues muchos delitos empezados á realizar no han llegado á consumarse. Esta no consumación ocurre por varias causas, pudiendo presentarse las siguientes situaciones: 1.ª Se empieza á ejecutar un delito por actos que claramente demuestran la intención de cometerle; pero después de esto, el delincuente, movido por cualquier causa, escucha la voz de la conciencia, se arrepiente, y abandona la ejecución de la obra comenzada.—2.ª situación. Después

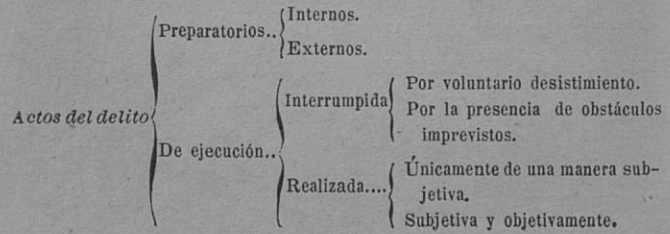
(1) Groizard.

de recorridos en la senda del delito algunos pasos, y realizados varios actos de esos que hemos llamado de ejecución, tropieza el criminal con un obstáculo que le hace suspender, muy á su pesar, la obra comenzada.—3.ª situación. Se han recorrido por el criminal todos, completamente todos, los pasos que debían, en términos normales, producir la realización del delito, y sin embargo, esto no se realiza por cualquier causa (1).

Resumiendo lo anteriormente dicho, distinguimos los siguientes grupos de actos: 1.° Actos internos, ó preparatorios internos. 2.° Actos preparatorios externos. 3.° Actos externos de ejecución interrumpida por arrepentimiento. 4.° Actos externos de ejecución interrumpida por la presencia de un obstáculo insuperable. 5.° Actos de ejecución completa por parte del criminal; pero que no realizaron el fin propuesto. 6.° y último. Actos de ejecución completa por parte del criminal, y que realizaron el fin propuesto.

---

(1) El siguiente cuadro representa gráficamente las indicaciones que acabamos de hacer respecto á los actos y situaciones del delito, que dejamos indicadas.



Procede ahora preguntar el juicio que nos merece en abstracto cada una de esas diversas situaciones, reveladas por la consideración de cada uno de esos grupos.

Para contestar esta pregunta es necesario tener en cuenta, que el juicio, que podamos formar de algunas de esas situaciones criminales, ha de ser diferente, según que nos decidamos por una escuela más ó menos espiritualista en materia de Derecho penal.

En todo hecho que como culpable deba ser calificado, es necesaria, de una manera ineludible, la concurrencia de elementos *internos* y *externos*, verdad reconocida por todas las escuelas y por todos los sistemas. Pero en la apreciación de esos elementos combinados, y en la influencia que cada uno de ellos deba tener respectivamente para medir y apreciar la culpabilidad, difieren muchísimo los filósofos criminalistas.

Según los partidarios de la doctrina del mal mixto, el exceso del mal *moral* sobre el mal *físico* es considerado como no punible por la justicia de los hombres, y sólo Dios puede castigarlo, porque dicho exceso es solamente pecado. Por el contrario, otros pensadores, que conceden más importancia al elemento moral, afirman, que reconociendo y probando la existencia de ese mal moral por medio de los hechos, cabe castigarle. Para esta escuela, pues, en tanto ese mal moral puede ser apreciado en toda su extensión por la justicia de los hombres,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en cuanto los hechos externos, sean de mayor ó menor entidad, nos demuestran claramente la existencia del referido elemento interno.

Informa sus preceptos el Código penal en las doctrinas de la escuela ecléptica, y aun cuando el mal moral resulte probado por medio de los hechos, no conceptúa que para la justicia social merezca el mismo aprecio la culpabilidad, ya los referidos hechos realicen ó no en lo externo los elementos internos. Colocándonos por un momento en el punto de vista de la escuela ecléptica del *mal mixto*, veamos qué juicio merecen las diversas situaciones criminales, cuya clasificación dejamos hecha, á la referida escuela y á nuestra Ley; sin perjuicio de contrastar sus opiniones ante las teorías y principios opuestos de otra escuela más espiritualista.

Respecto al *primer grupo* dejamos, en realidad, emitido el juicio que debe aplicársele por la justicia social. A los ojos de ella tiene que pasar desapercibido todo lo que nace y muere en el fuero interno, en el interior del individuo. Sólo Dios, con su omnipotencia, puede escudriñar los recónditos pliegues de nuestra alma; pero los poderes de la tierra sólo se elevan á la consideración de lo que el individuo ha pensado y resuelto en virtud de los actos externos por él mismo realizados. Importa poco, para la justicia social, que el individuo haya acariciado, y haya tomado la resolución de cometer mil y mil delitos, pues en tanto no aparezca un acto externo, que indique y forme un

principio de ejecución de cualquiera de aquellas resoluciones, no hay términos hábiles para iniciar un juicio criminal.

De otra índole es ya el *segundo grupo* de los mencionados, pues actos de esta especie caen ya bajo la inspección de los sentidos. Pero para juzgar acerca de su criminalidad se necesita tener muy en cuenta la verdadera índole de estos actos, cuya índole nos revela que pueden ser criminales en sí mismos, ó bien inocentes de por sí; pero criminales, solamente por el fin á que se dirigen. Además, estos actos, como hemos dicho, no están tan ligados con la ejecución del delito, á que como fin tienden, que esta ejecución se considere emprendida ya por la sola existencia de esos actos. Entre ellos, y los que dan principio á la verdadera ejecución, hay alguna distancia, más ó menos grande, distancia que en muchas ocasiones no se salva. Todo esto nos demuestra claramente cómo debemos juzgar esos actos preparatorios externos. Les consideraremos, pues, merecedores de un castigo cuando por sí mismos constituyen un delito penado por la Ley; pero no de modo alguno con relación al crimen que pueden tener como fin.

El *tercer grupo* le forman, como hemos dicho, los actos externos de verdadera ejecución, interrumpida porque el criminal se arrepienta, ó empleando una locución en armonía con la que el Código usa, *porque desiste voluntariamente* de la obra comenzada. En esta situación debemos distinguir, con todo cui-

dado, dos casos que pueden ocurrir, cuyos dos casos son los siguientes: ó bien los actos ejecutados forman por sí solos una acción que merezca ya un castigo á los ojos de la Ley, ó dichos actos realizados no reunen esas condiciones. En el primer caso hay lugar á la imposición de un castigo, y en el segundo no. Pero téngase muy en cuenta, al decir procede un castigo en el primer caso, es sólo considerando que los actos ejecutados constituyen un todo completo, que cae bajo la jurisdicción de la justicia social, cuyo todo, el arrepentimiento, ó sea el desistimiento voluntario, no puede ni borrarlo ni hacerlo desaparecer. Por lo demás, esos actos ejecutados pueden considerarse como parte integrante del delito, del que eran pasos previos, y bajo este cencepto, y por lo que mira á este fin, la criminalidad desaparece en el caso que nos ocupa. Ocasión tendremos de insistir en este particular.

La *cuarta situación* nos revela ya la existencia parcial del delito en todos casos de una manera clara y terminante. En ella vemos realizados varios actos de ejecución, en la que el delincuente no prosigue, gracias á la aparición de un obstáculo con que no contaba, cuyo obstáculo hace se abandone, al menos por de pronto, la realización del delito. Vemos en esta situación que el delincuente ha recorrido diferentes pasos por el camino del delito, acallando durante todos ellos la voz de la conciencia, si por acaso le advertía la maldad de la acción que realizaba. Encontramos á todas luces una si-

tuación criminal; pero no de modo alguno en tan alto grado como si el referido delincuente hubiese llevado á cabo todos los actos de ejecución que el delito requería. Faltando algo por realizar es posible todavía el arrepentimiento, lo cual unido á que el mal físico llevado á cabo es mucho menor, hace que esta situación, si bien criminal, no lo sea en tanta cantidad como otras sucesivas, según veremos.

Ocupándonos ahora de la *quinta situación* la encontramos más definida, ó con menos vaguedad, que la anterior. En ella el delincuente llevó á cabo todos los actos de ejecución que hacían esperar, y que debían prometerle que el delito se realizaría, y si esta esperanza no se convirtió en realidad, y si esa promesa no se ha cumplido, débese solamente á una feliz casualidad que evitó la consumación del delito. En el terreno moral el delincuente de que nos ocupamos, raya á la misma altura que el que habiendo hecho lo mismo, ve coronada su obra por un completo éxito. Pero el terreno moral es más amplio, es más extenso, va en sus conclusiones más lejos de lo que es permitido avanzar en el del Derecho. En el terreno de éste, el caso que nos ocupa está próximo, está cercano á aquel en que hubiera tenido cumplido efecto la intención del criminal; pero la proximidad no arguye confusión. Habrá en la situación de que tratamos criminalidad; pero alguna menos que si el delito se hubiera consumado.

El razonamiento en que apoyan su opinión los partidarios de la doctrina del mal mixto es fácil

de comprender. Para que el delito exista se necesita la concurrencia de todo el mal moral que le origina, y de todo el mal físico que traduce en hecho ese mal moral. Pues bien, el mal moral existe por completo en este caso, y existe comprobado por los hechos externos que no dejan lugar á duda; pero el mal físico no existe en toda su extensión.

La última de las situaciones, á que venimos refiriéndonos, es la postrera etapa de la desgraciada historia del delito. La resolución de cometerle ha sido coronada por el más completo éxito. El criminal ha visto realizado su propósito, y convertido en hecho cuanto había proyectado. El delito se presenta, pues, en toda su extensión.

LECCIÓN 17.

Proposición, conspiración, tentativa y frustración según las define la Ley.—Juicio de la misma comparándola con las anteriores.

Queda averiguado en lo que consiste la generación del delito, y hecha una clasificación de las situaciones que en su desenvolvimiento pueden aparecer, según el mayor ó menor número de pasos que en aquella senda haya recorrido el sujeto. Podemos por tanto exponer el modo y forma en que nuestra Ley presenta esta materia.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Dice el Código (1): *son punibles no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.—Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente. Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, por causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.*

Como se ve la Ley, además del delito consumado, declara punibles, en todos casos, el delito frustrado y la tentativa de delito, cuyas situaciones corresponden, en la clasificación de los actos que hemos adoptado, á los grupos 6.°, 5.° y 4.° respectivamente, porque la Ley procede en su análisis en un orden inverso al que nosotros hemos presentado. Así como procedíamos de lo menos á lo más, la Ley procede de lo más á lo menos grave.

La Ley no define, porque no era necesario, lo que se entiende por delito consumado, y sólo define, ó mejor dicho, describe lo que entiende por frustración y por tentativa. En las palabras que emplea para expresar su pensamiento, encontramos que la idea por ellas traducida, se conforma con las bases que hemos admitido como ciertas y seguras. La frustración se halla calificada por la práctica de

(1) Artículo 3.°

todos los *actos de ejecución*, que deberían producir el delito, aun cuando no le produzcan; mientras que en la tentitava el delincuente, si bien ha realizado algunos *actos de ejecución*, no todos aquellos que deberían producir el delito, siendo de advertir que si bien ha dejado de ejecutar algunos actos el delincuente, no ha sido por su *propio y voluntario desistimiento*, sino por otra causa. Si el *propio y voluntario desistimiento* motivaran la no prosecución del criminal en la obra del delito, no habría, según la letra de la Ley, términos hábiles para declararle reo de tentativa, y la Ley por tanto se conforma, como hemos dicho, con nuestro modo de pensar, y con lo que la razón dicta. Debe ser el arrepentimiento, ó sea el desistimiento voluntario, una ancha puerta abierta de par en par para todo aquel á quien su conciencia remuerda, induciéndolo á que abandone la obra criminal comenzada. La Ley no debe jamás, con sus prescripciones, oponerse á esos salvadores impulsos, sino por el contrario, aplaudirlos y favorecerlos en cuanto le sea posible.

No quedaría completa esta materia, si no dijéramos algo acerca de la proposición y la conspiración para cometer cualquier delito, de cuyo asunto también se ocupa el Código penal, después de haberlo hecho del delito frustrado y de la tentativa.

Dice la Ley que existe conspiración: *cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo; y proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución*

á otra ú otras personas, advirtiendo al propio tiempo, que dichos actos *sólo son punibles en los casos en que la Ley los pena especialmente.*

La idea que la Ley nos da de la proposición y de la conspiración es clara. Habrá la primera, cuando después de haber resuelto un individuo llevar á cabo un delito, busca quien le preste al efecto cooperación; manifestándole su decidido propósito y su deseo de que le ayude. Habrá la segunda, cuando varios individuos acuerdan y convienen entre sí los medios de realizar un pensamiento criminal, con la firme resolución de poner desde luego en práctica esos medios.

Mas, como hemos dicho, la proposición y la conspiración, según nuestro Código vigente, sólo son punibles en los casos en que especialmente la Ley castiga estos actos, cuyos casos serán aquellos en que los referidos actos constituyan por sí mismos un todo completo que, según el Legislador, deba ser castigado.

De esto, á considerar las repetidas proposición y conspiración como actos que merezcan un castigo en todos casos, de la misma suerte que lo merecen la tentativa y la frustración, hay una inmensa distancia; y como quiera que no siempre estuvo en este punto conforme nuestra legislación (1) debemos resolver esta pregunta.

(1) Nuestro Código del año 48 establecía la misma doctrina que el vigente de 1870; pero en la reforma del año 1850 se dispuso que la proposición y la conspiración fueran punibles en todos los casos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

¿Deben la proposición y la conspiración ser castigadas, por regla general, ó sólo, por excepción, cuando constituyan un delito *sui generis*?

Recordando cuanto llavamos dicho respecto al juicio general que, dentro de la teoría del mal mixto, se forma de la generación del delito, se contesta sencillamente esta pregunta, y depende del grupo en que coloquemos la proposición y la conspiración en aquellas situaciones, que hemos dicho se concebían en el desenvolvimiento de los actos del delito. No hay aquí, en realidad, más que actos preparatorios, de mayor ó menor importancia, de mayor ó menor trascendencia; pero actos preparatorios al fin y al cabo. Si los actos preparatorios no indican que la obra del delito ha empezado á realizarse de una manera concreta, y si los actos preparatorios por tanto, como hemos indicado, no pueden, por regla general ser punibles, tampoco, por regla general, pueden serlo la proposición y la conspiración. Pero también hemos afirmado, que los actos preparatorios externos, ó simplemente preparatorios, pueden, aisladamente considerados, formar un delito, y por esto, también pueden formarlo la proposición y la conspiración.

El Código de 1850 llevaba en este particular su rigor hasta un punto exagerado, pues disponía: que para quedar exento de pena el reo de proposición y conspiración, era necesario que revelase á la autoridad el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como se ve, trataba con más rigor al reo de proposición y conspiración, á quienes faltaba todavía que empezasen á realizar detalladamente la obra del delito, que á los que habían comenzado á realizarla por actos que hemos llamado de ejecución, pues cuando parte de estos actos se habían realizado ya, bastaba, como basta hoy día, el desistimiento voluntario para quedar exento de pena y no ser calificado como reo de tentativa; y por el contrario, ese desistimiento no era suficiente para conseguir el mismo resultado, tratándose de la proposición y conspiración, pues se requería además que el individuo fuese delator.

Hasta aquí las doctrinas de nuestra Ley respecto á las diversas situaciones criminales con relación al delito; pero no quedaría completa la doctrina legal, si omitiéramos decir dos palabras, acerca de lo que dispone con motivo de las faltas.

Lo mismo el Código en su primitiva redacción del año 48, que en las reformas sufridas en los de 50 y 70, consignaron lo siguiente (1): *Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas*, habiéndose añadido además, en virtud del decreto de 1.° de Enero del año de 1871, esta prescripción: *Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad.* Tenemos, pues, una regla general, y dos excepciones.

La regla general es aceptable; pero no había

(1) Artículo 5.°

necesidad de que el Legislador la consignara. Es aceptable, porque siendo las faltas las infracciones más pequeñas que pueden cometerse, una fracción de falta, como sería la frustración y la tentativa de la misma, revela una delincuencia insignificante, siendo por tanto llevar la penalidad á un punto exagerado, pretender tuviesen sanción penal hechos tan nimios. Pero téngase presente, que hablamos en el supuesto de que se califique de falta, solamente aquello que no merezca de modo alguno calificarse de delito. No era necesario que el Legislador hubiera consignado la doctrina que nos ocupa, por cuanto es un principio que domina en nuestro Código, que, todo lo que no está incluído en sus preceptos, es considerado como inocente. Ahora bien: del delito se ha dicho, que se castigaría no sólo como consumado, sino también como frustrado y tentativa, y por tanto callando respecto á la falta, solamente como consumada podrían castigarla los tribunales.

Las faltas están divididas en el libro 3.° de nuestro Código en cinco grupos: 1.° de imprenta; 2.°, contra el orden público; 3.°, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; 4.°, contra las personas; y 5.°, contra la propiedad.

De todas estas faltas, las que revelan más perversidad de ánimo, son las referentes á los dos últimos grupos, y considerando esto, sin duda, opinó el Legislador que respecto á ellas no debía regir la doctrina general. Pero, hallando motivada la ex-

cepción, creemos ha debido principalmente su nacimiento, á que se han incluído como faltas algunos hechos, que, acaso, debieran figurar con más razón entre los delitos, v. g., el hurto de cantidad menor de 10 pesetas, ó de 20, siendo de sustancias alimenticias, frutos ó leñas, cuando su autor no es dos ó más veces reincidente.

LECCIÓN 18.

Puntos en que coinciden y diverso juicio que forman de los diferentes actos y situaciones del delito las escuelas ecléptica y espiritualista.

Hemos procurado anteriormente formar una idea clara de las diferentes situaciones que pueden presentarse en el curso de todo delito, para lo cual hemos agrupado las referidas situaciones. Hecho esto, examinamos el juicio que merece la culpabilidad de cada grupo á los partidarios de la doctrina del mal mixto, comprobando por último las conclusiones obtenidas con los preceptos de nuestro Código, cuyos preceptos parten y aceptan los principios y supuestos de aquella doctrina.

Continuando lo que nos hemos propuesto decir, con motivo de la materia que nos ocupa, vamos á indicar brevemente el juicio que una escuela más espiritualista debe formar de cada uno de los grupos que comprende la generación del delito.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Como en la apreciación de varios de esos grupos coinciden ambas escuelas, tendremos solamente que decir algo con motivo de aquellos en cuya apreciación disientan.

Forman ambas teorías el mismo juicio, ó muy parecido, respecto á los actos internos en general; á los externos de ejecución interrumpida, ya por arrepentimiento ya por la presencia de un obstáculo insuperable; y por último á los de ejecución completa por parte del criminal, y que realizaron además el fin propuesto. En cambio, difieren ambas teorías, en la apreciación de la criminalidad que presentan los actos preparatorios externos, y los de ejecución completa por parte del criminal, pero que no realizaron el fin propuesto.

Aun cuando acabamos de decir que las dos escuelas ecléptica y espiritualista forman de varias situaciones del delito un juicio igual, ó muy parecido, es necesario insistir respecto á alguna de las situaciones dichas, porque pudiera lo manifestado aparecer en contradicción con doctrinas sustentadas por un notable escritor afiliado á la escuela *correccional* (1), á cuya escuela también estamos afiliados.

La situación á que nos referimos es la de los actos de ejecución interrumpida por propio y voluntario desistimiento, respecto á la cual dejamos

(1) Silvela. El Derecho penal estudiado en principios.—Madrid: 1874. T. Fontanet. Tomo 1.°, páginas 428 y 429.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

consignado que la doctrina ecléptica opina que debe hacerse la distinción de si lo ejecutado constituye ó no un todo completo criminal, para deducir que podrá haber lugar á imponer pena en el primero de los dos supuestos.

El Sr. Silvela opina que en este caso admitir la imposición de pena es olvidar que el fin de ésta es la corrección, y que resulta demostrada desde el momento en que el individuo por su espontánea voluntad no prosigue en la obra comenzada. No son éstas sus palabras; pero creemos no haber truncado el pensamiento.

Estamos conformes en que la *corrección* debe ser el fin de la pena, y también en que la citada *corrección* ha de deducirse de toda la conducta del sujeto; pero en el caso de que se trata creemos que puede considerarse como punible todavía el hecho ó situación referida, si bien el culpable debe tener á su favor la presunción de que está en camino de corregirse por completo. En efecto; si el más sincero arrepentimiento domina su espíritu, la conducta ulterior que observe ha de demostrarlo palmariamente, y aquel apreciabilísimo primer impulso de su naturaleza hacia el bien continuará siendo el móvil de todas sus acciones sucesivas. Su conducta, por tanto, al cumplir la pena, deberá ser muy tenida en cuenta para que dicha pena se remita, desde el momento en que la *corrección* resulte patente; y para formar un juicio, lo más exacto posible, acerca de este punto, claro es que no tan sólo se debe tener en

cuenta la conducta del individuo en el momento de cumplir la pena, sino también en todos aquellos acontecimientos de su vida que con el particular de que se trata tengan inmediata relación.

El considerar, invocando ideas correccionalistas, exento de toda pena al individuo que de una manera espontánea desiste de la obra comenzada, aun cuando los hechos realizados hasta aquel momento constituyan por sí mismos un delito, nos parece muy exagerado. En efecto: puede un individuo que proyecta, v. g., cometer un asesinato desistir voluntariamente de consumarlo en el momento en que había causado ya lesiones más ó menos graves ¿dejará de haber sido reo de esas lesiones? El arrepentimiento de aquel delito, por muy intenso que sea, ¿debe borrar por completo las huellas éste? Opinar rotundamente por la afirmativa es llevar la exageración más allá de los justos límites, según nuestra leal manera de pensar.

Actos preparatorios externos.—Sabido es que, para los partidarios de la doctrina del *mal mixto*, esos actos no deben castigarse, por regla general, como parte integrante del delito á que como fin tienden; sin perjuicio de castigarlos cuando en sí mismos constituyan algo que juzgue oportuno el Legislador incluir en el catálogo de los delitos, ó bien con relación á delitos especiales, por la importancia que se cree tienen esos actos con relación á ellos. Por esto, el adquirir armas para perpetrar un homicidio, no será, conforme á dichas doctrinas, acción me-

recedora de un castigo, con relación al delito que con ellas se proyecta perpetrar; pero sí podría serlo como delito *sui generis*, si los Códigos como tal lo consideran. De la misma suerte, la proposición y la conspiración para cometer, por ejemplo, un robo, no deben considerarse como parcialidades punibles de ese delito; pero á vuelta de ésto, podrán castigarse la proposición y conspiración para atentar contra la seguridad exterior ó interior del Estado.

En contra de semejante manera de discurrir, la escuela eminentemente espiritualista sostiene: que sirviendo sólo los hechos externos para elevarnos al conocimiento de las *intenciones*, allí en donde aquellos nos demuestren la existencia y extensión de éstas, hay lo suficiente para afirmar que existe delincuencia. El hombre que resuelve perpetrar un delito, quebranta y lesiona el derecho, y en cuanto un hecho externo viene á demostrar esa resolución, la justicia de la tierra tiene posibilidad de intervenir, y deber de hacerlo el Estado, para restablecer la perturbación del Derecho. Apreciar la medida de la delincuencia por la importancia en sí misma de los hechos, es materializar el concepto del Derecho, no dejándole mover en su esfera de acción propia.

Nos parece, por tanto, aceptable de todo punto la doctrina que acabamos de consignar, y en su virtud opinamos, que los actos preparatorios deben ser castigados como parte integrante de toda acción criminal. En efecto: ¿por qué castigar la venta de

sustancias venenosas en algunos casos, y no considerar como acto punible el preparatorio de adquirir un veneno, para realizar un asesinato? ¿Por qué castigar la conspiración política, y hacer caso omiso del concierto de varios sujetos, por ejemplo, para cometer un atentado contra la libertad del ciudadano?

Si á tal manera de discurrir se objetase, que serán los actos preparatorios difíciles de probar en muchos casos, como tales actos preparatorios, contestaremos, que la opinión que sustentamos parte de la base de que resulte probada, de una manera suficiente, la relación entre los hechos y el elemento interno; y que si esa relación no resultase probada, nos hallaríamos en el mismo caso que aquel en que no pudiese demostrase quién había sido el autor de un hecho consumado. La mayor ó menor dificultad de la prueba, no puede servir, ni en buena lógica, ni en buenos principios, para desnaturalizar el juicio que merezcan las acciones criminales, juicio que debe formarse tan sólo en vista de lo que en realidad forme su propia naturaleza antijurídica, como actos de violación del Derecho, efecto de una libre voluntad.

Tampoco puede servir de argumento para no aceptar la opinión que sostenemos la escasa penalidad á que deben estar sujetos algunos de los actos preparatorios, porque no se trata en este lugar de la pena señalada á los delitos, ni la que debe corresponder á las variantes de la culpabilidad. Si algunos actos preparatorios están lejanos de los de

ejecución, al paso que otros revelan más proximidad, téngase en cuenta estas indicaciones en su lugar oportuno, y dando la conveniente movilidad á la pena, concédanse atribuciones á los tribunales para graduarla prudencialmente; pero no se dejen de incluir en la Ley hechos, que, á todas luces reunen condiciones de delincuencia.

ACTOS DE EJECUCIÓN COMPLETA POR PARTE DEL CRIMINAL, PERO QUE NO REALIZARON EL FIN PROPUESTO.—En vista del juicio que acabamos de hacer, respecto á la criminalidad que revelan los actos preparatorios, y de la manera como hemos rebatido las opiniones de los partidarios de la doctrina del *mal mixto*, se comprende cómo hemos de considerar la situación á que se refieren las palabras con que encabezamos estas líneas.

Si todos los filósofos y comentaristas convienen en afirmar, que la referida situación, ó sea el *delito frustrado*, es, en el terreno moral, tan grave como si los hechos correspondiesen á las intenciones por completo; si, por otra parte resulta plenamente probado, que el delincuente puso cuanto le fué posible para realizar su mal propósito, claro está que para nosotros no cabe distinguir. Si los hechos solamente los apreciamos como medio de elevarnos á las intenciones, y éstos nos demuestran, en el caso presente, que el culpable hizo cuanto de sí dependía para consumar el delito, como reo de delito consumado debe castigarse, desapareciendo por consiguiente del Código cuanto con la frustración se relaciona.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Podrán decir los partidarios del sostenimiento de la frustración, que en ella pudo haberse causado un mal físico insignificante, pareciendo por tanto muy duro castigar el hecho, como si el mal físico se presentase en toda su extensión. Mas á esto tenemos contestado, puesto que el mal físico no tiene, según nuestras teorías, importancia sustantiva y propia en el aprecio de la culpabilidad de las acciones humanas.

Además, la doctrina del mal mixto nos parece ilógica en este punto, y diremos por qué. Si el mal *físico* debe entrar como componente, de igual importancia que el *moral*, en el aprecio de todo hecho culpable, á medida que ese mal físico disminuya, permaneciendo invariable el moral, deberá disminuir proporcionalmente la culpabilidad: esto es lógico á todas luces.

Pues bien, al frustrarse un hecho, puede ocurrir que el mal físico sea de consideración, ó casi no aparezca: sucederá lo primero en un homicidio, por ejemplo, si se han causado considerables heridas, ó lesiones graves; sucederá lo segundo, si el puñal hubiere tropezado en una medalla, ó en un botón, no llegando á causar más que un susto, sin consecuencias, físicamente perjudiciales, para el ofendido. Si en el primer caso el sujeto acometido estuvo muy próximo á sucumbir, si estando á las puertas del sepulcro, no traspasó sus umbrales, gracias á los exquisitos cuidados que se le prodigaron, el delincuente, dentro de la teoría del mal mixto, de-

bería sufrir, con arreglo á la lógica, una pena mucho mayor, que el otro sujeto que mencionábamos en el ejemplo propuesto. Pero no sucede así, pues en la frustración no se distingue la importancia del mal *físico*, y, sea mayor ó menor, el hecho merece el mismo juicio. Aplaudimos esta inconsecuencia, porque la conceptuamos de grandes resultados, para esperar lleguen algún día á triunfar en nuestro Código los principios que sustentamos.

Después de lo dicho, claro está que no hemos de conceder importancia al argumento que consiste en decir, que la muchedumbre, para pedir y desear la imposición de una pena en toda su extensión, parte de la base de que el mal físico se ha realizado por completo, no reclamando jamás, ni pareciéndole conveniente igual penalidad, cuando los propósitos del criminal se han frustrado, y en vez de causar un mal de consideración, á quien se proponía lastimar y ofender, le ha causado un mal insignificante. Si para el asesinato consumado conceptúa justa la mayor de las penas, no se lo parecería, de modo alguno, si los hechos no correspondiesen á las intenciones, y en vez de un hombre muerto, se presentase solamente á sus ojos una lesión más ó menos grave.

No tienen para nosotros fuerza estas afirmaciones, porque el vulgo, en asuntos penales, como en tantas otras cosas, con frecuencia *siente* y no *juzga*, ó juzga por impresiones y no por verdaderos razonamientos. Por esto ante el cadáver pide la muerte

del asesino, y no la pide de la misma suerte cuando el tiempo ha borrado sus impresiones. Con frecuencia, los que, en los primeros momentos de un crimen, claman la muerte del criminal, son los primeros en firmar exposiciones pidiendo su indulto. Si la fuerza pública tiene en ocasiones que proteger la vida del reo, la misma fuerza pública tiene que custodiar al verdugo, para que cumpla su triste, doloroso y repugnante cometido.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO III.

De la mayor ó menor culpabilidad teniendo en cuenta la participacion más ó menos eficaz en la obra criminal.

LECCIÓN 19.

Examen general de los fundamentos en que se apoya la clasificación legal de personas responsables criminalmente.—¿Son completamente aceptables esos fundamentos en el terreno teórico?

Habiendo estudiado la mayor ó menor culpabilidad en consideración á los pasos recorridos en la senda del delito, debemos ocuparnos ahora del aumento ó disminución que puede sufrir la referida culpabilidad, atendiendo á la participación más ó menos *íntima, directa y eficaz* que diversas personas pueden tener en toda obra criminal.

Desde luego se concibe que será frecuente que la obra del delito haya sido llevada á cabo por un número de personas mayor ó menor, todas las que hayan concurrido de muy diversa manera á su realización, en cuyo caso, en el análisis de la diversa parte que cada cual haya tomado en la re-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ferida obra, hemos de encontrar motivos suficientes que nos expliquen la culpabilidad de cada cual, no sólo considerando lo hecho por él de una manera aislada, sino en combinación con lo realizado por los demás copartícipes.

Formar una buena clasificación de las personas responsables de los delitos es asunto de suyo difícil, y tanto es así, que no siempre las leyes, aun las más sabias, han dejado de incurrir en lamentables errores al pretender realizar sus propósitos en esta materia. Diremos más todavía: nuestro Código penal, obra de reconocido mérito en su parte fundamental, por propios y extraños, tiene en el particular que nos ocupa, á nuestro entender, algún lunar de no escasa importancia. Hechas estas manifestaciones, procuraremos sentar algunas bases, de la manera más sencilla y clara que nos sea posible, que comprobaremos después con las conclusiones obtenidas en la doctrina que la Ley establece.

La concurrencia á la obra del delito puede considerarse bajo dos aspectos. El primero con relación al tiempo en que esta concurrencia se presta, y el segundo con relación al modo ó manera de ser de esta misma concurrencia.

Por razón del tiempo, toda concurrencia á la obra del delito, y que con él se relacione, no puede ser más que de tres maneras, á saber: *anterior* á la obra del delito, *simultánea* á ella, ó *posterior* á la misma. Pero esta concurrencia con relación al tiempo puede ser modificada, bajo cierto punto de vista, y

como acabamos de indicar, por el modo ó manera como dicha concurrencia se presta, ya sea de una manera *directa* ó *indirecta*, modos que en realidad sólo modificarán la participación *anterior* ó *simultánea*, porque la participación posterior, como más adelante podremos comprender, bien puede afirmarse que será una participación *indirecta* en todos los casos, refiriéndonos á aquellos en que la consideramos, como no puede menos de ser, independiente de una responsabilidad de un grado superior que absorba por completo. Es decir, que la participación en la obra del delito puede ser anterior, simultánea ó posterior, y que la anterior y la simultánea pueden ser ya directas ya indirectas (1).

Para dar mayor claridad á lo expuesto, debemos decir que la mayor parte de las legislaciones penales de los tiempos modernos admiten, y con ellas nuestro Código, tres grados de personas responsables, teniendo en cuenta la diferente manera de concurrir á la realización del hecho criminal. La dificultad de toda clasificación en esta materia deriva de los rasgos con que se pretenda caracterizar las distintas situaciones. En toda clasificación, de cualquier género que sea, los últimos límites de un grupo están en contacto, más ó menos íntimo, con los primeros del inmediato siguiente: he aquí por qué, si nos fijamos en esos límites tan próximos, no aparecen, en

(1) Puede verse sobre el particular los *Comentarios* de Pacheco al *Código penal*, tomo 1.º, páginas 254 y siguientes.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ocasiones, rasgos que á primera vista les diferencien con toda claridad. Nosotros debemos, pues, fijarnos en lo que haya de culminante en cada uno de los grupos de personas responsables para formar un idea distinta de las diferencias que los separan.

Estos tres grupos se denominan en el lenguaje científico, cuyo lenguaje aceptó también el Código (1): *autores*, *cómplices* y *encubridores*.

El primer grupo de personas responsables debe comprender todas aquellas que concurran á la obra del delito, tomando en ella una participación de tal naturaleza que puedan considerarse como su verdadera causa. Su concurrencia será, pues, anterior ó simultánea á la referida obra, y al propio tiempo directa ó inmediata.

En el segundo grupo se deberán comprender todas aquellas personas sin cuya concurrencia el delito muy bien podía realizarse; pero que prestan auxilios de tal naturaleza á la obra criminal que ésta se torna de más fácil realización. Su concurrencia será anterior ó simultánea; pero indirecta.

El tercer grupo debe abarcar aquellas personas que, después de llevado á cabo el delito, le prestan el único concurso que es posible, interviniendo en sus consecuencias de cualquier manera que revele que la persona de que se trata, aprobando el delito, ejecuta cualquier acto que indudablemente así lo da á entender. Claro está que, como atrás apuntábamos,

(2) Artículo 11.

esta intervención, por lo que al delito se refiere, puede calificarse de posterior indirecta.

Proponiéndonos en esta lección estudiar en el terreno filosófico ó general los precedentes que la razón nos presenta como aceptables para clasificar las personas que hayan tenido intervención en toda obra criminosa, es forzoso confesar, que cuanto dejamos consignado hasta aquí puede servir mejor para comprender el pensamiento de las leyes escritas, que para fundar, en teoría, las bases de la clasificación que vamos buscando.

Dicha clasificación es mucho más sencilla en el terreno teórico, estrictamente hablando, que la derivada de los precedentes que sentados quedan, cuyos precedentes, volveremos á decir, sirven para explicar con claridad la división que suelen hacer los Códigos de los sujetos que coadyuvan, en mayor ó menor grado, á la obra criminal, formando esos tres grupos á los que, según dicho queda, se aplican los nombres de *autores*, *cómplices y encubridores*.

En el terreno puramente teórico, repetimos, la división es más sencilla, pues comprende tan sólo dos miembros, que son los *autores* y los *cómplices*, aplicando el primer nombre, de una manera exclusiva, al que, después de haber resuelto perpetrar el delito, le perpetró en efecto, extendiendo la segunda denominación á todos aquellos que participan de la obra criminal y cooperan á su ejecución de cualquier modo y manera, con tal que materialmente no la ejecuten por sí mismos.

Está fuera de duda que entre esas personas pertenecientes al segundo grupo, puede haber diferencias notables en punto á su respectiva criminalidad, pudiendo varias tenerla en tan alto grado como los mismos autores; pero de que entre unos y otros haya diferencia en cuanto á la culpa, y que en algunos casos ésta llegue á equipararse en justicia con la del material ejecutor, no se deduce que, en puridad de principios y de lenguaje, deje de ser más exacta la división bimembre de que venimos hablando (1).

Si nos preocupamos de que la culpabilidad de algunos sujetos á quienes, conforme á la base que se acaba de sentar, se aplicaría el calificativo de cómplices es tan grande como la del moral y material ejecutor, para deducir de aquí que deberían ser calificados de autores, confundiríamos el estricto tecnicismo, subordinándolo á la idea de mayor ó menor grado en la responsabilidad, de cuya idea no arranca necesariamente el referido calificativo. Pero al considerar la inmensa responsabilidad que incumbe en muchos casos al que concibe la idea del crimen, y al ver que infiltrándola en el ánimo de otro éste se convierte en material ejecutor, hay quien opina

---

(1) Este asunto lo trata magistralmente el célebre Profesor de la Universidad de Pisa, Francisco Carrara, en su obra titulada *Teoría de la tentativa y de la Complicidad*, obra traducida al castellano por el Sr. Romero Girón.—Madrid, Góngora y compañía, 1877.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que al primero se le debe llamar, por lo menos, autor psicológico. Tendríamos, en virtud de ésto, que la palabra autor estaría sujeta á dos significaciones, lo cual envolvería confusión y sobre todo inexactitud en el concepto, porque, según queda dicho, no se trata aquí, teóricamente hablando, del grado mayor ó menor de la culpa, sino de las notas características que distingan al *autor* del *cómplice*, en el terreno del Derecho constituyente y no en el del constituído.

Por esto en el terreno científico suele llamarse autor principal, ó mejor todavía, *delincuente principal* al que piensa, proyecta y decide ejecutar un delito que al fin y al cabo ejecuta, y *delincuentes accesorios* á todos los demás que intervienen en la obra criminal, cualquiera que sea la especie de concurencia que prestan al referido delito, y la manera como auxilian al autor ó *autores* principales, pues claro está que puede haber más de uno.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 20.

Personas responsables criminalmente de los delitos y faltas según las disposiciones de nuestro Código. —Quiénes se consideran autores. —Quiénes son cómplices.

Sentados en la lección anterior los precedentes que deben tenerse en cuenta para formar la clasificación de las personas responsables, debemos ahora examinar la doctrina legal, juzgándola con el criterio que ha servido al Legislador para formarla.

Después de indicar el Código que son responsables criminalmente de los delitos los autores, los cómplices y los encubridores, se ocupa en indicar qué personas caen dentro de cada uno de esos grupos, y dice en el artículo 13: *Se consideran autores*: 1.° *Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.* 2.° *Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo.* 3.° *Los que cooperan á la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.*

Como se puede comprender por la simple lectura de estas tres especies de personas que abarcan la idea general de los autores, cada una de esas especies reune, á nuestro modo de ver, los caracteres que poco há hemos indicado como propios del grupo correspondiente. Examinemos ligeramente las personas á que el Código se refiere, y veremos,

con toda claridad, que entre las que concebimos que puedan concurrir ó la obra del delito desempeñan papeles que les hacen figurar en primer término.

¿De quiénes se dirá que toman parte directa en la ejecución de un hecho? Naturalmente de todos aquellos que concurran á realizarle, participando de alguno de los diversos medios que se pongan en juego, medios necesarios todos para realizar el hecho. Así, por ejemplo, si se tratase de un delito de falsificación de moneda, serían, con referencia á él, calificados de autores todos los que tuviesen participación directa en esta industria, aun cuando el trabajo estuviese dividido, y hubiese quien tomase á su cargo fabricar los troqueles, desempeñando otros individuos las distintas operaciones necesarias para el fin propuesto.

Los que fuerzan ó inducen directamente á otras á ejecutar un hecho, no serían acaso en rigor gramatical (1) considerados por verdaderos autores; pero á los ojos de la Ley, que tiene en cuenta la importancia de su concurrencia, bien podemos decir que son verdaderos autores.

Respecto á los que fuerzan, por medio de violencia física, á otros á cometer un hecho, salta claramente á la vista, no sólo que ellos son los ver-

(1) Por esto la Ley usa una redacción que demuestra que el alcance jurídico que da á la palabra no se conforma con el riguroso sentido. Si no fuera por esto diría el Código de una manera terminante, *son autores*, en vez de emplear la frase *se consideran autores*.

daderos autores, como que han sido la causa del hecho realizado, sino que además la persona sobre quien la fuerza hubiera recaído está exenta de responsabilidad criminal, con tal que la fuerza hubiese aniquilado su libertad de acción. Quien fuerza á un individuo á que dispare un tiro contra una víctima inocente, es el verdadero criminal, y el forzado tan inocente como la misma víctima.

Mayor dificultad ofrece el comprender é interpretar rectamente la doctrina del Código en este mismo caso al considerar también autores á los que inducen directamente á otros á la ejecución de un hecho criminal, porque la palabra inducción se presta á interpretaciones diversas, alguna de las cuales no es ciertamente aceptable en el caso que nos ocupa.

Sin largas digresiones acerca del particular podremos, por medio de un ejemplo, comprender el pensamiento de la Ley, y caerán dentro de ese mismo pensamiento todos cuantos casos guarden analogía con el que vamos á mencionar. Proyecta un individuo un crimen; pero por cualquiera causa desea no llevarlo á cabo por sí mismo, y busca quien se encargue de realizar materialmente el proyecto concebido, acariciado y resuelto por él; cuyo proyecto no tiene inconveniente en convertir en hecho un miserable por un mezquino precio, ó una criminal recompensa. Aun cuando esa persona que acarició el pensamiento del crimen no le haya realizado por sí mismo, ¿dejará por esto de ser su ver-

dadera causa? ¿dejará por esto de tener en esa obra una importantísima participación?

La dificultad sólo puede nacer aquí de encontrarnos con dos personas, cuyos respectivos actos se nos ofrecen como de altísima importancia criminal, sin que sepamos cuál de ellos lo es en mayor escala. En efecto; entre el cobarde que apeteciendo asesinar teme le tiemble el pulso, y el miserable, que, por un puñado de oro, no vacila en rematar por la espalda á quien ningún daño le había hecho, es difícil rosolver cuál de los dos nos inspira más horror y repugnancia. Bien podemos decir que si la acción del uno es miserable por lo cobarde, la del otro es horrible por lo feroz. Podemos afirmar, pues, que los dos merecen igual consideración en la esfera criminal.

No cabe la menor duda que entrambos están comprendidos en el pensamiento de la Ley, al tratar y describir quiénes se consideran autores: el uno toma parte directa en la ejecución del hecho, y el otro induce directamente al material ejecutor. Son, por tanto, los dos á los ojos de la conciencia y de la Ley verdaderos autores, teniendo además en cuenta que en ese caso citado, no vacilaríamos en encontrar, con relación á las dos personas de que se trata, circunstancias agravantes, pues cuando menos, en el que compra al asesino habría premeditación conocida (1), y el que ejecuta material-

(1) Art. 10, Circunstancia 7.ª

mente el hecho le comete mediando precio ó recompensa (1).

También es de clarísima comprensión la 3.ª especie de autores que el Código menciona, y sobre el pensamiento que encierra muy poco hay que decir para comprenderlo. Según ella, se consideran también autores todos los que prestan su concurso á la obra del delito con un acto, de tal naturaleza, que origina que el delito se realice. Hace referencia esta prescripción al caso en que un hecho, que considerado en sí mismo y de una manera aislada, pudiera parecer acaso de corta importancia, la tiene grande en combinación con los demás que tienden á ejecutar el delito, que serían inútiles, si ese otro hecho á que nos referimos no les prestase su apoyo. Un ejemplo esclarecerá esta idea.

Supongamos que unos ladrones penetran en una casa en ausencia de su dueño, y que los objetos de la codicia de aquellos están ocultos en un paraje ignorado por todos, excepto por una persona de la intimidad y confianza del dueño de esos objetos, que habita en la misma casa. Pues bien: si esa persona, abusando de la confianza en él depositada, cuya confianza ignoran también los ladrones, les ofrece entregar el ansiado secreto, no habiendo mediado, por tanto, violencia ni coacción de ningún género ¿quién duda que ese falso amigo ha cooperado á la ejecución del hecho por un acto sin el cual

(1) Art. 10, Circunstancia 3.ª

no se hubiera efectuado? Está, pues, comprendido dentro de la doctrina del Código, y debe en realidad estarlo, porque las breves palabras por él pronunciadas han sido la verdadera causa de que el delito se realizase por completo. Sólo debemos añadir, que su concurrencia ha sido *simultánea* y *directa* con el crimen, con lo cual comprobamos una vez más la regla que dejamos sentada como general.

Conocida la significación y alcance de la Ley respecto á lo que entiende por *autores*, fácil será comprender lo que la misma ha de encerrrar dentro del calificativo de *cómplices*.

Así, habiendo manifestado que á la obra del delito, podía concurrirse por actos anteriores y simultáneos, y esta concurrencia ser ya directa ya indirecta en cualesquiera de estos casos, dejamos sentado los fundamentos abstractos que separan la idea de los autores de la de los cómplices. La participación en el delito de entrambos grupos de personas responsables puede ser anterior ó simultánea, por cuyo concepto puede no haber entre ellos diferencias; pero sí las habrá en cuanto que esa participación será directa, inmediata, tratándose de los autores, y por el contrario indirecta tratándose de los cómplices. Siempre que veamos que á la obra criminal se concurre de una manera anterior ó simultánea por medios de tal índole que verdaderamente la originan y producen, encontraremos, en quien ó quienes realicen tales medios, personas que con razón podremos jurídicamente llamar autores. Por

el contrario, siempre que anterior ó simultáneamente se concurra á la obra del delito con actos de tal naturaleza que se limiten á remover ciertos obstáculos que la tornan más realizable, que le prestan ciertos auxilios, que la hacen más fácil, allí encontraremos términos hábiles para afirmar que aparece la idea de complicidad.

De estos principios parte nuestro Código penal vigente al dar de los cómplices una definición negativa, por decirlo así, prescribiendo en su artículo 15 lo siguiente: *son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo* 13 (1), *cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos.*

LECCIÓN 21.

De los encubridores.—Juicio crítico del artículo 16 acerca del particular, y comparación con las disposiciones anteriores.—¿Son castigados como verdaderos encubridores, en todos los casos, las diferentes personas á quienes el Código califica de tales?

Habiéndonos ocupado en la lección anterior en el examen de las doctrinas de nuestro Código penal vigente respecto á los dos primeros grupos de personas responsables de los delitos, grupos designados

(1) Este artículo es el que dice quiénes se consideran autores.

con la denominación de *autores y cómplices*, debemos tratar ahora del tercero y último de los repetidos grupos, ó sea de los *encubridores*.

Partiendo de las bases generales sentadas en la lección 19, examinaremos las doctrinas del Código penal contrastándolas con aquellas bases, cuyas consecuencias iremos aplicando al examen de las sucesivas disposiciones de la Ley, cuya comprensión y crítica será fácil partiendo de aquellos precedentes.

Sienta el Código penal (1) previamente á la descripción de las distintas personas á quienes califica de encubridores, algunas condiciones generales y comunes á las diversas maneras de verificase el encubrimiento. Estas condiciones son: 1.ª, conocimiento de la perpetración del delito; 2.ª, no haber participado en él ni como autor ni como cómplice; y 3.ª, intervención posterior á la obra del delito por alguno de los medios que dicho Código pasa á detallar.

Juzgamos perfectamente claras y razonables esas tres condiciones comunes á todo encubrimiento, porque sin ellas no concebimos su existencia, es justamente necesaria la primera condición, porque á nadie puede ocurrirse llamar encubridor, á quien ignorando por completo la perpetración del delito interviene en sus consecuencias. Es también necesaria la segunda condición, porque con toda claridad se percibe, que quien como autor ó cómplice

(1) Artículo 16, párrafo 1.º

haya intervenido en un delito, esta intervención de un orden superior absorbe y oscurece toda la que sea de un orden inferior, porque siempre en lo más va incluído lo menos. Respecto á la tercera condición dejamos demostrado varias veces, que la manera como los encubridores intervienen en la obra del delito es siempre por actos posteriores á la realización del mismo.

Debemos, no obstante, insistir brevemente en la índole especial de esta posterior intervención, para dejar sentadas ideas, que á nuestro juicio, han de servir para formar una sencilla crítica de alguna de las prescripciones de la Ley. Para nosotros, pues, esa intervención posterior, sea cualquiera la acción que la revele, ha de guardar cierta analogía con los hechos que el autor del delito hubiere realizado. Puesto que se trata de personas que en mayor ó menor grado responden de un mismo delito, debemos encontrar algo de análogo en su respectiva criminalidad.

El encubridor no es desde luego, ni puede ser, tan criminal como el autor ni como el cómplice; pero ¿quién duda que su criminalidad es de índole semejante? Han intervenido todos ellos en una misma obra, si bien tomando en ella una parte más ó menos principal, y esta sola consideración de haber intervenido en la misma obra, nos demuestra que entre ellos hay algo de común, hay algo que en el crimen les une; y este algo es, sin duda, que á ninguno repugna ni repele la obra

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ejecutada, sino que por el contrario, todos se connaturalizan con ella. Es verdad que unos la ejecutan, y que otros auxilían su realización; pero también es cierto que después de ejecutada, hay quien da á entender que la aplaude, interviniendo de cierta manera en sus consecuencias. Luego tendremos motivo para notar la aplicación que hacemos de las ideas que acabamos de emitir.

De los diferentes hechos posteriores á la perpetración del delito, que además de las bases generales sentadas por la Ley crean, á juicio de la misma, la idea de encubrimiento, algunos son clarísimos y no ofrecen duda, mientras que otros, no sólo la originan, sino que acaso deberían ser borrados de la referida Ley.

No ofrece duda, por ejemplo, que quien se aproveche por sí mismo ó auxilía á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito (1), debe ser con justicia calificado de encubridor. La intervención que en las consecuencias del delito tiene dicha persona, demuestra, con toda claridad, que puede aplicársele todo cuanto en general llevamos dicho acerca de los encubridores. Quien no ha perpetrado por sí mismo un robo, pero se utiliza de las cosas robadas, sabiendo que lo son, es criminal, si bien en menor escala que el autor del delito, de una índole muy semejante. Si en el caso presente ha intervenido tan sólo como encubridor, es

(1) Artículo 16, caso 1.º

muy posible que en otras circunstancias se eleve á la categoría de cómplice ó de autor. A quien le repugna apoderarse de lo ajeno contra la voluntad de su dueño, no utiliza, ni aplaude que se utilicen cosas de tan ilegítimo origen. En la esfera moral, base necesaria de toda legislación penal, tan obligado á restituir está quien roba mil duros, como quien de ellos se utiliza, sabiendo que son robados; y si el derecho humano positivo no puede ir tan allá en sus consecuencias como la moral, tampoco, en caso alguno, puede partir de base no aceptada por aquella.

No ofrece duda tampoco, que la persona que llevada *solamente* del fin de impedir el descubrimiento de un delito, oculta ó inutiliza el cuerpo, los efectos ó instrumentos del mismo (1), debe ser incluído entre los encubridores, porque esta manera posterior de intervenir en la obra del delito reune las condiciones que en general dejamos expuesto.

Pero téngase muy en cuenta que hemos dicho, que la persona que esto verifique ha de ser movida *solamente* por el fin de impedir el descubrimiento del delito, con cuyo adverbio damos á entender, que si otras causas de un orden superior motivan su hecho, no podrá con justicia ser calificado de encubridor. Nacerá el encubrimiento en este caso, tan sólo cuando el que trate de procurar que la acción de la justicia sea ineficaz, borrando para ello todos

(1) Artículo 16, segundo caso.

los rastros del delito, lo haya hecho movido de simpatías, por decirlo así, hacia el delito mismo. En efecto: ¿cómo calificar de encubridor al padre que hace desaparecer las huellas del delito cometido? ¿Cómo calificar de criminal, ni en mucho ni en poco, al hermano que oculta los objetos robados por su hermano? ¿Cómo aplicar el calificativo de delincuente á la mujer que entrega á las llamas los papeles y documentos que pudieran comprometer la libertad de su marido?

Ninguna legislación que pretenda fundarse, al establecer sus preceptos, en el conocimiento de los móviles de las acciones humanas, y en el de los sentimientos más grandes y elevados que embellecen el corazón, podría hallar delincuencia en ninguno de los casos que acabamos de mencionar. No: no hay delito ni en la mujer, ni en el padre, ni en el hermano que verifican lo que indicamos: hay sólo afecto, hay sólo cariño respecto á esas personas tan íntimamente unidas por los vínculos del parentesco. En vano la Ley pretendería que dejasen de realizar lo que ejecutaron por muy severas penas que sobre ellos hiciere recaer, pues preferirían una y mil veces, sufrir todos sus rigores, á trueque de evitar el más ligero padecimiento á personas tan queridas. No ejecutan lo que han llevado á cabo por simpatía hacia el delito cometido, y solamente con el fin de evitar la responsabilidad de quienes tanto quieren.

Nuestra Ley, inspirándose en estos principios,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

establece que, en el caso que nos ocupa, no son tenidos como encubridores los que realicen cualesquiera de los actos que acabamos de mencionar, con el fin de impedir el descubrimiento de un delito en que hubiesen tomado parte el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos legítimos, naturales y adoptivos, ó los afines en los mismos grados (1). Como se vé, la Ley se ha inspirado en los sanos principios que dejamos sentados, y por eso merece nuestro pláceme.

Sin embargo, acaso la Ley pudiera haber ido en sus concesiones algo más allá. En la esfera del parentesco sólo concede, en este punto, importancia á limitadas personas, y parece que, sin pecar de inconsecuencia, podría hacer extensivas sus prescripciones hasta los consanguíneos dentro del cuarto grado civil, porque los parientes, dentro de este límite, suelen estar unidos por vínculos fortísimos de afecto y cariño, y no son extraños los unos respecto á la honra y fama de los otros. Aún añadiremos más: es posible que en muchos casos obraría con justicia la Ley, concediendo la consideración que otorga al parentesco también á la amistad, cuando es íntima á todas luces; pues si el parentesco engendra cariño y amistad en el seno de las familias, bien puede decirse que la amistad es una especie de parentesco que las almas se forman, y quien habla de esta suerte de la amistad tiene

(1) Artículo 17.

que hablar de la misma, con mayor motivo, del verdadero amor, aun cuando no haya sido santificado con la bendición nupcial.

Comprendemos perfectamente los inconvenientes que pudiera traer en pos de sí esa latitud que pretendemos dar á la Ley en este punto; pero estos inconvenientes no existirán circunscribiendo la concesión á sus límites rigurosos. De la amistad, sólo la íntima produciría aquellos efectos: del amor sólo el verdadero. Distínganse con cuidado en la práctica los casos que se ofrezcan; no se conceda importancia á sentimientos, afectos ni cariños que no estén perfectamente probados, y la idea que emitimos no aparecerá como del todo inadmisible.

Continuando con el examen de los actos de intervención posterior al delito, que nuestro Código señala como productores del encubrimiento, nos fijaremos en la doctrina del que menciona en tercer lugar, analizando su pensamiento. Según la Ley, debe calificarse también de encubridor el que alberga, oculta ó proporciona la fuga á un culpable; pero no en todos los casos, sino dependiendo de ciertas condiciones. Estas condiciones son las siguientes: 1.ª, que la persona á quien se alberga, oculta, ó á quien se proporciona la fuga, no esté unida con el que verifica cualquiera de estas cosas, por los vínculos del parentesco de que ya antes hemos hecho mérito: 2.ª, la de que el que realiza cualesquiera de las acciones mencionadas, lo haga abusando de funciones públicas; ó bien que la persona ocultada, etc., sea reo de trai-

ción, regicidio, parricidio, asesinato ó conocidamente habitual de otro delito (1).

La doctrina del Código en este punto merece que en ella nos fijemos un instante examinándola, como metódicamente venimos haciendo, á la luz de los principios que dejamos sentado, respecto á lo que nos parece debe formar la verdadera idea del encubrimiento. Desde luego se ve que la Ley no ha querido calificar de encubridor á todo el que albergue, oculte ó proporcione la fuga á un culpable, y sólo lo hace por excepción; unas veces por castigar ciertos abusos de funciones públicas, y otras en odio á ciertos delitos de índole gravísima, ó que revelan, por ser repetidos, que el delincuente está poco dispuesto á corregirse; pero aun así en ninguno de los casos llega á calificar el hecho como encubrimiento, cuando entre el autor, ó el cómplice, y la persona de quien en este lugar se ocupa, están unidas por vínculos de parentesco dentro de los límites referidos.

Expuesta así la doctrina legal, que en sus prescripciones aparece clara, debemos preguntarnos si es ó no admisible, es decir, si aquello que en estos casos constituye al parecer encubrimiento á los ojos de la Ley, debiera en realidad constituirlo.

Contestando á esta pregunta, debemos hacerlo de una manera negativa. La circunstancia de intervenir abuso de funciones públicas por parte de quien

(1) Art. 16, caso 3.º, y art. 17.

alberga, oculta ó proporciona la fuga á un delincuente, no debe arrojar sobre quien tal acto realiza el calificativo de encubridor. Si de esas funciones públicas no se hallara revestida la persona aludida no sería, á los ojos de la Ley, por regla general, calificada en este caso de encubridor, porque la Ley tuvo presente lo que son las relaciones sociales y los sentimientos de caballerosidad y conmiseración en ciertos casos, y partiendo de estas consideraciones, no creyó encontrar motivos bastantes para dar el calificativo de criminal á quien por un momento, esconde, por ejemplo, á un delincuente que encarecidamente se lo suplica. Pues bien: creyendo, como creemos, que la Ley tuvo en cuenta cosas que en cuenta deben ser tenidas, no vemos haya términos hábiles para presumir que esos impulsos de compasión y caballerosidad, acaso exagerados, que justifican lo hecho por cualquier ciudadano, hayan de ser completamente extraños á quien esté revestido de ciertas funciones públicas.

No decimos con esto que el funcionario público que, por razón del cargo que ejerce, tenga que intervenir en la persecución de los delincuentes, ejecute una acción que no merezca correctivo, albergando, ocultando ó proporcionando la fuga á uno de ellos, cualquiera que sea la causa que esta acción motive; pero de esto á calificarle de encubridor hay una inmensa distancia.

La acción del ocultador, en este caso, nos revela que el funcionario que la realiza no corresponde,

hasta cierto punto, á la confianza en él depositada, faltando á lo que hay derecho á exigir de su persona por parte de la sociedad como tal funcionario; pero esto podrá constituir un delito especial, y nunca encubrimiento de otro delito con el que la referida acción por él ejecutada no guarda armonía de ningún género, armonía que debemos encontrar siempre entre el autor de un delito, el cómplice y el encubridor del mismo.

La acción del funcionario público es en realidad siempre la misma, y merecedora por tanto de un juicio en consideración á ella, con independencia del que merezca el delito que haya cometido el ocultado. Por el contrario; la Ley hace depender el juicio de la acción ejecutada por dicho funcionario del que formemos de la llevada á cabo por la persona ocultada. ¿Es ésta un homicida?; pues encubridor de homicidio será con arreglo á la Ley el tantas veces repetido funcionario público. ¿Es éste un ladrón?; pues encubridor del robo sería aquel también con arreglo á la Ley, cuyas consecuencias parécenos que demuestran la verdad de la opinión que sustentamos.

En efecto: teniendo en cuenta que nuestro Código penal, al hablar de las reglas para la aplicación de las penas, establece que la correspondiente al encubridor sea inferior en dos grados á la señalada al autor del delito, vemos que considera, como no podía menos de ser, relacionada la penalidad de estas personas, y como dependiente la de

las unas de la de las otras. Esto es lógico, natural y científico. Si la criminalidad de los unos hay que considerarla con relación á la de los otros, la pena que á estos corresponda debe guardar relación igualmente con la señalada á aquellos, porque su delincuencia respectiva será mayor ó menor, pero es del mismo género.

Pues bien: la Ley, que en dichas reglas de aplicación de penas obedece á estos principios, se aparta de ellos estableciendo una excepción á favor de las personas de que nos estamos ocupando, cuya pena no guarda relación alguna con la señalada al delito cometido por el albergado, ocultado, etc., sino que ha sido establecida, en realidad teniendo tan sólo en cuenta el delito especial cometido por quien abusa de aquella suerte de las funciones que le están encomendadas. Por estas consideraciones se comprende que nuestro Código haya establecido en su artículo 74: que á los funcionarios públicos, que abusan de sus funciones de la manera referida, se les impondrá *la pena de inhabilitación perpetua especial, si el delincuente encubierto fuere reo de delito grave, y la de inhabilitación especial temporal, si lo fuere de delito menos grave.*

Para terminar el examen de la doctrina de la Ley en lo referente al encubrimiento por albergar, ocultar ó proporcionar la fuga á los culpables, debemos decir dos palabras acerca de si no naciendo la idea de encubridor, por regla general, por esta causa, es suficiente para originarla el que sea más

ó menos grave el delito que el autor ó cómplice hayan cometido.

Estamos persuadidos que si la impunidad es perjudicial siempre para los intereses sociales, estos perjuicios son mayores tratándose ya de delitos gravísimos, ya de delincuentes que hayan reincidido; pero tampoco de aquí podemos deducir que haya lógica en la Ley no llamando encubridor, por ejemplo, á quien por ciertos móviles que la misma Ley respeta, oculta á un reo de hurto, y llamándolo á quien, por los mismos móviles, oculta á otro reo que lo sea de traición ó asesinato. De una acción se seguirán más perjuicios que de la otra; pero ni en uno y otro caso, con arreglo á los principios que atrás quedan consignados, encontramos motivos para calificar de encubridor á la persona á quien venimos refiriéndonos, sin que entremos en el examen del punto hasta donde alcanzan los deberes de todo ciudadano para auxiliar en todos terrenos la eficacia de la justicia criminal. En una palabra; si el albergar, ocultar ó proporcionar la fuga á un delincuente, constituye encubrimiento, lo constituirá siempre, porque el encubrimiento ha de existir por la participación que el que lo realiza haya tomado en la obra del delito, y nunca porque éste sea más ó menos grave, siendo absurdo, á nuestro juicio, hacerlo depender de esta circunstancia.

Hasta aquí hemos hablado de los autores, cómplices y encubridores como personas responsables criminalmente de los delitos en general; pero debemos

añadir: que de las faltas sólo responden criminalmente los autores y los cómplices. Fúndase la excepción de la Ley en que, siendo las faltas infracciones de escasa importancia, relativamente hablando, sería querer llevar la penalidad á un extremo exagerado pretender que hasta el encubridor respondiese de tan pequeños quebrantamientos. Pero entiéndase que hablamos en el supuesto de que los hechos calificados por el Legislador como faltas merezcan en realidad semejante calificativo; porque si en su enumeración se han olvidado los verdaderos caracteres que forman su especial naturaleza, y se incluyen, como tales faltas, hechos que pudieran ser considerados más bien como delitos, entonces claro está que la responsabilidad criminal de los referidos hechos debe abarcar también á los encubridores, porque conforme á los principios no pueden ser faltas sino delitos.

Siendo, pues, verdaderas faltas las que como tales enumere la Ley, sería llegar hasta la nimiedad el castigar con relación á ellas al encubridor, para lo cual no tenemos más que recordar que para esas infracciones están señaladas las penas que se llaman leves en el tecnicismo de nuestro Código, cuyas penas son el arresto menor (de uno á quince dias) y la reprensión privada. Correspondiendo al encubridor, como más adelante dice el Código, la pena inferior en dos grados á la señalada al autor, se comprende la insignificancia de la que en las faltas podría aplicarse al referido encubridor.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Merece por tanto aplauso esta modificación introducida por nuestro Código vigente, pues en el de 1850 respondían criminalmente de las faltas las mismas personas que de los delitos, esto es, los autores, cómplices y encubridores.

LECCIÓN 22.

Disposiciones que, con carácter de novedad, introdujo el Código de 1870 en la materia de personas responsables criminalmente de los delitos: su juicio.

Todo cuanto dicho queda hasta el presente, explicando las disposiciones legales respecto á autores, cómplices y encubridores, es aplicable de la misma suerte al Código de 50 que al vigente, porque las referidas disposiciones son casi idénticas.

Pero la Ley vigente introdujo en esta materia algunas importantes novedades, de las que vamos á hacernos cargo en esta lección.

Habiendo dicho la Ley que de todos los delitos deberían responder autores, cómplices y encubridores, y habiendo dicho también quiénes se consideran autores, parece que deberían referirse estos preceptos á toda clase de delitos, y no es así ciertamente, porque tratándose de los que se cometan por medio de la imprenta, grabado ú otro medio mecánico de publicación, sólo serán responsables los autores.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Desde luego se concibe que esta doctrina es nueva en nuestro Código penal, pues antes de sufrir la reforma de 1870 nada se preceptuaba respecto á los delitos cometidos por los medios referidos, por la razón sencilla de que esos delitos no se regían por la Ley común.

No es del caso examinar si deben ó no dichos delitos regirse por las prescripciones generales del Código penal, y sí sólo atenernos, en este particular, á la cuestión de derecho constituído. Admitido el principio y sentada la base de que en la naturaleza de esos delitos no hay nada de excepcional y extraordinario, que reclame se rijan por leyes penales distintas de la común, es forzoso, si la lógica ha de entrar por algo en la resolución del Legislador, aceptar las consecuencias de los principios de donde parte. Estas consecuencias son, á nuestro modo de ver, que respecto á los delitos que nos ocupan, deben responder no sólo los autores, sino también los cómplices y los encubridores.

Al examinar esta excepción del Código vigente, ocúrrese, como es natural, discurrir acerca de la causa que, ó pretende justificarla, ó la explica. Meditando sobre el particular, sólo vemos una de dos cosas: ó que en los delitos referidos no es posible que tengan participación más personas responsables que los llamados autores, ó bien que el Legislador, *por una especial benevolencia* con ese género de delitos, ha creído que debían ser tratados con una *excepcional conmiseración* y una *indulgencia* suma,

La primera de las dos hipótesis no es posible admitirla, porque en este género de delitos, como en todos, se concibe que pueden existir cómplices y encubridores, y examinando lo que dejamos dicho acerca de lo que, en el terreno de los principios, y en el del derecho escrito constituye las ideas de complicidad y encubrimiento, nos parece imposible dudar un momento respecto á nuestra afirmación.

En cuanto á la segunda hipótesis podremos creer en la *benevolencia* aludida, en cuyo caso sería preciso encontrarle alguna causa. Pero no hay para qué poner en tortura nuestra inteligencia, porque hay en el Código un artículo (1) que viene á evitarnos ese trabajo, y á demostrarnos á lo que queda reducida esa *benevolencia*, y á lo que deben también quedar reducidas las ilusiones de los escritores, si por acaso las hubiera hecho nacer la lectura de la excepción que nos ocupa. Si en vista de lo dispuesto en el artículo 12 ha germinado en el corazón de algún escritor público un sentimiento de gratitud, de fijo se habrá apresurado á ahogar ese germen tan pronto como haya leído el artículo 14, que á su vez contiene otra excepción de las doctrinas sustentadas en el 13.

Esta excepción se refiere á las personas que deben ser consideradas como autores, cuando de los delitos cometidos por medio de la imprenta, etc., se trate, excepción también innecesaria por cuanto,

(1) Artículo 14.

de una vez para siempre, había dicho el Código ya quiénes habían de tener el carácter de los autores en los diferentes delitos que pudieran llevarse á cabo. Para formar un juicio imparcial y desapasionado acerca de la extensión que el artículo 14 del Código establece, respecto á quiénes deben considerarse autores de los especiales delitos de que venimos hablando, vamos á copiar íntegra la letra de la Ley. Dice así: *sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior* (1), *solamente se reputarán autores de los delitos mencionados en el artículo* 12 (2) *los que realmente lo hayan sido del escrito ó estampa publicados.*

Si estos no fueren conocidos, ó no estuviesen domiciliados en España, ó estuvieren exentos de responsabilidad criminal con arreglo al artículo 8.° *de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de estos se reputarán autores los editores también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado, y en defecto de éstos los impresores.* Advierte además, en otro párrafo, y á modo de posdata, dicho artículo: *Se entiende por impresores para el efecto de este artículo los directores ó jefes del establecimiento en que*

---

(1) El artículo anterior es el que establece quiénes se consideran autores por regla general.

(2) Estos delitos son los cometidos por medio de la imprenta, grabado, etc.

se haya impreso, grabado ó publicado por cualquier otro medio el escrito ó estampa criminal.

De la simple lectura del artículo que acabamos de transcribir se deduce claramente á lo que ha quedado reducida la *benevolencia* del Legislador hacia la clase de delitos que nos ocupa. Limita á primera vista la responsabilidad criminal el Código á los *autores;* pero á vuelta de muy poco concede á la palabra una extensión considerable.

Para nosotros que hemos procurado fijarnos de una manera conveniente en la participación de diversas personas en la obra del delito, con el fin de caracterizar por medio de rasgos naturales esa participación, no eran necesarias más explicaciones que las dadas por el Código, al manifestar quiénes debían considerarse autores por regla general. Las personas que sucesivamente se mencionan en ese artículo 14 citado, ó caben ó no dentro de las prescripciones que establecen la consideración de autores. Si lo primero, no era necesario que el Legislador añadiese una palabra más; si lo segundo, tendrán otra consideración criminal, ó serán inocentes, partiendo de la base, como partimos, de que la descripción general de los *autores* comprende á todos los que merecen semejante calificativo.

Además, nos parece que ese calificativo es demasiado riguroso, tratándose de las diferentes personas que sucesivamente menciona el referido artículo 14. Sin citar todos los casos que pueden ocurrirse, diremos que el director de una publicación

y el editor de la misma parece que, cuando menos, en muchísimos casos merecerían el calificativo de cómplices, antes que el de autores, porque fácilmente se concibe que no habrían ejecutado por sí mismos el hecho de que se trata, ni habrían forzado ni inducido á otros á ejecutarlo, ni habrían cooperado á llevarle á cabo por un acto indispensable. Entendiendo que solamente quien caiga dentro de alguna de estas hipótesis merece, con razón, el calificativo de autor, dicho está que cuando alguna de ellas no concurra, por lo menos, no puede aplicársele aquel calificativo.

Otro defecto de altísima importancia, conforme á principios, tiene el artículo que nos ocupa, respecto al cual no es posible dejar de emplear alguna severidad en el terreno de la ciencia.

Nos referimos á la especie de responsabilidad subsidiaria que establece la Ley en la esfera criminal al prescribir, que si los verdaderos autores no fueren conocidos, ó con relación á ellos, por las demás causas que marca, no pudiera hacerse efectiva la Ley penal, se consideren como autores los directores de la publicación; y cuando con referencia á éstos, por las mismas causas, tampoco pudiera hacerse efectiva la Ley penal, reciban el calificativo de autores, los editores; y por último, en idénticas circunstancias, los impresores. Triste es decirlo; encontramos aquí un pensamiento anómalo de todo punto, é incompatible con los más rudimentarios principios de la ciencia penal. Estos principios pro-

claman, como una verdad axiomática, que cada cual debe responder de las obras en cuya realización toma parte, y en consideración tan sólo á esa parte que ha tomado; pero nunca puede hacerse depender la mayor ó menor responsabilidad de nadie de la circunstancia externa á la obra del delito, de que sea ó no sea conocido el verdadero delincuente.

No exageramos, pues la ley no da lugar á dudas. ¿Cuándo el impresor, por ejemplo, se considera como autor? Solamente en el caso en que ni el editor, ni el director, ni el que realmente haya ejecutado el hecho criminal, sean conocidos, ó no estén domiciliados en España, estén exentos de responsabilidad criminal. ¿Dejará el impresor de haber ejecutado lo que hizo porque el director y demás se hallen ó no se hallen en España cuando el delito se persigue? Y sin embargo, de esas circunstancias, con las que nada tiene que ver el hecho realizado por el referido impresor, depende que sea considerado ó no como persona responsable en primer lugar.

No concebimos que la Ley haya olvidado tan por completo en este punto lo que constituye y forma la base fundamental de toda delincuencia. Parece como que forma empeño en encontrar á todo trance á quien aplicar, como responsable en primer término, sus prescripciones, reposando tranquila sobre sus *laureles* tan luego como ha encontrado una víctima expiatoria, sin cuidarse ya de si algunas otras personas merecerían ser castigadas.

Ofrecerá todos los inconvenientes que se quie-

ra el que en ocasiones el verdadero autor de un delito quede impune; pero esta imperfección de los medios de que necesariamente tienen que echar mano los poderes sociales, no puede conducirnos á traspasar la responsabilidad de aquel individuo á otro, que acaso tenga tanta ó que acaso tenga más; pero que teniéndola mayor ó menor la tendrá por sus actos propios, y nunca por otra causa.

No se crea que por lo dicho anteriormente criticando la dureza de la Ley, abogamos porque los delitos queden impunes en ninguna de sus múltiples y diversas manifestaciones: todo menos eso. Como garantía del orden en general, como apoyo firme de los derechos de todo el mundo, apetecemos que ningún delito deje de ser descubierto, y que todo delincuente sufra la pena merecida; pero por lo mismo que tan profundo respeto nos merece la justicia, deseamos que, siendo su símbolo la balanza, nadie responda de más ni de menos que de aquello de que deba responder.

Además de las excepciones de que nos hemos hecho cargo, hay algún otro precepto nuevo en el Código de 1870, no ya en la doctrina legal respecto á los *autores* de los delitos, sino en la referente á los encubridores. El precepto aludido lo hizo nacer el profundo respeto con que la Constitución de 1869 miraba la inviolabilidad del domicilio. Estando en vigor aquella Constitución decíamos lo siguiente en otra obrita, comentando el precepto del Código á que en este momento nos referimos.

Puede nacer encubrimiento, según nuestro Código

vigente, con relación al cabeza de familia, que deniegue á la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio, á fin de aprehender al delincuente que se hallare en él (1).

No podía existir en las redacciones anteriores del Código penal disposición alguna en consonancia con la que acabamos de citar, por la razón sencillo de que la Constitución vigente, en la época en que aquellos Códigos lo estaban también, no concedía una latitud tan grande, como la Constitución de 1.° de Junio de 69 concede á la inviolabilidad del domicilio. En virtud de esta Constitución (2) la entrada en el domicilio de un español ó extranjero residente en España, sólo podrá decretarse por Juez competente y ejecutarse de día.

Como pudiera suceder, por tanto, que un ciudadano dificultase, escudado con este derecho constitucional, la acción de los Tribunales de justicia, ocultando en su casa durante la noche á un criminal, y no permitiendo, ni aun á la misma autoridad judicial competente, penetrar en su domilio hasta que fuera de día, en cuyo intervalo de tiempo lo tendría sobrado dicho criminal para fugarse, ha creído el Legislador poner un remedio á estos abusos, y aplicarles el conveniente correctivo, calificanda de encubridor al referido cabeza de familia, por supuesto cuando el criminal ocultado no sea pariente

(1) Artículo 16, caso 4.°
(2) Artículo 5.°

dentro de los grados establecidos para otros casos de encubrimiento citados ya.

Sin pretender calificar de inocente lo realizado por el cabeza de familia en el caso que acabamos de mencionar, nos parece demasiado duro arrojar sobre él, tan en absoluto, el calificativo de encubridor. Con esta afirmación somos consecuentes con todas las doctrinas que venimos sustentando en la materia de personas responsables.

Como apetecemos que al calificar de dura la Ley, no se crea que nos mueve una exagerada indulgencia, y el deseo en ningún caso de la impunidad de todo aquello que merezca ser calificado como criminal, vamos á ser completamente explícitos. Pudiera suceder que ese cabeza de familia aludido estuviese de acuerdo con el criminal para ocultarle de noche en su domicilio, cuyo acuerdo previo prestaría desde luego un eficaz auxilio al acto y al delincuente principal. Si ahora se nos preguntase qué opinábamos de este caso, contestaríamos lo mismo, es decir, no aplaudiendo la prescripción de la Ley, por la razón sencilla de que el cabeza de familia, obrando en estas circunstancias, no merece el calificativo de encubridor; pero es porque merece, cuando menos, el de cómplice, y aun pudiera ser que el de autor, para lo cual no tendríamos más que interpretar rectamente las disposiciones del Código en lo que se refiere á estas personas.

Para calificar de autor ó cómplice á la persona de quien nos ocupamos, atenderíamos á cuanto sirve para formar dichos calificativos, en virtud del pensamiento

que encierran los artículos 13 y 15. Si lo realizado por el cabeza de familia, estando previamente de acuerdo con el individuo que ejecutó el delito, ha sido la causa que le decidió á cometerle, calificaríamos á aquél también de *autor, por haber cooperado á la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado*. Si, por el contrario, lo realizado por el cabeza de familia, también con previo acuerdo, ha servido solamente para prestar auxilio y tornar de más fácil ejecución un delito, que de todas suertes se hubiera realizado, en este caso le calificaríamos de *cómplice*.

Considerando el caso aislado de la denegación del permiso por parte del cabeza de familia, y sin que vengan otras circunstancias á calificar ese mismo hecho, parece que, por regla general, no forma el referido hecho más que un abuso en el ejercicio de los derechos llamados individuales, y como tal digno de una penalidad en armonía con la naturaleza del abuso, y nunca con la índole del delito que hubiere cometido la persona albergada en el domicilio.

Notablemente variadas las prescripciones de la Constitución de 69 relativas á la inviolabilidad del domicilio en virtud de los nuevos preceptos constitucionales del 76, es natural que haya de sufrir también reforma el Código penal en el punto de que nos acabamos de ocupar. Por esta razón ya en el primer proyecto de reforma del Código, presentado por el Sr. Bugallal, se suprimió el caso de encubrimiento de que acabamos de tratar, haciéndose igual supresión en los proyectos de los Sres. Alonso Martinez y Silvela.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO IV.

Disminución ó aumento de culpabilidad por accidentes en la historia del hecho criminal.

SECCIÓN PRIMERA.

Disminución de culpabilidad: circunstancias atenuantes.

LECCIÓN 23.

Motivos de disculpa ó circunstancias atenuantes.—Consideraciones generales y resúmenes que pueden hacerse de las circunstancias eximentes, con el fin de hacer aplicaciones del pensamiento que encierra la primera circunstancia atenuante.

Después de haber examinado en lecciones precedentes los elementos necesarios que concurren y deben concurrir á la formación del delito, y la mayor ó menor culpabilidad teniendo en cuenta, ya los pasos recorridos, ya la diversa participación personal en la obra del referido delito, debemos ahora ocuparnos de las circunstancias que rodean dicha obra en virtud de las que puede ésta, sin variar esencialmente, presentarse no obstante á los ojos del criminalista, y de todo aquel que apetezca formar acerca de ella un juicio, como más ó menos grave.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Divide la Ley las circunstancias que pueden intervenir en la obra del delito en dos grandes grupos, de los que se ocupa en capítulos aparte (1), el uno destinado á establecer las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, y el otro las que la agravan.

Es tan natural y tan sencilla, en principio, la doctrina de estas circunstancias, que hasta en el lenguaje vulgar se suelen emplear estas palabras para significar, ya que un hecho cualquiera tiene cierto grado de disculpa, ya para denotar que ese mismo hecho ha llegado al último límite de la maldad.

En el terreno de la legislación, la doctrina de las circunstancias atenuantes y agravantes tiene grandes precedentes, pues en todos tiempos en que se han formulado leyes escritas que se refiriesen á la parte penal, fué la teoría de las circunstancias una de las primeras que se vislumbraron, traduciéndose en preceptos escritos de una manera clara y precisa.

Hay por todas estas consideraciones más facilidad en comprender los principios sobre que descansa el Código penal en este punto que en otros, fundamentales también, que requieren para su exacto conocimiento mayores esfuerzos de la inteligencia. No se necesitan grandes para comprender la necesidad de considerar como más ó menos grave la situación criminal, según que haya el individuo realizado el delito obedeciendo á impulsos, que si

(1) Capítulos 3.º y 4.º del libro 1.º del Código penal.

no justifican su hecho, por lo menos revelan que no es tan criminal como si esos impulsos no existieran. Tampoco se necesitan grandes esfuerzos para comprender que hay mayor criminalidad que la ordinaria, cuando el individuo realiza el delito saltando por encima de todo género de consideraciones, y con un lujo de criminalidad innecesario, por decirlo así.

La Ley, al ocuparse de este asunto, podía seguir diferentes sistemas. Podía indicar como las grandes fuentes de atenuación y agravación, dejando después á los tribunales el desenvolvimiento de esos principios, y su aplicación concreta á los diferentes casos que la práctica podía ofrecer; ó por el contrario circunscribirse más, señalando de una manera detallada esas circunstancias, y aun podría, especificando más todavía, mencionarlas, sobre todo algunas, al tratar de cada uno de los delitos que pudieran cometerse.

Este último método sería prolijo y ocasionado naturalmente á grandes repeticiones, y entre los otros dos optaríamos por el primero como más filosófico, sobre todo tratándose de las circunstancias atenuantes, en donde no hay tanto inconveniente en interpretar de una manera algún tanto lata los fundamentos de donde parten, y la idea á que obedecen.

Nuestro Código penal parece como que ha querido adoptar este sistema, porque especifica mucho más al tratar de las circunstancias agravantes que cuando se ocupa de las atenuantes, y no sólo por esta razón, sino porque después de mencionar en

el grupo de éstas las que el Legislader ha creído necesario, termina diciendo que deberá considerarse como tal cualquiera otra de igual entidad y análoga á las que menciona (1), mientras que al tratar de las agravantes no hay en el Código vigente ningún párrafo concordante con el que acabamos de citar.

Sin hacer más consideraciones generales acerca de lo que son en principio las circunstancias atenuantes y agravantes, entremos en el examen del grupo de las primeras, ciñéndonos á lo que establece el derecho constituído.

Ocho son las circunstancias atenuantes que el Código establece *atendida su numeración*, y decimos *atendida su numeración*, porque bien claramente se deja ver, por la simple lectura del mismo, que en realidad prefija un mayor número que no puede detallarse desde luego, bastando sólo para ello que nos fijemos en la redacción de la 1.ª y la 8.ª de las referidas circunstancias. Por la 1.ª todas las que la Ley llama circunstancias eximentes degeneran en atenuantes, cuando no concurren con toda la energía necesaria para alcanzar la exención; por la 8.ª todas las que guarden *analogía* con las siete anteriores y sean de la misma *entidad*, pueden ser declaradas por los Tribunales, aun cuando no estén comprendidas en el texto expreso de la Ley, y solamente en su espíritu, bajo aquellos dos requisitos de la *entidad y analogía*.

(1) Art. 9.º, circunstancia 8.ª

La Ley formula la 1.ª de las circunstancias atenuantes diciendo: que se considerarán tales *las expresadas en el capítulo anterior*, (el capítulo anterior enumera las circunstancias que la Ley llama eximentes), *cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*.

El precepto de la Ley parece desde luego perfectamente comprensible; pero la dificultad nace al hacer de él aplicaciones. En efecto: es fácil de entender, que cuando distintos requisitos deben concurrir en conjunto para eximir de responsabilidad, la concurrencia parcial produzca solamente la atenuación. Mas si ahora queremos aplicar el principio consignado en la circunstancia que examinamos á todas y cada una de las trece eximentes, tropezaremos con algunas dificultades, que nos obligarán á interpretar la Ley, porque tomada literalmente giraría el precepto de que nos ocupamos en un círculo sumamente estrecho.

Estas consideraciones, y la de la importancia de la disposición legal que examinamos, hacen necesario detenernos algún tanto en este punto, procurando recordar algunos precedentes, y reducir á grupos las circunstancias llamadas eximentes, para ver si bajo el precepto legal es posible quepan todas ellas.

Pueden reducirse á tres grupos las circunstancias eximentes que la Ley menciona, caracterizados: ya por la falta de *inteligencia*, ya por la falta de *libertad*, ya por la legitimidad intrínseca del hecho, no obstante

sus perjudiciales consecuencias á un tercero. Cuando la idea que caracteriza cada uno de esos grupos se presenta en todo su vigor y en toda su plenitud, por decirlo así, hay lugar á la exención de responsabilidad, pero tan sólo habrá motivos de disculpa, ó circunstancias atenuantes, cuando la referida idea preste su concurrencia de una manera parcial. Esto que acabamos de indicar constituye una regla general.

Muchos comentaristas de nuestro Código, siguiendo los pasos del por tantos títulos célebre escritor señor Pachecho, reducen también las circunstancias eximentes á tres grupos, ó mejor dicho á dos, porque el primero sólo abraza una circunstancia. Los grupos á que se refiere el citado publicista son los siguientes:

1.° Abraza las circunstancias que consisten en un hecho solo, sujeto á pruebas externas, y que es facilísimo de apreciar. No corresponde á esta idea más circunstancia eximente que la del menor de nueve años.

Es tan sencilla esta circunstancia eximente que á nadie puede ocurrírsele duda respecto á la imposibilidad de convertirse en atenuante, por cuya causa hacemos aquí esta manifestación, aun antes de continuar agrupando las otras circunstancias, con el fin de no volvernos á ocupar de un asunto tan claro. Es el individuo menor de nueve años, pues carece de responsabilidad criminal; pasa, por el contrario, de dicha edad, pues para este caso el Legislador dice lo que conceptua necesario. Por último: la prueba de esta circunstancia es termi-

nante y no da lugar á dudas ni apreciaciones, porque la fe de bautismo no las origina.

Continuemos nuestro análisis.

El 2.° grupo comprende las circunstancias simples en su enunciación; pero moralmente compuestas y susceptible de requisitos la fórmula sencilla con que se enuncian. El loco, el que obra cohibido, de la misma suerte que quien realiza el hecho en el ejercicio de un derecho, etc., caen bajo esta idea.

3.er grupo. Comprende aquellas circunstancias que detalladamente la Ley menciona como compuestas de diversos requisitos, cuyos requisitos establece la misma Ley, marcándolos todos, por ejemplo, las defensas, ya de persona ó derechos propios, de un pariente ó de un extraño.

LECCIÓN 24.

¿Pueden degenerar en atenuantes todas las circunstancias eximentes?

Recordando los resúmenes que de las circunstancias eximentes se hicieron en la lección anterior, y sobre todo el último, procuremos ahora averiguar si es asunto de clara resolución, que, ya se trate de requisitos que en detalle marque la Ley, ya se trate de condiciones, simples al ser enunciadas, pero moralmente susceptibles de descomponerse aumentándose ó disminuyéndose, sea aplicable

la regla general de que toda circunstancia eximente degenera en atenuante, con tal que falte alguno de los requisitos cuyo conjunto forma la exención.

Respecto á las circunstancias del 3.er grupo es aplicable la letra de la Ley con toda claridad. Podemos presentar porción de casos, todos ellos de resolución clarísima.

Un individuo defiende, v. g., á un pariente dentro del grado que la Ley marca, y aunque la agresión de que dicho pariente es víctima ha sido *ilegítima*, en la defensa no ha habido toda la parsimonia necesaria, porque ha ido el defensor más allá de los límites que marcaba la *necesidad racional* de los medios que necesitaba poner en práctica para rechazar y repeler la acometida.

Otro individuo, ejecutando una cosa lícita, no emplea todo el cuidado en dicha ejecución que reclama la naturaleza del acto ejecutado, ni la realiza con la *debida diligencia* que debía emplear, á fin de que no sobreviniese accidente alguno desgraciado y funesto. En uno y otro caso se comprende que alguna responsabilidad corresponde, y debe corresponder á los sujetos de quienes nos estamos ocupando, por más que, á todas luces, sea también asunto de clara resolución, que esas personas deban tener menor responsabilidad que la ordinaria y normal. No se originan por tanto, volvemos á decir, dificultades al aplicar el precepto de la primera de las circunstancias atenuantes al 3.or grupo de los en que hemos dividido las eximentes.

En donde puede presentarse alguna duda, que hace necesario interpretar el pensamiento de la Ley, es al tratar de resolver si dicha primera circunstancia atenuante es aplicable al segundo grupo de las eximentes, por lo cual conviene consignar qué circunstancias forman dicho grupo. Son las siguientes por orden numérico: 1.ª, 3.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª, 12.ª y 13.ª, y se refieren al imbécil ó loco: al mayor de nueve años y menor de quince que haya obrado con discernimiento; á los que obran ya por fuerza irresistible, ya por miedo insuperable, ya en cumplimiento de deber, etc., ya en virtud de obediencia debida; y por último al que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable. Todas estas circunstancias aparecen formuladas en la Ley de una manera simple; pero la condición que forma cada una de ellas, sujetándola á un análisis intelectual, se presenta como susceptible de concurrir con más ó menos vigor y energía. Por esta razón los comentaristas de nuestro Código opinan, en general, que todas ellas pueden degenerar en atenuantes.

El Sr. Pacheco, después de manifestar que la dificultad de aplicar el pensamiento de la primera de las circunstancias atenuantes á las eximentes existe con relación á las que forman el grupo de que nos estamos ocupando, añade (1): «En todos estos casos, la circunstancia que exime de responsabilidad es sim-

(1) Código penal concordado y comentado, tomo 1.º, página 189, párrafo 11.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ple y una de por sí: ella no se divide en otros hechos ó circunstancias materiales. Y sin embargo, moralmente es compuesta, moralmente puede ser completa, ó no serlo: de aquí, sus dificultades y sus dudas.»

El mismo notable comentarista, en demostración de que las circunstancias del grupo que examinamos pueden convertirse en atenuantes, añade poco más adelante (1): «No resulta, á la verdad, una locura completa; pero resulta, sí, un desarreglo intelectual, que á la locura se aproxima: esto se halla perfectamente justificado. No resulta la violencia ó el miedo que cae en varón constante; pero resulta que hubo amenaza, que se practicó la intimidación: esto también aparece sin ninguna duda. No resulta la imposibilidad absoluta, omnímoda, invencible, para verificar el hecho por cuya omisión se procede; pero resulta que había dificultades notorias, considerables, trabajosas de vencer.—Y lo mismo decimos, y lo mismo puede figurarse, porque lo mismo puede suceder, en los demás casos de esta segunda categoría.»

El Sr. Groizard, después de afirmar que la locura puede ser considerada, en ocasiones, como circunstancia atenuante, dice (2): «Lo que decimos de la locura, tiene exacta aplicación al miedo, á la obediencia, á todos los casos que comprendimos en esta clase.» De la misma opinión participan los

(1) Tomo citado, pág. 190, párrafo 14.

(2) El Código penal de 1870 concordado y comentado, tomo 1.º, pág. 307.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Sres. La Serna, Caravantes, Castro y Orozco y Ortíz de Zúñiga.

Hemos insistido de propósito sobre este punto porque no vemos tan claras, como quisiéramos, las doctrinas sustentadas por los notables jurisconsultos citados.

Comprendemos, sin graves dificultades, que puedan los Tribunales de justicia apreciar como circunstancia atenuante el caso de daños ejecutados en virtud de miedo, cuando en él no concurra cuanto exige el pensamiento del Legislador, para que, con arreglo á dicho pensamiento, haya términos hábiles á fin de declarar exenta de responsabilidad criminal la persona sobre quien haya recaído la coacción moral del referido miedo. Comprendemos también, que el que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio, ó cargo, se exceda en las acciones que partiendo de aquellas bases ejecuta. Conocemos también la posibilidad de ir más allá de lo que puede exigir la obediencia debida. Tampoco hallamos dificultad en creer posible degenere en atenuante el primero de los dos pensamientos que encierra la circunstancia eximente de incurrir en alguna omisión por hallarse impedido por causa legítima ó insuperable; es decir, que en el impedimento por causa legítima, concebimos que puede haber alguna culpabilidad en quien la pretexta para no ejecutar algo que la Ley ordena. Pero á vuelta de estas concesiones, no podemos conceder de igual manera,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que en virtud del pensamiento de la primera circunstancia atenuante, y sólo en su virtud, degeneren en atenuación todas las eximentes del grupo que examinamos.

Presumimos no puede degenerar en atenuante la locura y la imbecilidad. El menor de quince años y mayor de nueve tiene atenuación en virtud del texto expreso de la Ley, al tratar de las circunstancias atenuantes en detalle. No concebimos cómo la violencia puede ser en ocasiones motivo de disculpa, y lo mismo nos acontece respecto al que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa insuperable.

Nos descartaremos desde luego del menor de quince años y mayor de nueve que haya obrado con algún discernimiento, según la idea de los que opinan que también la circunstancia eximente en dicho período de la edad puede degenerar en atenuante. Prescindiendo de si el discernimiento, tal como lo comprende la Ley, es susceptible, dentro del pensamiento de la misma, de gradación, creemos que para considerar como verificado con circunstancia atenuante todo cuanto el menor de edad, en ese período, hubiese realizado, no es preciso apelar en ningún caso á esa suposición de un discernimiento parcial. En efecto: según la circunstancia tercera de las atenuantes, tiene siempre atenuación á su favor todo individuo que no llegue á diez y ocho años, aun cuando tenga un discernimiento grandísimo y verdaderamente excepcional.

USC UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Respecto á la imbecilidad y locura hemos dicho que presumíamos la imposibilidad de que esa circunstancia eximente pudiera degenerar en atenuante, en contra de la mayor parte de los notables comentaristas de nuestro Código. Para inclinarnos, con recelo justificado, á opinión contraria á ellos, nos fundamos en que la locura ó imbecilidad á que la Ley se refiere arguyen necesariamente la falta de inteligencia en el individuo respecto al hecho por él realizado. La manera excepcional como funciona la inteligencia en el loco, y la paralización de las funciones intelectuales en el imbécil existen ó no. Si lo primero, imbécil ó loco será el individuo; si lo segundo, no merecerá de modo alguno semejantes calificativos.

No presumimos pueda haber locura parcial, porque recordando el sentido en que nuestro Código emplea esta palabra, de cuyo asunto nos hemos ocupado en otro lugar, no podemos considerar como locuras parciales las monomanías, que son para dicho Código verdaderas locuras.

Mas si respecto al monomaníaco no podría ser considerado por nadie como sujeto á una circunstancia atenuante, como degeneración parcial de la primera de las eximentes, cabe preguntar si se considerarán como locuras parciales ciertas situaciones en que el individuo obra grandemente sobreexcitado por efecto de pasiones violentas. No es posible conceder en este caso motivos de atenuación derivados, ni remotamente, de la locura. Las pa-

siones violentas y vehementes verdad que tienen una conocida influencia en las acciones humanas; pero esta influencia también la Ley la reconoce, y le concede la importancia debida como motivos que, si no justifican jamás lo hecho por el hombre bajo su influjo, por lo menos lo disculpan. En el curso de las circunstancias atenuantes encontraremos la aplicación de estas premisas.

Decíamos poco há, que la mayor parte de los comentaristas de nuestro Código opinaban podia degenerar la locura en circunstancia atenuante; pero hay uno, muy notable por cierto, que no participa de esta general opinión. Ese comentarista es el señor Alvarez Martínez, que dice á este propósito (1): «En estas cosas no hay medio. Está ó no demente el autor de un delito en el acto de cometerlo: si lo está, falta el primer elemento de la responsabilidad moral, y no hay crimen, ni grande ni pequeño; si no lo está, la locura de otras veces ni á los ojos de la moral, ni á los de la justicia puede ser un motivo de atenuación. La *locura*, ó es una circunstancia que exime de responsabilidad, ó no es nada.»

Después de sentar opinión tan decisiva, de la que se deduce que la locura no puede degenerar en circunstancia atenuante, el citado autor, en el párrafo siguiente, afirma, no obstante, que el párrafo 1.° del art. 9.° tiene una aplicación muy opor-

(1) Comentarios al Código penal, tomo 1.º, pág. 113.

tuna á la circunstancia eximente de la locura, para el caso en que, tratándose de un loco que tiene intervalos de razón, se dude si obró en alguno de ellos. Con referencia á este caso, dice el autor citado (1): «A la menor incertidumbre la Ley no le absuelve, por los peligros que esto tendría; pero hay en su abono una circunstancia atenuante, que permite al Juez templar el rigor de la pena.»

No es posible sostener, á nuestro juicio, semejante afirmación, que contradice además lo manifestado por el Sr. Alvarez Martínez poco antes. Es de toda evidencia que las circunstancias atenuantes se refieren exclusivamente á los accidentes que rodean la obra del delincuente, con cuyos accidentes nada tiene que ver la falta de prueba plena, respecto á si el individuo cometió el hecho que se trata de juzgar en un intervalo lúcido. La justicia que los hombres administran es imperfecta en muchísimos casos, y una de las causas de esa imperfección es precisamente la falta de pruebas, que, con frecuencia por desgracia, imposibilitan al juzgador de emitir un juicio con entero convencimiento.

En principios verdaderamente científicos no puede admitirse que en caso de duda se condene, ni en totalidad ni parcialmente. Si en el caso que nos ocupa resultaría injusto condenar al loco, respecto á quien se dudaba si había obrado en un intervalo de razón, á la totalidad de la pena, también se-

(1) Obra y tomo citados, pág. 114.

ría injusto imponérsela, aun cuando fuera en el grado mínimo. Sería lo primero más injusto que lo segundo; pero habría injusticia en ambos casos. En vista, pues, de cuanto llevamos manifestado, nos parece que la circunstancia eximente de la locura no puede degenerar en atenuante, en virtud de la primera de las de esta última especie.

Con más claridad se presenta, á nuestro juicio, la imposibilidad de convertirse en atenuante la circunstancia eximente 9.ª, esto es, la que hace referencia al que obra violentado por una fuerza *irresistible*. Al detenernos en el examen de esa circunstancia se nos presentó como clarísimo el pensamiento de la Ley en este punto. Quien obra violentado físicamente, de tal suerte que no puede de modo alguno contrarrestar la *fuerza* que le impulsa, no es, ni puede ser, más responsable de los actos que ejecuta que el instrumento empleado por el delincuente. Por esto es clara la Ley al manifestar de una manera expresa que la *fuerza* ha de ser *irresistible*, con cuyo calificativo se da á entender que el individuo no dispone de fuerza por su parte para contrarrestar la que sobre él se ejerce: solamente en este caso se considera su libertad externa aniquilada.

Ahora bien: sentados estos precedentes, la cuestión es sencillísima. O la fuerza es *irresistible*, ó no lo es. Si lo primero el individuo no puede contrarrestarla, y es por tanto irresponsable; si lo segundo el forzado puede contrarrestarla, tiene por

tanto deber de hacerlo, y no verificándolo debe ser responsable por completo. No comprendemos, volvemos á decir, que pueda nacer atenuación en virtud de este origen: habrá ó responsabilidad íntegra ó irresponsabilidad completa.

Si en contra de nuestro modo de pensar se añadiese: que la violencia física presupone generalmente coacción moral en virtud de miedo, porque no se comprende que al violentar á un sujeto para la comisión de un delito deje al propio tiempo de intimidársele, sea en virtud de manifestaciones claras, sea en virtud de la misma violencia, todo lo cual hace comprender los peligros que el individuo correría resistiéndose, contestaríamos á esta observación diciendo: que si esos casos se presentasen en la práctica alguna vez, podríamos llegar á la exención ó atenuación de responsabilidad en virtud de la coacción moral del miedo, de cuya coacción podría ser prueba más ó menos clara en algunos casos la violencia física; sin que ella en sí misma, revelada por una fuerza que podía resistirse, pudiera en este caso ser considerada como motivo de disculpa.

Cuanto acabamos de indicar respecto al que ejecuta un hecho que la Ley prohibe pretextando atenuación en virtud de fuerza, mayor ó menor, pero no *irresistible*, es aplicable al que deja de ejecutar un precepto de la Ley, y pretende disculparse por habérselo impedido una causa más ó menos poderosa, pero no *insuperable*. En virtud de los mismos razonamientos se sostiene que tampoco puede conver-

tirse en atenuante el segundo de los dos pensamientos que enciera la última circunstancia eximente.

Nos hemos detenido algún tanto en la explicación de la primera de las circunstancias atenuantes porque, como hemos dicho, es una fuente de atenuación, de la que pueden dimanar un número de circunstancias, indeterminado siempre, pero mayor ó menor según la interpretación más ó menos lata que concedamos al pensamiento de la Ley.

LECCIÓN 25.

Disculpa por razón de edad; por falta de intención; por arrebato; por provocación ó amenaza y por vindicación.

Continuando nuestro estudio debemos ocuparnos ahora de la segunda circunstancia atenuante, formulada en nuestra Ley así: *La de ser el culpable menor de diez y ocho años.*

No es esta la primera vez que nos oeupamos de la edad. Al desenvolver y explicar la doctrina de las que nuestro Código llama circunstancias eximentes, hemos visto las dificultades con que toda Ley penal tiene que tropezar al hacer la designación de los períodos de la referida edad, para marcar cuándo y cómo hay términos hábiles para *imputar*, sobre esta base, al individuo las consecuencias de las acciones que ejecuta. En aquel lugar manifestábamos que el desarrollo intelectual en el

hombre no tan sólo se presenta como sucesivo y continuo, sino que además aparece como muy desigual de individuo á individuo, pues en tanto que algunos tienen una precocidad admirable, en otros, por el contrario, el referido desarrollo marcha con suma lentitud. Pero al fin, más ó menos tarde, llega un momento en que la inteligencia, —*funcionando normalmente*,— ofrece condiciones tales que en su vista no puede caber duda respecto á la *imputabilidad* que estas condiciones reclaman.

De la misma manera que en el orden físico el tránsito de la sombra á la región iluminada no es brusco y repentino, por lo que se hace imposible determinar precisamente el punto de separación, en el mundo moral hay también una especie de penumbra entre la edad irresponsable y la del desarrollo suficiente para que exista imputación. Lo mejor sería por esta causa sujetar cada acto á un juicio especial y á una resolución peculiar; mas esto que la ciencia abstracta recomienda acaso podría degenerar en el terreno práctico en pernicioso, y ser causa de peligros más graves que los que se trata de evitar; y de aquí la necesidad de dividir en grupos la vida del individuo fijando límites á cada uno de ellos. A tres principales podemos reducirlos: el de la exención absoluta, el de la exención sujeta á previo examen, y el de la imputación.

Con motivo de las llamadas circunstancias eximentes hemos hablado de los dos primeros, en cuanto á nuestro propósito atañe.

Respecto al tercero, los buenos principios aconsejan que comience en un tiempo, con relación al cual ningún escrúpulo quede al Legislador de que las facultades del alma han alcanzado el grado de desenvolvimiento necesario para poder delinquir.

Por estas consideraciones, como sabemos ya, prescribe nuestra Ley: que hasta los nueve años hay siempre irresponsabilidad criminal; que entre los nueve y los quince puede ó no haberla, según exista ó no el *discernimiento;* y que desde los quince en adelante dicha responsabilidad existe en todos casos. Pero á vuelta de esto, en el período de la vida posterior á los quince años hay que hacer una nueva división, para dar ó no margen á una circunstancia atenuante, según que el individuo haya cumplido ó no diez y ocho años.

No puede ofrecer dificultad de ningún género la comprensión de las razones que impulsaron al Legislador á declarar que existen motivos poderosos para dar nacimiento en este caso á una circunstancia atenuante. Ni los escritores de Filosofía del Derecho, ni los comentaristas de nuestro Código podían extenderse en largas consideraciones respecto á la conveniencia de declarar, en principio, como atenuante la menor edad. Es de toda evidencia, que aun cuando el joven comprenda que ejecuta una acción ilícita cometiendo un delito, ni su inteligencia funciona con el vigor propio de un período de total desarrollo, ni su conciencia puede acusarle con la energía que lo hace al hombre en plena virilidad.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Si en el joven las sensaciones suelen ser vehementes, los raciocinios no suelen ser enérgicos. Si en el período de la juventud se presentan las pasiones como desbordándose repentinamente en muchos casos, en cambio hay mayor docilidad para escuchar y obedecer prudentes consejos. En el joven son las tentaciones más temibles, porque es menos frecuente la fuerza de voluntad necesaria para dominarlas y vencerlas. En el joven el arrepentimiento y la enmienda es mucho más fácil de obtener que en una edad más adelantada. En el joven pueden predominar los impulsos de la imaginación y el sentimiento; en el hombre de más edad esos impulsos pueden contrarrestarse por una madura reflexión.

Pero si en principio no cabe duda en cuanto acabamos de manifestar, se origina, por el contrario, respecto al tiempo que ha de comprender ese período de que venimos hablando.

Notables escritores, como son el Sr. Groizard y el Sr. Pacheco, quisieran que la circunstancia atenuante de que nos ocupamos se extendiera hasta los veinte ó veintiun años, fundándose en la armonía que tendrían las leyes al fijar el mismo tipo para la mayor edad en las diferentes ramas del Derecho. Dice á este propósito el segundo de los citados comentaristas (1): «la responsabilidad absoluta de las acciones, y la mayoría de edad tienen un sólo y

(1) Código penal concordado y comentado, tomo 1.º, página 193.

único orígen, la perfección del discernimiento. ¿Por qué, pues, diez y ocho años en un caso y veinte años en otro?....»

Sin desconocer el mérito indisputable de los referidos escritores, parécenos que tratándose de asuntos criminales la mayor edad debe anticiparse á la de los negocios civiles, porque las facultades todas del individuo más pronto funcionan con relación á aquellos que con referencia á éstos. Con mucha más anticipación tenemos conciencia plena respecto á lo bochornoso que es el robo, que respecto á las perjudiciales consecuencias que pueden sobrevenirnos de un contrato.

Sin embargo, teniendo en cuenta la diversa clase de delitos, no nos inclinamos á una regla invariable con relación á todos, de lo que resulta que vemos como justo, que la edad pudiera considerarse como circunstancia atenuante por un período mayor ó menor, según que los delitos fueren de ésta ó de la otra especie. Más fácilmente concebimos, por ejemplo, que un joven por inexperiencia debida á los pocos años, tome participación en un motín y forme compañía con unos conjurados, que el caso en que ese mismo joven entre á formar parte de una banda de ladrones y asesinos. A nuestro modo de ver, los pocos años explicarían lo primero, y nunca lo segundo.

Pero como no es posible admitir que las circunstancias atenuantes se mencionen al tratar de cada especie de delitos, y como por otra parte creemos que dentro de la fijeza de la Ley puede ser conve-

niente conceder toda la posible latitud á los Tribunales de justicia, juzgamos podría admitirse la atenuación hasta la mayor edad en asuntos civiles, políticos, etc., siempre que en las reglas de aplicación de penas se diese la base á los Tribunales para aplicar esta atenuación, teniendo en cuenta las circunstancias del individuo y al propio tiempo *la naturaleza del delito* (1), ejemplos hay en la Ley de atribuciones análogas concedidas á los Juzgadores, y esa latitud no ha producido perniciosos resultados, sino por el contrario, grandes ventajas en los fallos pronunciados.

Una de las circunstancias atenuantes más difíciles es la tercera, á pesar de la concisa fórmula con que la Ley la presenta, y de su aparente sencillez. Según esa fórmula, es también circunstancia atenuante: *no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo*, cuya redacción nuestro Código vigente varió algún tanto respecto á la que empleaba el de 1850, pues al paso que ésta decía: *todo el mal que produjo*, aquél dice: *un mal de tanta gravedad como el que produjo.*

Trátase en esta circunstancia, como claramente se percibe, del caso en que el hecho realizado no

(1) En virtud del párrafo 2.º del art. 86 de nuestro Código penal al menor de diez y ocho años y mayor de quince se aplica *siempre* la pena inmediata inferior. No se distingue, por tanto, la naturaleza del delito cometido.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

guarde consonancia con la intención criminal, y desde el momento en que nos fijamos en esta idea, no podemos menos de recordar que no es la primera vez que ventilamos el problema de la diferencia entre la intención y el hecho. Materia es ésta que se presenta diseminada en nuestro Código, viéndose obligados los comentaristas á ocuparse de ella en varios y diversos lugares. Al comentar la definición legal del delito se averigua si la intención es elemento tan indispensable para que pueda nacer culpabilidad como la libertad y la inteligencia, en cuyo punto se vuelve á insistir con motivo de la circunstancia 8.ª del art. 8.° Al tratar del párrafo 3.° del artículo 1.° se sienta la base de que se incurre en responsabilidad *aunque el mal ejecutado sea distinto del propuesto ejecutar*, cuya base tiene su natural desarrollo en las reglas para la aplicación de penas que contiene el artículo 65, en cuyas reglas se tiene en cuenta, ya los casos en que el delito ejecutado tiene señalada mayor pena que el que se había propuesto ejecutar el culpable, ya los casos en que, por el contrario, el delito ejecutado tenga señalada pena menor.

En vista de lo dicho vemos, en efecto, cuán diseminadas se hallan en nuestro Código las doctrinas respecto á la falta de correspondencia entre las intenciones y los hechos, pues de ellas se ocupa al tratar del delito en general, de las circunstancias eximentes, de las atenuantes y de las reglas de aplicación de penas. Como de varios de estos puntos

hemos tratado ya, refiriéndonos á lo dicho, nos concretaremos á la materia exclusiva de la falta de intención como circunstancia atenuante.

Es para nosotros asunto completamente conocido, que para formar juicio respecto á la culpabilidad de las acciones humanas, y para apreciar la medida del delito, es necesario tener en cuenta los dos elementos que le forman, esto es, el interno y el externo, sin cuyos dos elementos no puede haber delincuencia á los ojos de la Justicia social. En este punto coinciden, como no podía menos de ser, todas las escuelas, por más que difieran en cuanto á la importancia que cada cual conceda á dichos elementos al entrar en combinación para formar el delito.

Pues bien: si dichos elementos se presentasen siempre con una correspondencia natural, si lo externo fuere en todos casos de la magnitud reclamada por lo interno, se evitarían multitud de dificultades, y ahorrarían mucho trabajo el filósofo criminalista, el Legislador, el jurisconsulto y el magistrado. Pero no sucede así; antes por el contrario, el elemento interno y el externo dejan con muchísima frecuencia de corresponderse, ya porque el primero sobrepuje al segundo, ya porque éste aparezca con más extensión que aquél, y esta falta de congruencia hace necesario que analicemos las diferentes situaciones que puede originar, para deducir á cuál ó cuáles debe referirse, dentro de las doctrinas de la Ley, la circunstancia que estamos estudiando,

Primera situación. El elemento interno sobrepuja al elemento externo. —La simple lectura de la circunstancia atenuante nos demuestra que á este caso no hace referencia, y sí por el contrario oposición. El caso presente se ofrece en la Ley al tratar de lo que llama delito frustrado, y también bajo una de las consecuencias que pueden desprenderse en virtud del pensamiento del párrafo 3.° del art. 1.° Debemos detenernos un momento en este punto para fijar ideas que aclararán mucho lo que tenemos más adelante que decir. —En el párrafo 3.° del artículo 1.° citado se habla del caso en que el mal ejecutado sea distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, como hemos dicho al comentar aquel artículo, y repetido hace pocos momentos. Es de advertir que ese mal *ejecutado distinto del querido ejecutar*, ha de ofrecer una *distinción* de tal naturaleza que dé margen á un delito *diferente*, porque tan sólo siendo así se comprende pueda tener razón de ser en el Código el párrafo citado y las reglas excepcionales de aplicación de penas que comprende el art. 65, cuyas reglas excepcionales están inspiradas en esta interpretación. Así, pues, el delito ejecutado puede ser menor ó mayor que el querido ejecutar: si lo primero acontece, nos hallamos dentro de esta situación; si lo segundo, estaremos dentro de la siguiente.

Segunda situación. Elemento externo del delito presentándose más extenso que el elemento interno. —En esta situación concebimos los dos casos si-

guientes: 1.° la falta de congruencia entre el elemento interno —llamémosle intención— y los hechos es de tal importancia, que resulta realizado un delito diferente del que se había propuesto realizar el sujeto: 2.° La falta de congruencia entre la intención y los hechos produjo el resultado de dar mayor extensión al mal del delito que la deseada; pero sin variar la esencia y naturaleza del mismo. Para el primero de estos dos casos tenemos la doctrina del repetido párrafo 3.° del art. 1.° en una de sus hipótesis, y tan sólo para el 2.° caso opinamos que puede tener clara aplicación la doctrina de la 3.ª circunstancia atenuante. Refiérese por tanto exclusivamente esta circunstancia al caso en que, sin variar la índole del delito, el mal ejecutado exceda en magnitud al que se tenía intención de causar. El notable comentarista Sr. Groizard se inclina á esta opinión al explicar las reglas de aplicación de penas (1); si bien nos parece que algo se contradice con lo manifestado en el comentario de la circunstancia atenuante que nos ocupa (2).

Para terminar este punto añadiremos, que teniendo en cuenta todo lo que la Ley preceptúa acerca del particular, hubiera sido preferible, acaso, conservar la redacción del Código anterior en esta circunstancia, porque al decir el Código vigente *un*

(1) Código penal de 1870 concordado y comentado, tomo 1.º, página 315.

(2) Obra citada, tomo 2.º, pág. 318.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mal de tanta gravedad, parece como que hay diferencia completa entre el mal realizado y el mal querido, y esa completa diferencia pudiera traer en pos de sí la comisión de delitos diferentes también, á cuyo caso no puede, por lo dicho, referirse la atenuación que nos ocupa. Diciendo, por el contrario, el Código anterior *todo el mal que produjo*, se da á entender que el mal del delito no varió esencialmente y sí tan sólo en su extensión. Nos inclinamos, pues, á creer más oportuna la fórmula reformada que la reformadora, sintiendo no participar de la opinión del Sr. Groizard al juzgar más feliz la redacción de la última reforma (1).

Siguiendo el orden numérico de las circunstancias que menciona la Ley, deberíamos ocuparnos en este momento de la 4.ª, pero como ésta y la 5.ª las consideramos como aplicaciones de la 7.ª, trataremos primeramente de ésta y en seguida de aquelas; que, como veremos luego, parece pueden considerarse como especies del género de la referida circunstancia 7.ª

Esta circunstancia la redactó el Legislador de la manera siguiente: *Obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.*

El pensamiento de la Ley, traducido en las palabras que acabamos de copiar, es claro á primera vista. La Ley al establecer sus preceptos tiene en

(1) Obra, tomo y página citados.

cuenta que los dicta para el hombre, y debía por tanto considerarle tal cual es, sujeto á todas las imperfecciones que se derivan de su pobre y flaca naturaleza. Las pasiones nos estimulan á obrar, y si á veces motivan acciones dignas de alabanza, cuando la razón las sujeta dentro del círculo de la moral y la justicia, en otras ocasiones, por el contrario, traspasan estos límites y no escuchan y menosprecian los avisos de aquella. Pueden, por tanto, las pasiones en algunos casos ser causa de acciones heróicas y en otros dar margen á verdaderos delitos. Pero en estas últimas circunstancias no es posible desconocer que el individuo se mueve bajo su influjo y por tanto, que, aun existiendo libertad en el sujeto para dominar esas pasiones que le solicitan por una rápida pendiente, es necesario tener en cuenta la influencia más ó menos eficaz que hayan tenido en la realización de lo ejecutado por dicho individuo.

Resulta de lo manifestado que la dificultad en este punto no nace de reconocer en principio esa influencia; pero nacerá en la práctica al querer aplicar á diferentes casos este pensamiento, por cuya razón los tribunales deben tener en cuenta lo que el Legislador quiso y pudo preceptuar, lo cual se desprende fácilmente del alcance y significado de las palabras por él usadas.

No ha de dar margen á lo ejecutado por el individuo una pasión cualquiera que produzca con relación á él un estímulo más ó menos poderoso; sino que el *poderoso estímulo* se ha de comprender que

lo sería para la generalidad de las personas, y por esto dice nuestra Ley que el estímulo poderoso que produzca arrebato y obcecación los ha de producir *naturalmente*, esto es, que podamos fácilmente comprender la posibilidad de que cualquier hombre, colocado en situación análoga, se conduciría de manera parecida. No podrá por tanto el ladrón pretender, para disculpar el robo, el poderoso estímulo de la codicia, porque no es natural, ó conforme á naturaleza, el robar.

Digamos ahora algunas palabras acerca de las circunstancias 4.ª y 5.ª, y veremos cómo se explican por consideraciones que dejamos hechas.

Se considera por la Ley como atenuante (circunstancia 4.ª); *haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza adecuada de parte del ofendido*, porque la Ley no puede hacer abstracción de las pasiones, que hasta cierto punto disculpan los actos ejecutados en virtud de ellas, ni confundir por consiguiente los que son hijos del acaloramiento con los emanados de la más fría reflexión.

En efecto, no siempre tiene nuestra naturaleza la tranquilidad de ánimo necesaria para sufrir impasible cualquiera amenaza ó provocación: sucede al contrario, que casi sin poderlo evitar en muchos casos, apelamos á vías de hecho para repeler las injurias ú ofensas que se nos irrogan; al fin somos hombres y sólo por excepción se mencionan rasgos de heroicidad, cuya belleza admiramos, pero sin imitarla desgraciadamente.

USC UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Es, pues, aceptable como circunstancia atenuante la provocación ó amenaza del ofendido, con tal que preceda *inmediatamente* al hecho criminal. Debe exigirse esta condición que excluye la intermisión de un sólo momento y toda idea de tiempo intermedio, porque la Ley sólo procura disminuir la penalidad del que obra en virtud de un arrebato por haber sido herida su susceptibilidad ó su amor propio; pero este beneficio no puede alcanzar al que se propone tranquilamente cometer un delito.

Se comprende por lo dicho que la Ley preceptúa en este caso como cosa necesaria que el agente sea impulsado por motivos poderosos, es decir, fuertes y naturales, que hagan impresión en todos los hombres cualquiera que sea su carácter: el Juez apreciará el valor de los motivos, que producen la acción criminal. Explican por tanto esta circunstancia los razonamientos en que se funda la 7.ª

Casi todas las observaciones precedentes cuadran también de lleno al caso de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al *autor, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados*. Esta circunstancia —5.ª de la Ley— tiene razón de ser más legítima y natural que la anterior, pues no reconoce por fundamento hechos que excitan sólo la cólera, sino ofensas graves causadas á nuestra honra ó á la de nuestros parientes más cercanos, cuyas ofensas provocan naturalmente la vindicación: tanto es así, que la Ley que exige

para la atenuación de la pena la inmediata comisión del delito habiendo precedido amenaza, concede algún tiempo, quizás para discurrir sobre la trascendencia de la ofensa, bastando que á ésta sea próxima su vindicación.

La circunstancia que examinamos está redactada de una manera vaga; pero su espíritu se comprende con facilidad. Considera únicamente como ofensa, en nuestro concepto, lo que por su importancia merece este nombre en el común sentir de las gentes, y limita su extensión el calificativo *grave*, cuyo sentido no puede fijar la Ley, pero seguramente la prudencia de los Tribunales llenará en la práctica el vacío que aquella deja, teniendo en cuenta la calidad de las personas, el lugar y el tiempo en que se hizo la ofensa. Ésta debe causarse al mismo que la vindica, ó á su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados. Si la familia es la imagen de santa y amorosa unidad de los seres percibida por el sentimiento; si todos los individuos que la componen participan de sus alegrías, de sus ternuras, de sus tristezas, nada más natural que gocemos con la honra de nuestros parientes y que nos creamos deshonrados con su vergüenza. Por esto hay completa paridad entre la vindicación de una ofensa propia y la causada á personas que nos están íntimamente unidas por los vínculos más sagrados.

También en las situaciones á que puede referirse

esta circunstancia vemos que el individuo obra por estímulos poderosos que producen arrebato, pues arrebatado obra quien se venga de una injuria ó de una ofensa grave, estando comprendidos estos casos dentro del pensamiento general de las tantas veces repetida circunstancia 7.ª

Resultando comprobado que dicha circunstancia puede considerarse como el *género* y la 4.ª y 5.ª como *especies* ¿podrían suprimirse estas dos últimas sin detrimento de los principios que nuestro Código penal está llamado á desenvolver?

La única observación que nos parece pudiera hacerse en contra de la supresión, sería la de que la circunstancia genérica pudiera comprender más especies que las dos expresamente mencionadas en la la Ley, en cuyo caso —si la práctica lo presentase alguna vez— podríamos encontrarnos con alguna de esas dos circunstancias específicas y además algún otro estímulo que produjera, por otro concepto, arrebato y obcecación. Podrían salvarse estos inconvenientes, á nuestro juicio, siempre que los Tribunales declarasen como circunstancias distintas, y concurrentes á la vez en un mismo hecho, todas las que lo fueren en realidad, aun cuando se fundasen en un sólo pensamiento general expresado en la Lye con esa fórmula capaz de abarcar varios casos diversos. Pero de todas suertes, deban ó no suprimirse las circunstancias 4.ª y 5.ª, creemos que previamente á ellas debe figurar en la Ley la que lleva el número 7.

Con lo que hemos manifestado en esta lección, nos parece haber sentado los precedentes necesarios, si bien de una manera elemental, para resolver las dificultades á que pueden dar margen los múltiples problemas que la ciencia y la práctica presentan con motivo de las circunstancias atenuantes que acabamos de estudiar. Mayor extensión podríamos dar á esta importante materia; pero acaso faltaríamos á los fines á que obedecen estas lecciones.

LECCIÓN 26.

De la embriaguez.—Juicio de las disposiciones del Código acerca del particular y comparación con las anteriores.

Debemos ocuparnos en la presente lección de uno de los problemas más difíciles de resolver en materia criminal. Nos referimos á la cuestión de la embriaguez, que figura en nuestro Código vigente colocada —con el núm. 5.°— entre las circunstancias atenuantes.

Para comprender que no hay exageración al calificar de muy difícil la circunstancia atenuante de que vamos á tratar, no tenemos más que fijarnos en la diversa manera como diferentes Códigos la aprecian, y en el juicio muy diverso también que merece la *embriaguez* á los escritores que de esta materia se ocupan.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

En algún Codigo —el de Austria— se castiga la *embriaguez;* pero en cambio está exento de responsabilidad el ebrio con relación á los hechos que realice en tan deplorable situación. En nuestro Código de 1822 encontramos la siguiente prescripción al final del art. 26: «La embriaguez voluntaria y cualquiera otra privación ó alteración de la razón de la misma clase no serán nunca disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva.» En el Código del Brasil, y en el nuestro actual, se considera la embriaguez como circunstancia atènuante con algunas limitaciones.

La misma diversidad que vemos en las leyes, encontramos en los escritores de Derecho penal. Rossi, por ejemplo, afirma que la embriaguez debe eximir de toda pena en algunos casos, participando de la misma opinión el Sr. Laserna y el Sr. Pacheco, si bien no tan explícitamente; más, por el contrario, el Sr. Groizard no juzga conveniente conceder á la embriaguez otro beneficio, en ningún caso, que el de la atenuación. Dice Rossi: «La embriaguez, cuando es completa, priva enteramente del conocimiento del bien y del mal, del uso de la razón. Es una especie de demencia transitoria. El hombre que se embriaga puede ser culpable de una gran imprudencia, pero es imposible decirle con justicia: Ese hecho, ese crimen le comprendiste tú en el momento de cometerle (1).» En cambio el Sr. Groi-

(1) Tratado de Derecho penal, tomo 2.º, cap. 20.

zard se expresa en los siguientes términos: «Si nuestro Código.... ante la necesidad de establecer un principio y dar una regla absoluta no vaciló, por más que para algunos hubiera sido preferible seguir otro rumbo, le otorgamos sinceramente aplauso (1).»

No solamente se originan dificultades y dudas respecto á si la embriaguez juzgada en sí misma puede llegar á producir el efecto de la irresponsabilidad en algunos casos y de la atenuación en otros, sino que además presenta esta materia nuevas complicaciones, respecto á si el individuo que á su favor la aduce tiene ó no el hábito de embriagarse, ó bien si el proyecto de cometer un delito le ha formado y resuelto poner en práctica quien posteriormente se embriaga.

No abrigamos la pretensión de esclarecer por completo estos problemas; pero procuraremos presentarlos metódicamente, recordando con brevedad los precedentes necesarios para comprender y criticar las disposiciones de nuestra Ley en este punto, ocupándonos en primer término de la embriaguez en general; en segundo de la embriaguez habitual; y en tercero de la que sea posterior al proyecto de delinquir, teniendo en cuenta las diferentes situaciones que en este caso pueden presentarse; cuyos tres puntos resolvió nuestro Código penal en la circunstancia atenuante que nos ocupa en las conclusiones siguientes: La embriaguez es, *por regla ge-*

(1) Obra citada, tomo 1.º, pág. 335.

neral, circunstancia atenuante; pero deja de serlo cuando se presente como *habitual* ó como *posterior* al proyecto de cometer un delito. Dice la Ley que se considera circunstancia atenuante: *La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito.*

Primer punto.—¿Puede la embriaguez, en algún caso, originar irresponsabilidad criminal, ó solamente puede llegar á producir atenuación?

Convienen todos los escritores en afirmar que en la embriaguez hay que distinguir grados y períodos, y á poco que se medite en esta materia se comprende fácilmente la necesidad de ese estudio, para deducir la situación del individuo que se halla bajo el influjo de las bebidas alcohólicas, en cuanto esa situación se relaciona con la moralidad y culpabilidad de los hechos ejecutados durante ella. En efecto: la culpabilidad del sujeto con relación al hecho ha de variar, aumentando y decreciendo, á medida que obre en condiciones más ó menos morales. Si las bebidas espirituosas producen excitación en el individuo, y ofuscan las facultades del alma, esa excitación y ese ofuscamiento podrán ser mayores ó menores según se haya abusado más ó menos de la bebida. Se concibe que podrá haber una gradación en la embriaguez como en tantas otras cosas, cuya gradación se irá formando poco á poco, de una manera más ó menos rápida, pero continua. A las primeras libaciones suelen volverse las gentes más expansivas que de ordinario;

pero si aquellas continúan, pronto el individuo cambia, al parecer, de naturaleza, convirtiéndose á veces en pendenciero el hombre más prudente; y si todavía prosigue bebiendo llegará el deplorable extremo en que deje de tener conciencia hasta de que existe.

La dificultad en este particulrr no estriba en reconocer esa gradación, y sí en saber hasta qué punto la influencia de las bebidas puede privar al hombre del uso de sus facultades. Si la embriaguez no hace otra que producir una sobreexcitación en el individuo, un impulso más ó menos fuerte, pero siempre de dominación posible, en este caso tendremos una situación parecida á la de que nos ocupamos en la lección anterior, al hablar de los motivos que producían naturalmente arrebato y obcecación. Pero si, por el contrario, el ebrio en algunos casos, y dentro de algún período de la embriaguez, no sólo está sobreexcitado, sino que su inteligencia funciona tan anormalmente como la del loco, para este caso, por raro que sea, habrá que confesar la irresponsabilidad.

No juzgamos, por tanto, que pueda afirmarse rotundamente, como la Ley lo hace, que la embriaguez sólo se considere como motivo de disculpa, porque en algún caso es posible que la embriaguez trastorne de tal suerte las facultades del alma, que funcionen anormalmente por completo, y entonces habría lugar á la exención de responsabilidad. Esta situación será más ó menos frecuente; pero no pudiendo afirmar su imposibilidad, no cabe, en bue-

nos principios, sostener que el ebrio no pueda ser alguna vez irresponsable. Serán difíciles de apreciar las pruebas en esta materia, lucharán los Tribunales con graves dificultades, podrá suceder quede exento de toda pena quien merecería alguna; pero son todos estos inconvenientes derivados de la manera imperfecta y limitada como se puede administrar la justicia entre los hombres, que no son culpables de no poseer otros medios para administrarla de un modo más perfecto. Además, en materias penales, la interpretación favorable al acusado debe adoptarse siempre que ocurra duda por falta de pruebas.

Para terminar este punto diremos: que el señor Pacheco, después de opinar merece aprobación la doctrina de nuestra Ley, no atribuyendo nunca á la embriaguez mayores efectos que los de la atenuación, dice, sin embargo, que cuando á dicha embriaguez se llegue de una manera involuntaria, y privase absolutamente la razón, entonces debe existir irresponsabilidad, añadiendo que no habría delito en virtud de los principios consignados en el artículo 1.° del Código.

Una vez concedida, cuando menos, la posibilidad de que la embriaguez prive absolutamente la razón, no hallamos motivos que justifiquen la irresponsabilidad tan sólo en el caso de la embriaguez involuntaria, porque siendo la base de toda irresponsabilidad la situación excepcional de las facultades del hombre, debe prescindirse por completo de las

causas que hayan producido la situación dicha. O el individuo comprende ó no lo que realiza: si no lo comprende, no comete delito en ningún caso, por más que pueda haberle cometido si voluntariamente perturbó su inteligencia; pero tan sólo considerando este hecho como un delito en sí mismo.

Segundo punto.—¿La embriaguez puede dejar de ser circunstancia atenuante cuando sea habitual?

Con los precedentes sentados vemos esta pregunta de resolución muy clara. Opinamos que nuestro Código olvidó los buenos principios, asentando que la embriaguez dejaría de surtir efectos de atenuación siempre que fuere habitual, porque el hábito de embriagarse no arguye diferente situación moral en el ebrio, que aquella en que se hallaría la primera vez que abusó de las bebidas. Será tan bochornoso como quieran los que defiendan la doctrina legal entregarse al vicio de la borrachera; no desconocemos lo degradante que es para el hombre el hábito de la embriaguez, y prestamos todo nuestro humilde asentimiento á cuanto en contra de semejante costumbre han dicho los señores Pacheco y Groizard; pero no comprendemos pueda sostenerse, con arreglo á principios científicos, que esa mala costumbre no se castigue por lo que signifique en sí, y en cambio se pretenda castigarla de una manera *indirecta* y *desigual*, y por tanto injusta, no concediendo atenuación al ebrio cuando lo fuere habitual.

Que se pretende castigar con esa disposición el hábito de embriagarse, no hay para qué demostrar-

lo; pero ¿cómo se castiga? De una manera *indirecta* como hemos dicho, porque en vez de señalar á este hecho una pena en armonía con su naturaleza, se le impone indirectamente como pena la diferencia que exista en la que merezca el hecho ejecutado por el ebrio, ya con una circunstancia atenuante ya sin ella. Ahora bien: esa diferencia será siempre mayor ó menor, según sea de más ó menos importancia la pena señalada al hecho ejecutado, porque el ebrio, por ejemplo, puede injuriar, puede robar y puede herir ó matar, y siendo distintas las penas de la injuria, del robo, de las lesiones y del homicidio, distinta será la cuantía ó aumento que en cada una de ellas revele la ausencia de la circunstancia atenuante de la embriaguez. Resulta también probado que el hábito de la embriaguez no sólo se castiga de una manera *indirecta*, sino también *desigual*, ¿habrá injusticia por nuestra parte al calificar de injusta la Ley?

En la primitiva redacción del Código en el año 48 no se definió cuándo había de considerarse habitual la embriaguez; pero en la reforma del año 50 se presumió que había un vacío por falta de aquella definición, y se dió una general para todos los hechos. Dice así esta añadidura del citado año: *Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces ó más, con intervalo á lo menos de veinticuatro horas entre uno y otro acto.*

No será necesario esforzarse mucho para comprender que la manera de definir lo habitual, que

acabamos de copiar, se aparta por completo del verdadero sentido en que todo el mundo toma esa idea. No es suficiente para calificar de habitual un hecho que se haya repetido un número mayor ó menor de veces, porque será necesario además tener en cuenta el período de tiempo más ó menos largo durante el que esos hechos se han repetido, y además la naturaleza de los mismos hechos. En efecto; no es lo mismo repetir tres veces una cosa en el intervalo de un mes, que realizarla en el período de un año, y no debe servir la repetición por tercera vez para calificar de habitual de la misma suerte el juego, por ejemplo, que el robo.

Así, pues, podremos, sin temor de equivocarnos ni de contradecir el sentido común, calificar de ladrón habitual á quien haya reincidido dos ó tres veces, y no podremos afirmar de la propia suerte que merezca el calificativo de ebrio habitual, quien durante su vida se haya embriagado tres veces.

No es, por tanto, admisible la idea de la Ley en este punto; pero resultará todavía más absurda, si consideramos que, además de lo dicho, exigía para la calificación de lo habitual que entre uno y otro acto mediase *por lo menos* un intervalo de veinticuatro horas, de suerte que no mediando ese intermedio faltaría una de las bases para formar la calificación de lo habitual. Así, pues, de la persona que en veinticuatro horas se embriagase más de una vez no podría, según aquella disposición, decirse que tenía el hábito ó costumbre de embriagarse. A

todos estos absurdos conducen disposiciones poco meditadas.

La reforma verificada en el año 1870, teniendo presentes sin duda los razonamientos anteriores, definió lo habitual conforme á los buenos principios, diciendo: *Los Tribunales resolverán, con vista de las circunstancias de las personas, y los hechos, cuándo haya de considerarse habitual la embriaguez.* En virtud del pensamiento de la Ley vigente no se olvidarán los precedentes que dejamos sentados para definir el hábito.

Tercer punto.—¿Deberá dejar de considerarse como atenuante la embriaguez cuando sea posterior al proyecto de cometer un delito?

Tampoco encontramos aceptable esta limitación impuesta por la Ley; pero para demostrarlo tenemos, siguiendo á notables comentaristas, que fijarnos en diferentes situaciones que pueden presentarse dentro de la generalidad con que la Ley está formulada.

Concibe un individuo el proyecto de perpetrar cualquier delito, proyecto que acaricia por más ó menos tiempo, hasta que por fin escucha un día la voz amiga de su conciencia y decide no cometerle. Posteriormente á esa decisión se embriaga por casualidad, voluntaria ó involuntariamente, y en semejante situación, y debido á ella, renace en su espíritu el proyecto abandonado, y por desgracia le convierte en hecho. Según la letra de la Ley, no cabe sostener que de ese sujeto pueda decirse que obró con circunstancia atenuante, por la sencilla

razón de que el proyecto de cometer el delito es anterior á la embriaguez, y en el precepto legal no se hacen distinciones. Y sin embargo, siendo cierto que la embriaguez perturba la inteligencia, ese individuo no obraba al ejecutar el hecho en normales condiciones. Opinamos, por tanto, que este caso no merece distinto juicio que nos merecería si la embriaguez no fuere posterior al proyecto de cometer el delito.

Un caso diferente del anterior.—Concebido el proyecto de cometer el delito, el sujeto no le abandona, y prepara por el contrario, todos los medios para realizarle; mas en el interín llega el momento oportuno, se embriaga casualmente, y en esta situación ejecuta su proyecto. ¿Encontraremos aquí motivos de disculpa? La cuestión es difícil de resolver, porque por un lado tenemos que considerar la posibilidad del arrepentimiento, desistiendo voluntariamente el individuo de su proyecto, posibilidad mucho mayor en el caso de que el sujeto no tuviese perturbadas sus facultades por las bebidas alcohólicas; pero por otra parte no desconocemos que, si voluntariamente se embriagó, podía comprender que saltaría con más facilidad por encima de los obstáculos que se presentasen para la realización del hecho. En vista de esto parece que, por lo menos, deberá en este caso distinguirse si la embriaguez fué ó no voluntaria, cuyo asunto podrán apreciar los Tribunales, á quienes en este particular, como en tantos otros, convendría concederles la posible latitud.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Concebimos, por último, una tercera situación. Quien proyecta perpetrar un delito, no tan sólo persiste firme en su mal propósito, sino que para realizarle mejor, y con el fin de provistarse de todo el valor necesario, acude á los estímulos artificiales que prestan las bebidas. Ni por un momento consideramos posible que pueda pedir el beneficio de la atenuación quien de esta suerte se conduce. Revelando este caso, dice un notable comentarista, gran perversidad y extrema bajeza, aplicar la atenuación sería tan repugnante como concederla al que afiló el puñal para matar mejor, al que registró cuidadosamente todas las piezas de un arma de fuego para la entera seguridad del golpe, al que se recreó en el crimen.

Hemos analizado la embriaguez fijándonos en la influencia que puede ejercer respecto á la culpabilidad de las acciones que el individuo ejecuta, y en las limitaciones con que nuestro Código la considera circunstancia atenuante, resultando de nuestro análisis las siguientes conclusiones:—La embriaguez puede alguna vez ser causa de irresponsabilidad; sea ó no habitual deben merecer al criminalista el mismo juicio las acciones del que se halla bajo su influjo; la embriaguez posterior á un proyecto para cometer un delito ó no debe perder su fuerza de atenuación ó puede convertirse en circunstancia agravante.—Resulta, por tanto, que aun pareciéndonos más aceptables las doctrinas del Código vigente que las del anterior, por cuanto dió una definición más racio-

nal de lo que debe constituir el hábito, habría mucho que corregir en este punto para hacer completamente aceptables sus prescripciones.

LECCIÓN 27.

Atenuación por igual entidad y analogía.—¿Pueden considerarse como atenuantes otras circunstancias además de las expresadas en la Ley?

Después de haber mencionado el Legislador las circunstancias atenuantes de que dejamos hecho mérito en las lecciones precedentes, termina la materia con un precepto, que claramente manifiesta le asaltaron dudas, respecto á la posibilidad de no haber incluído entre los motivos de disculpa todos aquellos que en la práctica pudieran presentarse. Dice así la circunstancia 8.ª: *Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores.*

¿Es justo y conveniente el precepto de la Ley? —Pudiera sostenerse, por quien apetezca que la previsión del Legislador no deje vacíos en su obra, que esa circunstancia no debía figurar en nuestro Código, por la razón sencilla de que habiéndose enumerado varios motivos de disculpa, debieran haberse añadido todos los que pudieran faltar, con tanto más motivo, cuanto que señalándose como los grandes orígenes de atenuación, podrían abarcarse

todos sin descender á un casuismo exagerado, cuyo escollo deben cuidadosamente evitar las leyes. O puede haber más circunstancias atenuantes que las expresamente mencionadas, ó no: si lo primero debería aumentarse el catálogo con las dejadas de incluir; si lo segundo sobra la última de las repetidas circunstancias, por cuanto no ha de tener aplicación en ningún caso su precepto.

No obstante estas manifestaciones, nos inclinamos á creer que no sobra en la Ley la circunstancia que nos ocupa, y para opinar así debemos recordar el sistema adoptado en la materia por nuestro Código. Al enumerar las circunstancias atenuantes, se ha propuesto el Legislador señalar las que pudieran tener aplicación con referencia á todo género de delitos, y por esto las agrupó en un capítulo especial, formulándolas con generalidad. Pero á vuelta de esto pudiera suceder que, por excepción, ó refiriéndose á un determinado acto de delincuencia, apareciese en la práctica algún motivo de disculpa, que no encajase, como en un molde, dentro de los que taxativamente establecía la Ley, y, para casos de esta especie, pareció prudente y justo autorizar á los Tribunales para reconocer la importancia de esos motivos, considerándolos como circunstancias atenuantes.

Mas con esa autorización á los Tribunales otorgada, no quiso la Ley fomentar la omnímoda arbitrariedad de los juzgadores, por cuanto les impuso un límite racional y justo, como lo demues-

tra el pensamiento que encierran las palabras empleadas por la referida Ley.

Para que pueda convertirse en atenuante cualquier accidente que no aparezca escrito en el Código, y con relación al que presuman los Tribunales deben hacer aplicación de las facultades que les otorga la circunstancia que examinamos, es necesario que dicho accidente sea de *igual entidad y análogo* á los que el Código deja mancionados de una manera expresa.

Diremos que su *entidad* es igual cuando tenga, racionalmente examinado, la misma importancia, es decir, que esa nueva circunstancia produzca tanta disculpa, por lo menos, como las demás. Podremos sostener la *analogía*, cuando arranque la nueva disculpa de motivos parecidos á los que dieron margen y sirven para explicar la existencia en la Ley de las atenuaciones por ella confesadas de una manera manifiesta.

En el fondo de todas las circunstancias atenuantes encontramos que los elementos de la delincuencia no concurren en toda su extensión: habrá por tanto *analogía* cuando en un hecho falte algo de esos elementos. En todas las circunstancias atenuantes vemos que la disculpa que reclaman tiene cierto grado de fuerza, cierta importancia, que aprecia de la misma suerte todo examen imparcial: habrá por tanto *igual entidad* cuando aparezca la pretendida circunstancia con la misma energía y con la misma importancia. Con estas limitaciones no hay temor á abusos por parte de los Tribunales á quienes, dentro de la fijeza de la Ley, conviene con-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ceder la posible latitud para todo aquello que solamente puede apreciarse y preverse en la práctica diaria de los negocios criminales.

Hemos examinado una por una las circunstancias que nuestro Código presenta como atenuantes, y lugar oportuno es el presente para preguntarnos si deberían estar incluídas entre ellas otras varias, respecto á las que cuestionan los autores si merecen ó no figurar en el catálogo de las atenuaciones. Hay quien opina que dicho catálogo debería aumentarse, dando entrada por la puerta de la disculpa á la confesión del delito por el reo; á la buena conducta anterior ó buenos antecedentes del procesado; á los servicios anteriores prestados á la patria y á la ancianidad. De todos estos puntos nos ocuparemos sucesivamente y con la posible brevedad.

¿Debe la confesión del delito hecha por el reo considerarse como circunstancia atenuante?—De todas las circunstancias que pretenden, contra la letra de la Ley, ser incluídas entre las atenuantes, es la que motiva esta pregunta, acaso, la que puede presentar más razonamientos en su apoyo, no dejando tampoco de tener á su favor precedentes legales. No obstante, entre las dos opiniones que se disputan la posesión de la verdad, creemos preferente la que, acudiendo á ciertos principios, que por demasiado sencillos son quizás olvidados con frecuencia, es seguida por nuestros Tribunales: en virtud de esto, y por las razones que daremos, no conceptuamos aceptable el que se considere como cir-

cunstancia atenuante la referida confesión del delito hecha por el reo, ni aun en el caso más favorable para el acusado, que sería aquel en que fuere espontánea de todo punto.

La confesión del reo ha sido considerada como circunstancia atenuante por algún Código penal extranjero, y también por el nuestro de 1822. En el informe evacuado en 1852 por la Junta de gobierno del colegio de abogados de Madrid, en contestación á las varias preguntas que se le hicieron por el Gobierno de S. M. para la definitiva reforma del Código vigente, se propuso la adopción de la misma circunstancia como propia para rebajar la penalidad, á cuya opinión suscribió después el señor Pacheco. Hasta el año de 1863, en que dirigió el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia una bien escrita circular á los Fiscales de las Audiencias sobre el punto en cuestión, algunos Tribunales tenían por circunstancia atenuante la confesión del reo, cuando á no estar confeso el procesado sería imposible estimarle convicto, y había de dejarse impune el delito; pero dicha circular condena tal práctica, con sobrado fundamento á nuestro modo de ver.

Si es verdad que la confesión del reo revela arrepentimiento, sirve para que la Ley y la sociedad reciban un desagravio y es la causa de que se repare ó indemnice el daño sufrido, parece que se ha alcanzado todo lo que en este caso ya podría conseguirse, y por consiguiente, que es bastante como castigo el mínimo de la pena. Pero en el caso de

la confesión por el reo, éste ha consumado el delito con inteligencia y libertad, ha revelado su intención criminal antes y en el acto de cometerle, sufra pues la pena correspondiente sin que se rebaje en lo más mínimo. Si después se arrepiente, quedará en paz con su conciencia, pero la justicia penal no puede menos de castigarle atendiendo al daño que ha causado: su remordimiento le servirá de obstáculo poderoso para no continuar la senda peligrosa á donde le han guiado sus instintos perversos. ¡Afortunado si consigue apartarse enteramente de ella! Podemos pues decir, que si es esencial é indeclinable condición de toda circunstancia atenuante que acompañe el delito, no puede considerarse como tal la confesión del reo, por ser subsiguiente á aquél.

Si esta opinión pareciese algún tanto dura diremos: que si el arrepentimiento sincero fuere la verdadera causa de la confesión, lo demostraría la conducta ulterior del reo al cumplir la pena, en cuyo caso si ésta tuviera el carácter verdaderamente correccional que debería tener, según la teoría que consideramos aceptable y justa, podría remitírsele la pena dicha, desde el momento que apareciese como corregido (1).

Dentro de la Ley vigente, que fija taxativamente la duración de las penas, cabe el recurso del indulto para el culpable que demuestra verdadero arrepentimiento.

---

(1) Al tratar de la pena veremos cómo se desarrolla esta idea.

Hemos combatido la confesión del reo restringiéndola, como lo hacen sus defensores, al caso en que forme la única prueba, que se obtenga de su culpabilidad. Entendida en términos generales, pueden aducirse en su contra otros argumentos.

Admitida esta circunstancia no habría delito en que no concurriere, porque dependiendo exclusivamente de la voluntad del reo, la emplearía siempre que comprendiese no podía eludir el castigo por estar debidamente probado su delito.

Tampoco guarda analogía con las circunstancias que menciona el Código, porque todas ellas se refieren á la situación particular del delincuente en los momentos de perpetrar el delito, y esta otra hace referencia á hechos posteriores, que no tienen valor ni fuerza para cambiar la naturaleza de lo que se ha llevado á cabo en un período más ó menos lejano.

Por último: ataca la división de las penas en sus tres grados, máximo, medio y mínimo, dejando solamente de fórmula el grado medio de las mismas, en los casos en que se impone por no haber circunstancias agravantes ni atenuantes, pues si el criminal puede alegar una de éstas, confesando el delito que ha cometido, seguramente no guardará un silencio que le perjudique.

Creemos haber demostrado que no puede contarse entre las circunstancias atenuantes la confesión del delito por el reo.

Tampoco podemos admitir como circunstancia atenuante, ni los buenos antecedentes del procesado, ni

servicios que hubiese prestado con anterioridad, por muy importantes que hubiesen sido.

Los buenos antecedentes habrán producido el efecto natural de que hasta el presente, considerada la persona como honrada, merecería la estimación de sus conciudadanos. Mas el día en que olvidando esos antecedentes delinque, no tenemos por qué traerlos á colación, porque ni aumentan ni disminuyen la culpabilidad del hecho que tratamos de examinar, por cuanto son de todo punto extraños al referido hecho.

En análogas razones nos fundamos para desechar la atenuación teniendo en cuenta servicios prestados al Estado, porque esos servicios deben haber tenido en época oportuna la merecida recompensa, guardando proporción con la importancia de los mismos. Si el Estado no recompensó el servicio, habrá cometido una injusticia que debe reparar, procurando no marchar en lo sucesivo por la senda de la ingratitud; pero de aquí no hemos de deducir el fundamento de otra injusticia, pues la habría concediendo el beneficio de la atenuación por actos que no se relacionan directamente con la comisión del hecho punible. Queremos, pues, premios para los servicios, y penas para los delitos, y que no se relacionen entre sí cosas que no merecen ser relacionadas.

¿Podrá considerarse motivo de disculpa la ancianidad?—Los ancianos son acreedores al respeto y consideración de toda conciencia recta: injuriar, herir á un anciano es una acción más grave, y que puede revelar instintos más perversos, que injuriar ó herir

á otro hombre á quien cada año no haya quitado parte del vigor y de la energía propia de la plenitud de la vida; pero el anciano á quien los años, conservando íntegras sus facultades, no sirven para impedir la comisión de actos de delincuencia, no merece por ningún título el beneficio de la atenuación. Si delinquió en plenas condiciones de voluntad, merece también la plenitud de la pena. En el cumplimiento de ella podrá tenerse en cuenta la debilidad de sus fuerzas para soportarla; mas esto pertenece á otro lugar de la Ley penal, porque en éste se trata solamente de apreciar la culpabilidad de las acciones, y no de la manera como las penas deben ejecutarse y cumplirse.

SECCIÓN SEGUNDA.

Aumento de culpabilidad: circunstancias agravantes.

LECCIÓN 28.

Del parentesco y de la imprenta: requisitos y condiciones para calificar de agravantes tales circunstancias.

Habiéndonos ocupado en las últimas lecciones en el examen de las circunstancias accidentales denominadas *atenuantes*, debemos hacerlo ahora de las llamadas *agravantes*.

Lo mismo las unas que las otras, para que

merezcan en rigor científico el calificativo de *circunstancias*, han de ser verdaderos *accidentes* en la obra de la delincuencia, en virtud de los que todo hecho, que caiga bajo la jurisdicción del Código penal, sin variar *esencialmente*, ha de presentarse, no obstante, como más ó menos grave. Por tanto, no merecerá el calificativo de *circunstancia* todo aquello que influya en el hecho de tal manera, que le desnaturalice, por decirlo así, convirtiéndole en otro hecho, que merezca ser en sí mismo considerado, y por tanto acreedor á una penalidad propia, en consideración á sus rasgos característicos.

En la materia que vamos á desenvolver, lo más concisamente posible, procuró el Legislador llevar su previsión hasta los últimos límites, investigando todos los orígenes de agravación, con el fin de no conceder á los Tribunales de justicia en este punto atribuciones, que le parecieron peligrosas para las garantías que los ciudadanos deben esperar de la Ley penal.

Por esta causa la lista de las circunstancias *agravantes* aparece mucho más numerosa que la de las *atenuantes*, y no porque podamos decir desde luego que los motivos de disculpa puedan presentarse, acompañando las acciones humanas, en menor número que sus contrarios los agravatorios, sino porque, al formar el cuadro de las atenuaciones, el Legislador señaló, en muchos casos, como grandes fuentes de ellas, concediendo, dentro de su pensamiento, facultad para interpretarlo latamente; pero al llegar á las circunstancias agravantes no se quiso, ni se

juzgó conveniente, conceder la misma latitud. Por esta razón en el Código vigente no hay concordancia en las circunstancias agravantes con la última de las atenuantes, pues no hay posibilidad de declarar agravación por motivos de igual entidad y analogía, á diferencia de lo que preceptuaba el Código de 1850.

Es aceptable por completo, á nuestro juicio, que no exista en la Ley la facultad de crear una circunstancia agravante, no incluída en el texto expreso de la misma, aun cuando sea de igual entidad y análoga á las expresamente formuladas.

La razón es muy sencilla. Es un principio de legislación penal, consignado ya de muy antiguo, que el ciudadano puede ejecutar todo aquello que la Ley no prohibe, y por esto la penal puede considerarse como protectora de la libertad del individuo, pues cuanto no se halla comprendido dentro de sus prescripciones puede válidamente ejecutarse.

Los Tribunales de justicia, por tanto, no pueden, ni perseguir como criminosas más acciones que las declaradas tales, ni imponerles tampoco más pena que la previamente señalada á las diversas infracciones: ni en la declaración de un hecho como delito, ni en el señalamiento de la pena para el referido hecho, se puede traspasar los umbrales de la Ley, porque lo mismo lo uno que lo otro sería atentatorio á la libertad.

Pues bien: si los Tribunales de justicia pudieran dar nacimiento á una circunstancia agravante, se conculcarían los principios que acabamos de sentar,

porque las circunstancias producen el natural efecto de aumentar la cuantía de la pena, y el exceso de penalidad en este caso no partía de la Ley, que previamente á la comisión del delito había manifestado la pena á que se hacía acreedor todo aquel que quebrantare sus preceptos, sino que partía, por el contrario, del arbitrio judicial. Esta concisa fórmula consignada en el Digesto, *Ubi non est lex, nec prævaricatio,* debe aceptarse siempre, hasta en sus últimas consecuencias.

Entrando en el examen detallado de las circunstancias agravantes, debemos ocuparnos en primer término de dos, que, según los casos, pueden ó bien disminuir la responsabilidad, ó bien aumentarla, pues de ellas dice el Legislador: que *las tomarán en consideración los Tribunales para apreciarlas como agravantes ó atenuantes según la naturaleza y los efectos del delito.*

Estas circunstancias se refieren al parentesco, dentro de ciertos límites, y á los delitos realizados por medio de la imprenta y otros análogos. Puesto que estas dos circunstancias pueden, según la Ley, ser atenuantes unas veces y agravantes otras, parece natural examinarlas previamente á las que son agravantes en todos casos. Ese carácter mixto que presentan obliga á considerarlas en una situación intermedia, entre un grupo y otro de los accidentes relativos á la culpabilidad, por cuya razón algún comentarista menciona ya dichas circunstancias al terminar el estudio de las atenuantes.

Parentesco.—Lo mismo en el Código del año

1848 que en la reforma del año 50, se consideraba el parentesco como circunstancia agravante en todos casos, cuyo precepto, formulado tan generalmente, daba ocasión á la crítica de los comentaristas, que discurriendo acerca del particular opinaban, de común acuerdo, que, si en ocasiones, y con referencia á ciertos delitos, los vínculos del parentesco hacían más grave la conducta del ofensor, en cambio en otras se presentaba como disculpable.

La verdad es que las relaciones de afecto, cariño, sumisión, dependencia, autoridad, etc., que existen entre los parientes más íntimamente ligados por estrechos vínculos, producen la natural y necesaria consecuencia de variar la culpabilidad de las acciones, no dejándolas en su nivel común y ordinario. Los acontecimientos que ocurren entre personas de la misma familia no pueden equipararse, respecto al juicio que su culpabilidad merezca, con los acontecimientos ocurridos entre personas que no tienen otros vínculos entre sí que los de prójimos: serán por tanto esos acontecimientos más ó menos graves, que lo serían si una misma sangre no circulase por sus venas.

En ocasiones, la relación del parentesco es algo más que una circunstancia accidental, pues que ella, ó crea un delito especial, ó hace desaparecer la consideración de criminal que merece el hecho en términos normales. Ejemplo de lo primero nos lo ofrece el parricidio: ejemplo de lo segundo lo tenemos en los hurtos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La Ley ha creído, y con razón, que matar el hijo al padre ó el padre al hijo, el marido á la mujer ó viceversa, era algo más que un homicidio con circunstancias agravantes, y por tanto ha elevado ese hecho á la categoría de un delito especial, sujeto á una penalidad propia en consideración á su naturaleza, de la misma suerte, y por el contrario, partiendo de la imposibilidad de romper bruscamente los lazos de la familia, determina con exquisita prudencia nuestro Código, que están exentos de responsabilidad criminal por los hurtos que recíprocamente se causaren los cónyuges, ascendientes y descendientes, ó afines en la misma línea, el consorte viudo y en ciertos casos los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

No se refiere, pues, ni puede referirse la circunstancia que motiva estas líneas á aquellos casos en que en virtud de su pensamiento se crea un delito especial, ni á esos otros en que la criminalidad desaparece á los ojos de la Ley.

Pero fuera de esos casos, ocurren muchos en que por razón del parentesco todo hecho culpable ó aumenta, ó decrece de importancia. Aumentará, siempre que el parentesco relacionado con el hecho de que se trata, haga comprender, ante un imparcial criterio, que ese hecho aparece más grave que si entre extraños aconteciera; decrecerá, por el contrario, cuando la confianza que el parentesco establece, la fraternidad que origina, ó la autoridad que crea, hagan formar del hecho en cuestión un juicio más

benigno, que si desapareciesen, por un momento, esa confianza, esa fraternidad ó esa autoridad.

Por esto la Ley, después de marcar entre qué personas el parentesco puede surtir efectos de agravación, añade la base á cuyo tenor ese parentesco puede ser circunstancia ya atenuante ya agravante.

Dice así nuestro Código... *Ser el agraviado cónyuge ó ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afín en los mismos grados del ofensor*, y añade: *Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito.*

De este precepto se deduce, á nuestro modo de ver, una base de facilísima interpretación respecto á cuándo ha de disculpar, ó producir contrario efecto, el parentesco. En todos casos, relacionando el parentesco con el delito, pero buscando esa relación por la naturaleza y los efectos que ese delito produzca, tendremos comprendido el pensamiento de la Ley. La naturaleza del delito es todo aquello que le constituye en hecho criminal de ésta ó de la otra especie, todo aquello que constituye su manera de ser, distinguiéndole de las demás acciones que caen bajo el dominio de la Ley penal por otros conceptos. Por efectos del delito debemos entender los resultados que produce, las consecuencias que su comisión trae en pos de sí, los males visibles que son su consecuencia.

Ahora bien: con estos precedentes bien se comprende que, según la naturaleza del delito, el pa-

rentesco podrá influir en que la culpabilidad sea mayor ó menor que la ordinaria. Un padre, por ejemplo, causa una lesión á un hijo: pero motivó este hecho el haberse excedido el padre en el castigo que tuvo que imponer al hijo, cuya conducta estaba muy lejos de ser un modelo digno de imitar: en este caso toda conciencia recta encontrará disculpable el arrebato del padre. Pero póngase un ejemplo en sentido inverso: supongamos que un hijo irrespetuoso lleva su audacia hasta el punto de poner sus manos en el autor de sus días, y unánimemente todo el mundo encontrará esta acción más culpable, que si hubiera acaecido entre personas que no estuviesen unidas por vínculos supuestos.

Delitos realizados por medio de la imprenta, etc.—La circunstancia de que nos vamos á ocupar, no tiene los precedentes en la historia de nuestro Código, que tiene la referente al parentesco. Ésta figuró siempre en las diferentes modificaciones verificadas en la Ley; pero aquella apareció por vez primera en el año 1870. No podía aparecer hasta esa época, porque los delitos cometidos por medio de la imprenta, y otros medios similares de publicidad, no se rigieron hasta entonces por la Ley común, estando sujetos á la penalidad especial de la Ley de imprenta. Para procurar en este punto comprender el pensamiento y sentido de la circunstancia de que estamos tratando, no tenemos para qué investigar si los delitos de imprenta merecen, ó no, figurar en la Ley común, porque esa cuestión tie-

ne su lugar propio en el comentario al art. 7.°, ó sea en donde se trata de los diferentes delitos que se rigen, en cuanto á su penalidad, por leyes especiales.

Nuestro Código aceptó la base, respecto á los delitos cometidos por los medios que nos ocupan, de que debían estar incluídos en sus prescripciones, porque no consideró, sin duda, que en su naturaleza hubiese nada de excepcional; pero á vuelta de esto, ya hemos visto en otro lugar, como el mismo Código estableció prescripciones excepcionales con motivo de este asunto.

En efecto, tratándose de la clasificación de las personas responsables criminalmente de los delitos, hubo de creer el Legislador, que las disposiciones generales para los demás actos de delincuencia, no eran aceptables tratándose de los delitos cometidos por medio de la imprenta, y por esto prescribió, que respondiendo de todos los delitos los autores, cómplices y encubridores, de los realizados por los medios de que estamos hablando sólo respondan los autores, dando á la palabra autor, además, una extensión considerable.

No son únicamente las dichas las excepciones que encontramos en nuestra Ley penal con motivo de aquellos delitos, puesto que, en muchos casos, la pena señalada para ciertos actos de delincuencia sufre variación, siempre que sean realizados por escrito y con publicidad, v. g., la calumnia y la injuria.

En efecto: como pena para la calumnia, por regla general, encontramos la multa y el arresto;

pero siendo propagada por escrito y con publicidad, vemos que la multa aumenta, y que el arresto asciende á prisión correccional, y variantes parecidas existen con motivo de las injurias; advirtiendo que la calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad, cuando se propagan por medio de papeles impresos, litografiados ó grabados, por carteles ó pasquines fijados en los sitios públicos, ó por papeles manuscritos comunicados á más de diez personas (1). Todas estas disposiciones de la Ley nos demuestran que para el Legislador, no obstante la base de donde parte, estos delitos tienen en su naturaleza mucho de excepcional.

La circunstancia que nos ocupa se halla formulada así: *Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía, ú otro medio análogo que facilite la publicidad*, cuya circunstancia, ya sabemos por lo dicho, que podrá ser considerada como atenuante ó agravante, según la naturaleza y los efectos del delito.

El precepto de la Ley en su letra no se presenta difícil de entender; pero las dificultades pueden ocurrir desde el momento en que pretendamos aplicarle á los diferentes casos, ó bien formar juicio crítico acerca de su justicia y conveniencia.

Si la circunstancia agravante se funda en este caso en que, por efecto de la publicidad, el mal causado es de más extensión, que si no hubieran

(1) Artículo 477.

intervenido para realizarle esos medios, no se concibe á primera vista, cómo esa misma publicidad, puede, en ocasiones, convertirse en motivo de disculpa. Cuando una misma cosa puede realizarse por dos procedimientos, se comprende con claridad y sin esfuerzos, que pueda considerarse como agravatorio el empleo del procedimiento que causa el mal con mayor extensión, pero no se concibe, al menos tan claramente, que el repetido procedimiento pueda, otras veces, surtir efectos diametralmente opuestos respecto á la culpabilidad del acusado.

Dice á este propósito el notable Jurisconsulto señor Groizard en sus comentarios al Código de 1870 (1): «El mayor ó menor talento del escritor, su mayor habilidad para disfrazar y casi ocultar sus pensamientos, la imprenta donde se compone el periódico ú hoja en que se busca la publicidad, su circulación, el papel, los tipos, todo esto y otras circunstancias pueden influir poderosamente en que exista la agravación ó concurra la atenuación. En materia de imprenta, litografía, fotografía, etc., lo serio y lo ridículo andan tan cerca que frecuentemente no se consigue el resultado que se deseaba, y sí el contrario.»

Comprendemos perfectamente que una pluma manejada con habilidad puede causar más daño que otra usada de una manera torpe; concebimos que un escritor de talento puede herir más profundamente que otro que carezca de tan superior inteli-

(2) Tomo 1.º, página 395.

gencia; no puede dudarse que la extensión del mal será mayor, cuando el escrito ó estampa criminales vean la luz en un periódico ó revista de gran valía, y que circule entre un considerable número de lectores. En todos estos casos, por la extensión del mal, se concibe que la agravación aumentará, ó bien, cuando más, que la agravación desaparezca, si la publicidad no se buscó como medio de causar un daño más extenso; pero no vemos cómo del mismo origen puede nacer, con tanta claridad, atenuación.

Se dirá: puede ocurrir que un sujeto, buscando la publicidad para causar un mal de extensión considerable, emplea torpemente los medios elegidos y consigue, por todo resultado, atraer sobre sí el ridículo, en cuyo caso sufre ante el Tribunal de la opinión la pena de su falta de modestia. Pero no encontramos aquí fundamentos para decir que la publicidad pueda, en buena lógica, ser en el caso propuesto un motivo de disculpa, y por tanto de disminución de responsabilidad, por cuanto el ridículo en que ese escritor haya caído no es elemento que por ningún concepto pueda traerse á colación para el aprecio de su culpabilidad, cuyo aprecio ha de formarse tan sólo en este caso, como en todos, en vista de lo que constituye fundamentalmente la culpabilidad dicha.

Hay quien opina también, que puede considerarse el cometer el delito por medio de la imprenta como circunstancia atenuante en el siguiente caso: Supongamos que un individuo pretende, por este

medio, sincerarse y defenderse de ataques que se le han dirigido, y en su defensa va más allá de lo que sería conveniente, causando á su vez ofensas y lastimando á la persona cuyos ataques trataba de rechazar. Puede sostenerse que el individuo se halla en este caso en situación parecida al que, defendiéndose de una agresión material, se excede algún tanto, no concurriendo en la defensa la necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla, cuya circunstancia es atenuante, en virtud del pensamiento de la Ley, porque, según recordamos, se convierten en circunstancias atenuantes las eximentes, cuando no concurren todos los requisitos precisos para que la exención se verifique.

Para encontrar atenuación en el ejemplo propuesto no necesitaríamos de una circunstancia nueva, porque ó bien dentro de la letra de las atenuantes, ó bien interpretando su espíritu, podríamos encontrar atenuación en el referido ejemplo. Así, pues, si acaso pareciera inaplicable la atenuación de la defensa en el caso que nos ocupa, por creer que la Ley al mencionarla se refiere á agresiones verificadas en el terreno de la fuerza, tendríamos posibilidad de aplicar la última circunstancia, por cuanto la defensa por medio de la imprenta, podría considerarse como empleada en virtud de impulsos de *igual entidad y analogía*.

Para terminar este punto diremos: que si en diferentes casos ejecutar un delito, valiéndose como medio de la imprenta y otros similares aumenta de

tal suerte la culpabilidad que á los ojos de la Ley esos hechos merecen una pena especial, no se concibe que además haya lugar á la declaración de una circunstancia agravante.

LECCIÓN 29.

Agravación por alevosía, precio, inundación, incendio, veneno y por aumento de mal innecesario.—Juicio de la doctrina legal y comparación con la anterior.

Alevosía.—Esta circunstancia agravante hallábase en nuestro Código del año 1850 y también en el de 48; pero la fórmula empleada para definirla no era igual á la de que se vale el Código actual, que no sólo se contentó con variarla, sino que además circunscribió la agravación que podía nacer de este origen á ciertos y determinados delitos.

Decía el Código de 50 que era circunstancia agravante: *Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traición ó sobre seguro*, cuyo Código cambió la partícula *y* copulativa que empleaba el Legislador del año 48 por la disyuntiva *ó*. La pequeña variación de una letra varió, no obstante, el pensamiento, porque si en un caso era necesario que concurriesen conjuntamente el obrar *á traición* y el *obrar sobre seguro*, en otro era suficiente, para que existiese la agravación, que se obrase de una de las dos maneras.

Lo mismo bajo una fórmula que bajo otra se originaban mil dificultades, porque consultando los precedentes histórico-legales no aparecía con la conveniente claridad lo que debía entenderse por traición, cuando por medio de ella trataba de definirse la *alevosía*. Además, la generalidad de esta agravante originaba dudas respecto á si podía ó no aplicarse á todo género de delitos, pues optando por la afirmativa, venía en muchos casos á confundirse la alevosía con la premeditación.

Todas estas dificultades las subsanó nuestra Ley vigente bajo dos conceptos: 1.° circunscribiendo la aplicación de la alevosía á los delitos contra las peronas, y 2.° dando una descripción detallada y clara de la palabra, en virtud de cuya descripción tienen los Tribunales una pauta precisa á que ajustar su conducta al apreciar los hechos que caen bajo su examen y juicio. Dice así nuestro Código de 70: *Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos ó formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente á asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.*

Está circunscrita, pues, esta circunstancia á los delitos cometidos contra las personas, y no puede decirse que hace referencia á todo género de delitos, porque todos directa ó indirectamente pueden lesionar las personas, por cuanto, dentro de la clasificación que de las acciones punibles hace nuestro Código, la frase «delitos contra las personas» tiene

un significado propio, pues abarca los mencionados en el Título 8.° del Libro 2.°, que son: el parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y duelo.

La alevosía está caracterizada, como se deduce del pensamiento del Legislador, porque se pongan en práctica medios que *tiendan á asegurar* la ejecución del hecho; y no dice la Ley que *aseguren*, porque se fija y da más importancia al pensamiento y propósito del delincuente que al resultado que ese propósito haya tenido; pero en virtud de esos medios empleados con dicho fin, se ha de proponer el criminal evitar los riesgos que pudieran ocurrirle por efecto de la defensa por parte de aquel contra quien se dirige. En vista de todo esto diremos que hay alevosía cuando uno acomete á otro creyéndole dormido, por más que su sueño fuere fingido, y pudiese precaverse del ataque. Por el contrario, no habrá alevosía cuando el que acomete con armas cree que también se halla armado el acometido, aun cuando su creencia fuere equivocada. En el primer caso los medios empleados *tendían* á asegurar la ejecución, sin riesgo derivado de la defensa; en el segundo los medios puestos en práctica no *tendían* á esos fines. Si en el primer caso no se consiguió lo que se deseaba, y si en el segundo se realizó el delito con más facilidad de la que se presumía, lo uno y lo otro ha sido ajeno á las esperanzas del delincuente.

COMETER EL DELITO MEDIANTE PRECIO, RECOMPENSA Ó PRO-

MESA.—Esta circunstancia agravante, y algunas otras que menciona la Ley, se imponen con tal claridad á la inteligencia, y les presta un asentimiento tan completo toda conciencia recta, que casi nada es necesario decir en su apoyo, estando limitada su explicación solamente á fijarnos en el pensamiento que encierran las palabras que emplea el Legislador.

Quien sin tener resentimientos de ningún género que vengar, y aun acaso sin conocerle, no recela en causar un daño á cualquier prójimo, convirtiéndose en grosero instrumento de venganzas ajenas, comete una acción que todo el mundo califica de mucho más criminal, que si la hubiese realizado movido únicamente por impulsos propios.

Las palabras *precio, recompensa* y *promesa* tienen un significado facilísimo de entender. Mediará *precio* siempre que el servicio realizado por el miserable que se presta á perpetrar un crimen que otro le propone, se retribuya por un puñado de oro; al paso que habrá *recompensa* cuando la retribución del mencionado servicio consista en cualquier cosa, aun cuando precisamente no sea en numerario. Además, para que encontremos en todo su vigor el pensamiento de la Ley, no se requiere que el precio, ó la recompensa se entreguen desde luego, siendo suficiente que se hayan prometido, porque en este caso la esperanza de obtener lo que se haya de entregar en pago de la realización del delito es la verdadera causa que le origina.

En vista de lo que acabamos de decir es claro

que esta circunstancia no puede tener aplicación no mediando las relaciones que existen entre varias personas, unas proponiendo la comisión del delito, y otras comprometiéndose á llevarle á cabo mediante lo que se les da ó promete. Por esto no habrá lugar á la agravación que nos ocupa, teniendo en cuenta las ventajas que cada cual se promete obtener por efecto de los delitos que trata de realizar. Si en este sentido hubiéramos de tomar la circunstancia agravante de que hablamos, no había delito alguno en que dejase de intervenir.

Uso de artificios ocasionados á grandes estragos.— Dice nuestro Código penal vigente, que se considera circunstancia agravante ejecutar el delito *por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave ó avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora ó del uso de otro artificio ocasionado á grandes estragos.*

El criminal, que, para llevar á cabo el delito que ha resuelto ejecutar, no vacila en escoger el medio que conceptúa más seguro, aun cuando de su empleo puedan resultar males sin cuento, ó lesionadas más personas que aquella ó aquellas á quienes se proponía lastimar, revela una perversidad de ánimo mucho mayor que la ordinaria, mereciendo, con toda justicia, que se decrete en su contra una circunstancia agravante. Si la agravación podemos encontrarla allí en donde vemos mayor perversidad que la necesaria, por regla general, ó bien en donde existe un aumento de mal innecesario, podemos

afirmar que en el presente caso hay términos hábiles para afirmar concurre dicha agravación.

El Código anterior sólo hablaba de la inundación, del incendio y del veneno; pero el actual mencionó otros varios medios, como hemos dicho copiando la letra de la Ley; mas comprendiendo que no podían preveerse todos aquellos que podrían ponerse en práctica para la realización de un delito, añadió que serviría para agravar también la responsabilidad, además de los mencionados, el uso de cualquier otro medio ocasionado á grandes estragos. Deja por tanto el Legislador al cuidado de los Tribunales de justicia el apreciar como motivos de agravación tantos y tantos medios como las ciencias y las artes, en sus adelantos y progresos, pueden suministrar á los delincuentes, que las utilizan para sus malévolos fines.

En varios casos el empleo de alguno de los medios mencionados constituye un delito especial, y siendo así, no hay lugar al aprecio de la circunstancia agravante, porque si ella sirve para calificar el hecho, no era posible considerarla al propio tiempo como accidente de ese mismo hecho.

Aumento de mal innecesario.—Este motivo de agravación lo formula nuestra Ley de la manera siguiente: *Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución.*

El aumento de culpabilidad en este caso, del que ha de resultar naturalmente un aumento también en la pena, nace de que el delincuente no se contentó, para realizar su mal propósito, con eje-

cutar aquello que sería bastante, por regla general, para consumar su obra. Ese lujo de males revela un alma completamente pervertida, para quien no existe obstáculo de ningún género, que sirva para contenerle en la desenfrenada carrera de la delincuencia.

Pero es necesario considerar el verdadero pensamiento de la Ley, deducido del escrupuloso cuidado que ha puesto al escoger las palabras de que usa. Entre ellas llaman nuestra atención las siguientes: *deliberadamente* y males *innecesarios*.

En virtud de estas palabras, no será posible encontrar la circunstancia agravante, cuando, en todos casos, al realizar un hecho, se cause un número de males mayor que el necesario para llevarle á cabo, porque puede ocurrir que á este resultado se llegue sin verdadera deliberación, y únicamente por la precipitación con que se obra, y por el aturdimiento natural con que se realiza un delito, aturdimiento y precipitación que concurrirán con más frecuencia en los hechos ejecutados por quien no tiene gran práctica en la perpetración de delitos. Los delincuentes habituales, los que tienen una larga carrera criminal, suelen ser los que conservan más serenidad y son más dueños de sí en los momentos de la perpetración de un delito. Los noveles en el oficio, como suelen decir los delincuentes, tienen generalmente menos serenidad.

Respecto á los males que en demasía se causan, la palabra *innecesarios* es gráfica; pero debe enten-

derse, que para considerar que esos *innecesarios* males produzcan agravación, han de ser considerados como tales á juicio del delincuente en el momento de perpetrar el delito, porque sólo ese lujo de criminalidad es lo que hace que su conducta se nos presente como teñida con más negras tintas. Por muy innecesarios que sean ciertos males pudo el delincuente juzgar lo contrario, en cuyo caso todo cuanto ejecutó entra á formar parte integrante de su hecho, que queda reducido á sus naturales límites.

En todos aquellos casos en que esta circunstancia agravante sirva para calificar un hecho como distinto á los ojos de la Ley, ó en otros términos, siempre que esta circunstancia sirva de nota característica de un delito, entonces no cabe considerar estos motivos como de agravación, porque sería absurdo que una misma cosa surtiese el efecto de aumentar la pena por dos conceptos diversos. Tenemos en nuestra Ley penal ejemplos, en virtud de los que se comprende cómo sirve esta circunstancia para algo más que para agravar la responsabilidad, por cuanto hace que el delito reciba denominación diferente y se castigue con una penalidad también distinta. El homicidio se castiga con la pena de reclusión temporal; pero cuando se verifica con *ensañamiento*, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido, el homicidio se llama asesinato, y se castiga con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte.

Habrá, pues, lugar y tendrá cabida la circuns-

tancia de que tratamos cuando, por ejemplo, en el delito de robo destruyan los ladrones lo que no pueden llevar consigo; pero lo destruyan por gusto de causar más daños, y no porque juzguen aquellos mayores estragos convenientes para realizar el fin que se proponían robando, porque pueden destrozar un mueble de lujo, si creen que dentro encontrarán dinero, aun cuando dicho mueble nada contenga, en cuyo caso los innecesarios males no lo eran según su creencia equivocada.

La circunstancia del ensañamiento suele apreciarse mal en ocasiones, con motivo de los hechos prácticos. Ante un cadáver cosido, como vulgarmente se dice, á puñaladas, hay quien pudiera opinar que el ensañamiento existe, y el ensañamiento es, con relación á los delitos contra las personas, la circunstancia de que estamos tratando. Pensar así no sería racional, porque muchas heridas repetidas no revelan deseo de atormentar á la víctima de una manera indebida y no precisa, por cuanto pueden deber su origen, ó bien al deseo de terminar pronto, ó bien á la cólera que domine al delincuente en el momento de la ejecución del delito. Hay ensañamiento, cuando el que puede matar pronto no lo hace, por la complacencia horrible de prolongar la agonía de la víctima, causándole tormentos previos. Encontramos en este caso un refinamiento de crueldad que espanta, y nuestro Código hizo perfectamente considerando que hay aquí mucho más que una circunstancia accidental en el delito de homicidio.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 30.

De la premeditación como circunstancia agravante.—De la astucia.—Juicio de la doctrina legal.

Premeditación.—Dice nuestro Código penal, que también es circunstancia agravante, *obrar con premeditación conocida*, respecto á cuya circunstancia conviene interpretar el pensamiento del Legislador, fijando su sentido y extensión, porque si le diéramos toda la posible, llegaríamos al absurdo de opinar, que no concurriendo en el delito la circunstancia del arrebato y obcecación como atenuante (1), concurriría siempre la agravante que nos ocupa. En efecto: si premeditación significa meditación previa sobre un asunto cualquiera, todos los delincuentes tendrían en su contra un motivo de agravación, excepto aquellos cuyos delitos fuesen hijos de un repentino acaloramiento.

Para no dar lugar á estas dudas, algún Código extranjero fijó el período de tiempo que debía mediar

(1) Téngase presente, que al hablar de las circunstancias atenuantes, hemos considerado la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación como genérica, comprendiendo por tanto dentro de su pensamiento, lo mismo la de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza, que la de ejecutar el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

entre la resolución del delito y su perpetración para dar vida á la circunstancia de que hablamos. El Código del Brasil, al que aludimos, dice: que hay premeditación cuando entre el proyecto y la acción han transcurrido más de veinticuatro horas. Comprendiendo el fin laudable que dicho Código se propone, no podemos aplaudir su precepto, porque, aun transcurridas más de veinticuatro horas entre un proyecto y su realización, puede acontecer, en muchos casos, que no parezca justo considerar el hecho merecedor de una agravación.

En este particular los Tribunales deben tener la posible latitud, y encerrarlos dentro de tan estricta fórmula, como lo hace el Código Brasileño, es olvidar la múltiple variedad que los hechos criminales ofrecen, cuya variedad no puede prever el Legislador desde el punto general en que se halla colocado. Más aceptable es la fórmula que usa nuestra Ley al decir tan sólo que la premeditación ha de ser *conocida*, con lo cual quiere que se demuestre de una manera clara y terminante, en vista de los hechos ya anteriores, ya simultáneos, ya posteriores al delito, y que sirvan para hacernos comprender su existencia.

El Diccionario de la Academia (1) dice que premeditar, como palabra forense, significa: proponerse de caso pensado perpetrar un delito, tomando al efecto previas, disposiciones. En vista, pues, de este

(1) Duodécima edición. Madrid. 1884.

significado, y de cuanto llevamos dicho hasta el presente con motivo de los accidentes que aumentan la culpabilidad de todo hecho criminal, creemos que habrá posibilidad de considerar la *premeditación* como una circunstancia agravante, siempre que revele su existencia una perversidad de ánimo en el delincuente mayor que la ordinaria, y que el delito hubiera podido realizarse sin necesidad de una meditación tan reflexiva.

No debemos olvidar nunca que las circunstancias han de tener, en todos casos, el carácter de verdaderos accidentes en la obra culpable, y por esto, siempre que sea necesario para realizarla reflexionar con detenimiento acerca de ella y de todos los medios á propósito para llevarla á cabo, esa detenida reflexión entra á formar parte de la naturaleza del hecho criminal de que se trata, y por tanto no pudiendo esos hechos verificarse sin *premeditación*, no es posible calificarla de circunstancia agravante con referencia á ellos. Sin su concurrencia no se conciben ni el delito de rebelión, ni el de sedición, ni el de robo, ni otros varios: así, pues, al describirlos y penarlos debió haber tenido el Legislador en cuenta todo lo que entra á formar parte constitutiva de su propia naturaleza. Por estas razones dice el Código (1): que no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin

(1) Artículo 79, párrafo 2.º

la concurrencia de ellas no pudiera cometerse. Nosotros añadiremos: que circunstancias agravantes que no pueden producir el efecto de aumentar la pena, no son, ni pueden ser verdaderas circunstancias.

Algún Código circunscribió esta circunstancia á los delitos que se cometen contra las personas, y parece, en efecto, que en la mayor parte de los demás no puede tener aplicación, y aun entre los delitos contra las personas hay algunos en que forma parte de su naturaleza, como acontece en el asesinato, duelo, aborto é infanticidio, en cuyos casos dejamos demostrado que no puede apreciarse como agravante.

Algunos han confundido la *premeditación* con la *alevosía*, y opinamos que son dos circunstancias distintas. Podrá la premeditación dar origen á la alevosía en algún caso; pero pueden la una y la otra presentarse aisladas.

Puede suceder que un sujeto aceche á otro largo tiempo con ánimo de matarle, y si se prueba que estuvo, por ejemplo, aguardándole por espacio de varias noches en un lugar por donde acostumbra á pasar, nadie dudará de la existencia de la premeditación; pero puede acontecer que verificado el encuentro no use ningún género de deslealtad en su acometida, sino que la verifique frente á frente y advirtiendo á su víctima que se prepare á morir.

Por el contrario se concibe alevosía sin *premeditación*. Un sujeto tiene profundos resentimientos con otro á quien casualmente halla dormido en un si-

tio solitario y sin testigos. Si en esta situación se acerca cautelosamente para no advertir á su enemigo de su presencia, y le priva de la vida, convirtiendo su sueño en sueño eterno, nadie dudará tampoco de la existencia de la alevosía.

Podemos de los dos casos indicados formar uno, y veremos entonces la concurrencia de la premeditación y la alevosía en un mismo hecho. Quien desea privar de la vida á otro sabe acostumbra á buscar reposo en un sitio solitario, durmiendo alguna vez la siesta en las tardes del estío bajo frondosa sombra. Le acecha y espera varias veces, hasta que por fin esta tragedia tiene un horrible desenlace, pues el feroz asesino mata á su víctima dormida.

Ocurren á veces dudas, respecto á si esta circunstancia, y otras varias, que hacen más grave la conducta del autor de un delito que si ellas no hubieran intervenido en el hecho, deben considerarse también extensivas á los cómplices y encubridores que á ese hecho pueden prestar concurrencia. La razón nos da una pauta clara y una segura norma para contestar esta pregunta. Si nadie debe responder de un hecho más que por la participación que en él haya tenido, tampoco debe aumenterse esa responsabilidad sino con los accidentes que sean propios á cada cual. De varios sujetos que hayan concurrido á la perpetración de un delito con carácter más ó menos íntimo, ó con carácter igual, concebimos perfectamente que unos pueden tener la responsabilidad propia y natural del hecho, que la

de otros aparezca disminuída y la de otros agravada, según todos los diversos accidentes que, siendo puramente personales, han de surtir su efecto exclusivamente con relación á aquellos en quienes concurran.

Fundándose en estas clarísimas consideraciones dispone nuestra Ley penal (1): Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices ó encubridores en quienes concurrieren.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción ó de su cooperación para el delito.

Puede también con motivo de la premeditación ocurrirse la siguiente dificultad.—El homicidio en que concurra esta circunstancia degenera, en virtud de lo que dispone el artículo 418 del Código, en asesinato, cuyo especial delito tiene señalada una pena propia, distinta de la impuesta al homicidio. Pudiendo ocurrir que, intentando asesinar á un sujeto, prive el delincuente de la vida á otro, por equivocación ¿habrá ó no, premeditación en este caso? ¿He-

(1) Artículo 80.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mos de atender á lo pretendido realizar por el culpable, ó bien á lo ejecutado para calificar el hecho? La Ley resolvió esta duda disponiendo, que se imponga al delincuente en este caso la pena señalada para el delito que ejecutó; pero en su grado máximo.

No podemos ocuparnos con detenimiento de estos preceptos, porque estamos examinando las circunstancias agravantes y no las reglas de aplicación de penas, en cuyo punto tienen su desarrollo natural dichos preceptos, cuyo pensamiento es, por otra parte, fácilmente comprensible.

Astucia, etc.—Terminaremos esta lección con el examen de la circunstancia agravante que dice así en la Ley: *Emplear astucia, fraude ó disfraz.*

Algunos comentaristas opinan, que el motivo que sirve para explicar esta circunstancia, es que el empleo de cualquiera de los medios que indica en la comisión de los delitos, demuestra la existencia de la premeditación, y discurriendo así, claro está que debería desaparecer por completo esta circunstancia. La astucia y el fraude es posible que sirvan para demostrar en algunos casos la premeditación; pero en muchas ocasiones son circunstancias que pueden considerarse de una manera independiente de aquella, y por tanto tienen un valor propio.

La astucia que, según el Diccionario de la lengua, significa ardid, maña, sagacidad, la encontraremos en el empleo de recursos sugeridos por la inteligencia, para realizar un delito que ofrecería grandes obstáculos y dificultades. El fraude, del que nos dice

también el Diccionario que es, engaño, acción contraria á la verdad ó á la rectitud, no revela tanto discurso como la astucia, ni nos manifiesta que ha funcionado tanto la inteligencia como en aquella, para conseguir por este medio, después de un largo y bien meditado plan, la realización paulatina del delito, venciendo poco á poco y con habilidad los obstáculos que en su curso fueron apareciendo. Siempre que la astucia y el fraude no formen condiciones sin las que el delito no pudiera existir, deben considerarse como accidentes agravatorios, por cuanto indican una grande persistencia en el deseo de realizar el delito, y una perversidad moral considerable.

Respecto al disfraz claro está que, al considerarlo la Ley como circunstancia agravante, ha de ser bajo el concepto de que se emplea con el fin de realizar el delito. Supongamos que estando un individuo disfrazado, por recreo ó pasatiempo, en época en que se acostumbra á rendir culto á Momo, no hubiese tampoco olvidado á Baco, y que en esta situación cometiese cualquier delito ¿habría justicia en decir que el disfraz debería considerarse como circunstancia agravante en este caso? Creemos que no, por cuanto al disfrazarse se había propuesto el individuo pasar un rato de buen humor, y no la perpetración de algún delito.

Pero á vuelta de esto, no encontramos aceptable de todo punto y en todos casos, que el uso del disfraz pueda considerarse como una circunstancia que tenga valor propio. En efecto: el disfraz puede

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

usarse; ó bien para eludir en lo posible la acción de la justicia, ó bien para realizar el delito con más facilidad, sobre todo en los delitos contra las personas.

Cuando por medio del disfraz procura el delincuente no ser conocido y evitar la acción de la justicia, no encontramos que deba servir esto de motivo agravatorio, en contra de la respetable opinión de algún autor, porque juzgamos muy natural que el delincuente procure eludir la pena por los medios que le sea posible, y si esos medios no constituyen en sí nuevos delitos, no tienen influencia directa en el juicio que debemos formar de su culpabilidad.

Cuando el disfraz se hubiere elegido como medio de perpetrar un delito contra las personas, puede verse aquí clara la idea de la alevosía, v. g., si un enemigo quiere acercársenos sin que contra él tomemos precauciones, y sin que nos preparemos á la defensa.

Por último, cuando el disfraz sirva para realizar más fácilmente un delito de otro género, en muchos casos al menos, nos demostrará la existencia de la astucia ó del fraude.

LECCIÓN 31.

Abusos de superioridad y confianza.—Prevalimiento de carácter público.—Ejecución como medio: casos diferentes acerca de esta circunstancia: ¿en cuál ó cuáles podría aprobarse?—Juicio de su supresión en el Código vigente.

Hemos examinado en las precedentes lecciones las ocho primeras circunstancias agravantes que menciona nuestro Código penal, en cuyo estudio vamos á continuar.

Abusos de superioridad y confianza.—Se puede abusar de la superioridad que una persona tenga sobre otra, y se puede también abusar de la confianza que un sujeto tenga depositada en otro, y por cualesquiera de estos medios ser más fácil la comisión de un delito, revelando al propio tiempo mayor perversidad en el que le perpetra.

Dice nuestra Ley con respecto á estos dos particulares, que son circunstancias agravantes: *Abusar de superioridad ó emplear medio que debilite la defensa*, cuya circunstancia ocupa el número 9, y la de *obrar con abuso de confianza*, que es la 10.ª en orden sucesivo.

Ejecuta un delito abusando de superioridad el hombre robusto que mata ó hiere á un niño, á una mujer ó á un anciano, y también si la persona lesionada estuviere enferma y débil, aun cuando sea

un hombre en pleno período de virilidad. En todos estos casos un sentimiento de hidalguía nos hace considerar la conducta del delincuente como en extremo cobarde y miserable, y todo el mundo unánimemente considera más culpable su acción, que si hubiera mediado entre personas de condiciones de robustez y desarrollo físico parecidas. Para el delincuente, en este caso, nada significa la natural simpatía que por su inocencia inspira un niño; para nada tiene en cuenta la consideración debida por todo espíritu noble á la mujer, y olvida por completo el respeto que debe causarnos todo anciano. Quien no para su atención ante ninguna de las consideraciones que acabamos de indicar, es un delincuente cuya alma se halla sorda para todo género de sentimientos de nobleza, y por tanto merece que la pena señalada al delito se le imponga en toda su extensión.

Esta circunstancia puede recaer como agravante solamente en los delitos contra las personas, pues para la falta de consideración á la edad ó sexo en otra especie de delitos, hay preceptos en la Ley más adelante, como luego veremos.

La circunstancia que examinamos tiene dos partes, que envuelven dos pensamientos distintos, según la opinión de algún comentarista, puesto que no sólo se ha de considerar como motivo agravatorio abusar de superioridad, sino también emplear medio que debilite la defensa.

Nos inclinamos á creer que no son dos los pensamientos que dicha circunstancia encierra, y sí uno

solamente, porque no se vale de la partícula copulativa el Legislador, sino que emplea la disyuntiva, tomando por consiguiente la última parte de la fórmula de la Ley como una aclaración de la primera. No se dice, pues, *y emplear medio que debilite la defensa*, sino que se escribió la circunstancia con esta redacción *ó emplear, etc.*

Así, por ejemplo, cuando varios acometen á uno, lo mismo puede decirse que abusan de superioridad, que usan medios que debilitan la defensa. Vemos aquí abuso de superioridad, porque dos deben tener más fuerza que uno sólo, y vemos también debilitada la defensa, porque tiene que dividirse y atender á varios puntos á la vez y al propio tiempo.

En la práctica diaria de los asuntos criminales pueden presentarse muchos casos, en que se dude si deberá ó no apreciarse la circunstancia de que estamos tratando; pero para resolver con acierto esas dudas, debe acudirse siempre á los fundamentos de toda agravación, que los encontraremos allí en donde la inmoralidad del delincuente, revelada por los hechos, se presente recargada con vivísimos colores.

Por esto, quien abusa de superioridad en el momento de defenderse, aun cuando en su defensa se exceda algún tanto, no aparece á nuestro juicio como digno de confundirse con el que, en la perpetración de un delito, busca inmediatamente y de propósito deliberado la superioridad para cometerle.

Tampoco confundiremos al que abusa de superioridad, pero que ha sido provocado á obrar, con el

que ni ha sido amenazado, ni procede en virtud de arrebato y obcecación. Podrá aquí haber, cuando más, concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, para cuyos casos tienen los Tribunales, conforme á las prescripciones del Código, la suficiente latitud, á fin de apreciar racionalmente la medida de la culpabilidad en cada situación, acerca de la que tengan que emitir un juicio y pronunciar un fallo.

No deben olvidar los encargados de aplicar la Ley, los diferentes preceptos diseminados en los diversos puntos del Código, para combinar todos esos preceptos de una manera conveniente.

Dicho Código no olvidó la complicación que pueden presentar los hechos criminales, y en la persuasión de que únicamente los juzgadores pueden apreciar de una manera debida esas complicaciones, descansando en el celo é inteligencia de aquellos, les concedió latas facultades en esta materia. Por esto, al tratar de las reglas de aplicación de penas, dispuso que, cuando en un hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, se compensen racionalmente por su número é importancia, para aplicar la pena según el resultado que diere la compensación.

Esa compensación *racional* que quiso la Ley encomendar á los Tribunales, y el deseo de que atiendan no sólo al *número* sino además á la *importancia* de las circunstancias, nos demuestra la prudencia del Legislador, el mérito de la Ley y la necesidad de estudiar en conjunto sus preceptos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Respecto al abuso de confianza, como circunstancia accidental en los delitos, pocas consideraciones tenemos que hacer. Nuestro Código expresa así esta circunstancia agravante: *Obrar con abuso de confianza*, manera de expresarla igual en el fondo, y casi igual en la forma á la usada en los Códigos de 48 á 50, en el que en vez de las palabras *obrar con abuso*, se empleaba el infinitivo *abusar*.

El abuso de confianza da margen en algunos casos á la existencia de delitos especiales, de los que se ocupa el libro 2.° al tratar de las «estafas y otros engaños,» y claro está que en dichos casos no hay para qué hablar del abuso de confianza como circunstancia accidental. Se considera así, por el contrario, en todos aquellos hechos que sin ese abuso pudieran realizarse; pero que, gracias á él, aparece más culpable quien realiza el delito.

En efecto, como más culpable aparece ante la pública opinión, y para toda conciencia recta, el que, saltando por encima de todo sentimiento de caballerosidad y delicadeza, realiza un delito para cuya ejecución ha suministrado facilidades la confianza depositada en él por la misma persona damnificada.

El amigo, dueño de nuestra confianza, sabe el lugar en donde guardamos nuestro dinero, y si aprovechándose de este conocimiento nos roba, nadie pone en duda que comete una acción más villana que si ningún vínculo de afecto nos ligara. El amigo, depositario de nuestros secretos, conoce los resortes de nuestro corazón, y sabe á impulso de qué sentimientos late

con más violencia: en repetidas ocasiones podemos haberle hecho confianzas, revelándole nuestras afecciones y nuestros odios, nuestras buenas cualidades y nuestros defectos, nuestras virtudes y nuestras debilidades. Pues bien: si ese falso amigo nos provoca y nos injuria, y para ello se vale de aquellos medios y palabras que sabe perfectamente nos han de herir y lastimar de una manera más profunda ¿quién duda que revela una intención tan perversa que merece su acción la plenitud del castigo á tales hechos señalado?

Prevalimiento de carácter público.—Lo mismo el Código anterior que el vigente consideraron como circunstancia agravante, la de *Prevalerse del carácter público que tenga el culpable*, cuya circunstancia se funda en la mayor facilidad para realizar el delito y en la mayor perversión moral que supone.

Téngase en cuenta el escrupuloso cuidado con que están escogidas las palabras de la Ley, que quiso circunscribir este motivo de agravación á sus límites naturales.

No podía considerarse que todo delito cometido por un funcionario público fuese conceptuado como más grave que si le hubiere realizado otra cualquier persona: esto, que llegó á preceptuar algún Código, nos parece riguroso en alto grado, porque el funcionario público, por el hecho de serlo, no deja de ser hombre al propio tiempo, y sujeto por consiguiente á todas las debilidades é imperfecciones de la humana naturaleza.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pueden los funcionarios públicos delinquir como delinquen los que no lo son, y en tanto sus actos de delincuencia no se relacionen, ni directa ni indirectamente, con las funciones especiales que desempeñan en la sociedad, dichos actos no pueden merecer un juicio distinto respecto á su culpabilidad, que el que merecerían por regla general. No se refiere á este caso la circunstancia que estudiamos en este momento.

Pueden también los funcionarios públicos cometer delitos en el ejercicio de sus funciones, es decir, delitos que se relacionan de una manera directa con el cargo que ejercen y cuyos delitos son especiales, en cuanto los demás ciudadanos no pueden cometerlos. De estos delitos debe también especialmente ocuparse la Ley, señalándoles una pena en consonancia con la naturaleza de la delincuencia. Para este caso tampoco se escribió la circunstancia que nos ocupa.

¿En qué caso, pues, tendrá aplicación la circunstancia que examinamos? La respuesta es sencillísima. En todos aquellos delitos que, pudiendo ser cometidos lo mismo por un ciudadano cualquiera que por otro que esté revestido de carácter público, realizados por este último, se lleven á cabo con más facilidad, gracias á las funciones que desempeña. La Ley dice *prevalerse* de carácter público, con cuya palabra se quiere decir, que utiliza el delincuente el carácter público que tiene, para realizar más fácilmente un delito.

No se prevale de carácter público quien realiza un hecho culpable que en nada se relaciona con el referido carácter: un alcalde puede cometer un robo, y puede tomar parte en una conspiración para matar á un sujeto, sin que una y otra cosa se relacionen con el cargo que ejerce. Tampoco puede decirse con propiedad que se prevale de carácter público, el que delinque con motivo de ese mismo carácter, porque quien tal hace comete un delito especial, no *prevaliéndose*, sino *valiéndose* de los medios que tiene á su disposición, en virtud de las funciones que desempeña: en este caso está, por ejemplo, el alcalde que da ó expide una certificación falsa, ó que exige y admite dádivas por desempeñar servicios que en justicia hay derecho á reclamarle como gratuítos.

Por el contrario, se dice con toda propiedad que se prevale de carácter público, quien le utiliza para conseguir ciertos fines criminales, que acaso no realizaría, ó realizaría con más dificultades, á no tener el referido carácter público: ejemplo de ello podemos encontrar en un alcalde que soborna á un dependiente del municipio para que cometa cualquier atentado. ¿Quién duda que en este caso el temor á la pérdida del destino, la influencia que como superior ejerce ese alcalde en su subordinado, y tantas otras consideraciones, tuvieron una parte muy activa en la ejecución del delito? Para casos de esta naturaleza, y únicamente para ellos, es aplicable la circunstancia cuyo examen damos aquí por terminado.

Ejecución como medio.—A continuación de la cir-

cunstancia que acabamos de estudiar figuraba, en el Código de 1850, otra que ha desaparecido en la reforma de 1870, cuya circunstancia era la siguiente: *Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro.*

Para juzgar con conocimiento de causa la supresión de la referida circunstancia en nuestra Ley vigente, es necesario que nos fijemos en su pensamiento, procurando averiguar si era clara y justa la disposición legal.

Todos los comentaristas del Código de 1850 están de acuerdo en afirmar, que el pensamiento de la circunstancia que nos ocupa no era posible tomarlo en toda la extensión que se deduce de las palabras empleadas por el Legislador, porque considerando con tanta latitud ese pensamiento, estarían en contradicción con el sentido que debe tener toda circunstancia, y también con otras disposiciones del Código. Para demostrar todo esto, debemos fijarnos en los diferentes casos y en las diversas situaciones que pueden ocurrir, dentro de la fórmula general con que está redactada la suprimida circunstancia que estamos examinando.

La primera situación que nos ocurre, es la de aquellos delitos que son medios necesarios para perpetrar otros, es decir, que un hecho, que considerado aisladamente pudiera ser un delito, en algún caso puede ser medio preparatorio necesario, ó acto de ejecución previa indispensable, para realizar otro delito. ¿Podrá ser aplicable á este caso el precepto legal? De ningún modo, porque á ello se opone,

como antes decíamos, el sentido que para nosotros tiene, y debe tener, la idea de toda circunstancia, y al propio tiempo algún precepto legal. Todo lo que entra á formar parte de cualquier hecho penado por la Ley, debió ésta tenerlo muy en cuenta al marcar la pena correspondiente, y al considerar los pasos que para realizar un delito es forzoso recorrer: esos pasos forman parte integrante del delito mismo, aun cuando en otras ocasiones puedan considerarse como un todo completo, con el que terminó la intención criminal.

Relacionada esta materia con la doctrina general referente á la acumulación de delitos y de penas, otros lugares hay en nuestro Código en donde es forzoso insistir en este punto, y con más amplitud que en el presente. Debemos no obstante hacer constar, que en las reglas de aplicación de penas, dispone el Código, que cuando un delito sea medio necesario para cometer otro, sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave; pero en su grado máximo, cuya disposición adoptaron lo mismo el Código actual que el anterior.

Pero esta disposición, que suelen citar los comentaristas, no nos parece que tenga aplicación al asunto que ventilamos. Esta disposición supone consumado el delito fin, y realizado por consiguiente el delito medio, puesto que es medio necesario, mientras que la circunstancia se refiere exclusivamente al delito medio.

Supone aquella disposición realizado el delito fin,

porque, no siendo así era imposible que hablase de la pena correspondiente al delito más grave, disponiendo se imponga en su grado máximo, por cuanto si el delito fin no se había consumado, sería absurdo se impusiese en el grado máximo la pena que ese delito tuviere marcada en la Ley.

Por el contrario, la circunstancia agravante creemos que supone no se ha realizado el delito fin, ya porque las palabras *ejecutar el delito como medio de perpetrar otro* directamente se refieren á ese delito *medio*, ya también porque aun cuando no fueran tan claras y terminantes como son las palabras de la Ley, solamente el pensamiento de la agravación podría referirse á ese delito medio.

En efecto, se comprende que el origen de la agravación nace para la Ley, en el asunto que nos ocupa, de considerar que la intención del delincuente iba más allá de lo realizado, y habiendo por tanto mayor mal moral que el correspondiente al hecho ejecutado, hay lugar para la referida Ley á un motivo agravatorio de responsabilidad.

Suponen los comentaristas del Código, que no debe referirse la circunstancia que comentamos á esa situación en que el delito sea medio necesario para perpetrar otro; pero la generalidad con que estaba redactada la Ley, no deja lugar á dudas: la Ley no distingue, y cuando ella no lo hace no es posible distinguir tampoco, dando interpretaciones al pensamiento del Legislador, contrarias á lo que se deduce de sus explícitas palabras.

En el terreno de los principios podrán aparecer más ó menos justos los preceptos de la Ley; pero cuando no hace necesario su redacción acudir á interpretaciones, es forzoso obedecer y cumplir lo que está prescrito, siquiera lo prescrito aparezca poco ajustado á razón.

Pídase en buen hora la reforma de la Ley; pero en tanto esa reforma no llega, es necesario obedecer sus preceptos, no desvirtuándolos con torcidas y poco naturales interpretaciones. Es verdad que en este punto no son necesarias hoy día, por haberse suprimido en el Código vigente esa circunstancia que en el anterior figuraba; pero sirvan estas manifestaciones para casos análogos, y por si acaso en otra reforma juzga oportuno el Legislador establecer lo derogado.

Prescindiendo del caso en que el delito ejecutado sea medio necesario para realizar otro, nos ocuparemos de aquél en que no lo sea de una manera necesaria; pero que como tal medio lo ejecuta el delincuente, porque le parece que por ese procedimiento podrá realizar mejor otro delito á que como fin tiende.

En este caso el Sr. Pacheco, y con él otros comentaristas, distinguen dos situaciones. La primera cuando se comete un delito más grave, como medio para realizar otro de menor importancia, y la segunda, opuesta á la anterior, si se ejecuta un delito con el fin de que sirva de preparación ó pretexto para realizar otro de índole más trascendental. Ejem-

plo de lo primero lo tenemos en el que mata para robar, y ejemplo de lo segundo lo encontramos en el que injuria para matar.

Estudiando el notable jurisconsulto citado esas situaciones dice: que la Ley sólo puede referirse á la última, porque sólo en ella se encuentran motivos justos de agravación. El que mata para robar comete un homicidio, que no hace, ni puede hacer, más grave el que el delincuente se proponga robar acto continuo á su víctima; pero quien injuria para que, en virtud de esta provocación, el injuriado se dirija contra él, y buscar en esta acción del ofendido un pretexto para quitarle la vida, alegando, si acaso, el derecho de defensa, comete una injuria mucho más grave, que si con ella terminase la criminal intención.

Confesamos que no meditando profundamente acerca de estos razonamientos seducen por su brillantez, y porque en muchas de estas afirmaciones hay un fondo de verdad; pero falta saber si conforme á principios son aplicables á los asuntos á que se tratan de aplicar.

Es verdad que quien mata para robar no comete un homicidio más terrible, ni que juzgue más grave la conciencia pública, que si con dicho homicidio hubiese terminado la intención criminal. Es cierto también que cuando la injuria se busca como pretexto para cometer un homicidio, el injuriador nos inspira muchísima más aversión que si su intento terminara con la injuria. Mas á vuelta de estas justas

concesiones, no podemos afirmar de igual suerte, ni que solamente para la última de las situaciones estuviera escrita en la Ley anterior la circunstancia agravante, ni que en buenos principios deba el caso que nos ocupa ser considerado solamente como motivo de agravación.

No puede ser opinable que la circunstancia no diga relación al caso en que el delito, medio no necesario, sea más grave que el delito fin, porque atrás hemos insistido y demostrado que las palabras empleadas por el Legislador son tan claras y precisas, que en virtud de ellas no cabe interpretar ni distinguir. Desde el momento en que de una manera terminante se decía, *ejecutar el delito como medio de perpetrar otro*, no es posible entrar en consideraciones respecto á la relación diversa en que el delito medio puede hallarse con el delito fin, porque á todas las posibles relaciones se refiere tan general precepto.

Como pudiera parecer absurda, injusta y exagerada la otra afirmación que hacíamos, respecto á que ni aun para el caso en que se injurie para matar creemos que hay que considerar como necesaria la circunstancia que estudiamos, debemos decir en qué fundamentos apoyamos nuestra opinión, extraña á primera vista; pero que no será ciertamente más favorable al reo que la contraria.

Quien injuria para matar, lo mismo que la persona que ejecuta, en general, cualquier delito como medio para realizar otro, da con lo que realiza mo-

tivo para que se le juzgue reo del delito que se proponía realizar como fin, por cuanto los actos externos así nos lo demuestran. La injuria, por tanto, una vez averiguada la intención que la producía, servirá en el ejemplo en cuestión para calificar, por lo menos, al injuriador como reo de tentativa de homicidio, y aun pudiera ser que la tentativa fuese de asesinato, siempre que se probase que había premeditación conocida. Esta doctrina estaría conforme con todos los principios sentados, y ahorraría en la Ley repeticiones y preceptos en oposición con los establecidos en distintos lugares.

Si se nos objetase que era difícil de probar que la intención del que injuria tenga por fin la perpetración de un homicidio, diremos que esa misma dificultad existe para considerar dicha injuria como circunstancia agravante, y no como paso previo á la realización del homicido. Además, en asuntos criminales partimos siempre de la base de la prueba, y cuando ésta no existe, claro está que no es posible formar un exacto juicio ni pronunciar un fallo justo.

En vista de todo lo dicho, no creemos necesaria ni conveniente la suprimida circunstancia de ejecutar el delito como medio de perpetrar otro, en ninguno de los diferentes casos á que podía referirse, aplaudiendo su desaparición en la Ley vigente, con lo cual nada pierden los principios fundamentales en que debe apoyarse nuestro Código penal.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 32.

Añadición de ignominia.—Procurar la impunidad por diferentes medios.—Juicio de estas circunstancias.

Añadición de ignominia.—Cuando el delincuente no se contenta con que el delito produzca sus naturales y propias consecuencias, sino que de propio intento, y para lastimar más profundamante, hace que la ignominia acompañe al hecho, hay en esta situación una culpabilidad extremada, que á todas luces reclama un aumento en la pena.

Esta circunstancia tiene aplicación en los delitos contra la honestidad y contra el honor, y si en otro lugar hemos visto que debía ser justamente circunstancia agravante el aumento de mal innecesario, por razones análogas encontramos aquí males innecesariamente causados.

Aun diríamos más todavía. Esta circunstancia en muchos casos tiene tal trascendencia, y causa un daño tan inmenso, que, en los delitos contra la honestidad en donde generalmente puede intervenir, merece la misma importancia que el ensañamiento en los delitos contra las personas, cuya circunstancia sabemos que hace degenerar el homicidio en asesinato. Pues bien, una especie de asesinato del honor existe cuando el atentado contra la honra de una mujer se hace á vista de testigos. No

insistiremos en tan repugnante materia, y diremos únicamente que la fórmula de esta circunstancia es como sigue: *Emplear medios ó hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia á los efectos propios del hecho.*

PROCURAR LA IMPUNIDAD POR DIFERENTES MEDIOS.—Bajo este concepto tratan de explicar los autores varias circunstancias agravantes, como son: cometer el delito con ocasión de alguna calamidad, con auxilio de gente armada, ó bien de noche, ó en despoblado y en cuadrilla. En las pocas palabras que diremos con motivo de estas circunstancias, hemos de ver, en efecto, que ellas facilitan la impunidad; pero de esta idea exclusivamente no puede arrancarse nunca, en buenos principios, motivo alguno de agravación, según en otro lugar dejamos dicho. Encontramos natural y lógico que todo delincuente procure quedar impune, y en tanto que para conseguir ese resultado no recargue con más vivos colores su culpable conducta, no habrá, á nuestro juicio, términos hábiles para agravar su responsabilidad.

De estas sencillas indicaciones deducimos que si en las circunstancias que nos ocupan no hubiera otra idea que la de la mayor facilidad de quedar el delito sin castigo, no deberían ser incluídas en el catálogo de las agravaciones; pero otras ideas comprenden además, y casi sin hacer otra cosa que citar el texto de la Ley se penetra el ánimo de las razones que motivaron su inclusión en nuestro Código penal.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Dice así la circunstancia que lleva el número 13: *Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio ú otra calamidad ó desgracia.*—La persona para quien las desgracias que sufren sus semejantes no hacen originar en su corazón sentimientos compasivos y de cristiana caridad, sino que por el contrario se prevale de esos tristes momentos para cometer cualquier delito, es un delincuente en mayor escala que aquel que ejecuta lo mismo en circunstancias normales. Quien roba al náufrago; quien hurta los pocos objetos salvados de una inundación; quien niega el depósito recibido en los momentos de apuro de un incendio, realiza acciones que á los ojos de todo el mundo son mucho más culpables, que si hubieran sido ejecutadas en situaciones más normales para el damnificado. Del culpable puede decirse con propiedad en estos casos que no tuvo inconveniente en añadir aflicción al afligido.

También es circunstancia agravante con referencia á un delito, *Ejecutarlo con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad.*

Poco tenemos que decir con motivo de este precepto, después de cuanto dejamos manifestado en el trascurso de estas lecciones. En los delitos contra las personas, en realizarlos con el auxilio de gente armada, puede en muchos casos hacer que exista alevosía, y en la mayor parte de los delitos, buscar, previamente á su ejecución, el concurso de gente armada ó de personas que aseguren la im-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

punidad, revelará que ha habido premeditación conocida. Pero téngase muy presente, que en todos aquellos delitos con relación á los que sea condición precisa el auxilio de gente armada, no podemos considerar este auxilio como accidente agravatorio, por cuanto dejamos dicho en otras ocasiones.

La circunstancia que nos ocupa tiene dos pensamientos. El uno se refiere al auxilio de gente armada, y el otro al auxilio de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad. Bajo el primer punto hay aquí algo parecido á la cuadrillla de que se ocupa la siguiente circunstancia; pero lo parecido no implica igualdad.

Para que haya cuadrilla se requiere la concurrencia de tres ó más malhechores armados (1), y en el caso presente ni se marca el número de personas que pueden concurrir armadas, ni tampoco se necesita que hayan de ser malhechores. Hasta se concibe que sean personas inocentes, y que no tengan responsabilidad criminal de ningún género por el auxilio que presten; pues pueden hacerlo en cumplimiento de un deber. En este caso se hallan los dependientes de la autoridad, que armados le auxilian en la cobranza de un impuesto ilegal.

Cuando se vale uno del concurso de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad, cuyo concurso ya de antemano tiene buscado, demuestra con su conducta que ha reflexionado con todo de-

(1) Artículo 518.

tenimiento sobre la comisión de su delito, y con esto nos autoriza para decir ha concurrido la *premeditación*. Existirá, pues, esta circunstancia en el caso en que proyectando cometer un delito un individuo, tenga preparada gente para que evite que sus perseguidores le den alcance: existirá también cuando el ladrón esté de acuerdo previamente con quien ha de ocultar los objetos robados. En todos estos casos las personas auxiliares son también delincuentes, en mayor ó menor grado, según la naturaleza del auxilio que presten al autor principal del delito.

Para terminar esta lección debemos ocuparnos de la siguiente circunstancia agravante, que ocupa el número 15 en la lista de las que el Código menciona: *Ejecutarlo* (se refiere al delito) *de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla*. Para explicar esta circunstancia, y otras parecidas, suele constantemente apelarse al argumento, con demasiada frecuencia repetido, de la mayor facilidad del delincuente para eludir la acción de la justicia, puesto que valiéndose de medios de cierta índole, y realizando el delito bajo ciertas condiciones, se procura y favorece la impunidad. Si esto pudiera servir, en absoluto, para declarar la existencia de un accidente agravatorio, claro está que realizar el delito de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla, reune esas condiciones, por cuanto la oscuridad de la noche por un lado, y el aislamiento y soledad del despoblado por otro, favorecen de una manera notable la impunidad.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Mas el deseo de la impunidad, por sí sólo, no lo conceptuamos fundamento suficiente para servir de apoyo y base á una circunstancia agravante, porque, como en otra ocasión hemos apuntado, nos parece muy natural que todo delincuente procure sustraerse á la acción de la justicia, pues nadie pretenderá, que la persona que realice un delito, deje de tomar las precauciones, que su prudencia y previsión le sugieran, para quedar impune. No queremos decir, de modo alguno, que la circunstancia que estamos examinando, y otras varias, debieran desaparecer de la Ley: lo que únicamente afirmamos es que, por revelar su concurrencia al delito deseo, por parte del delincuente, de eludir la Ley, no hay razón para considerarlas agravantes; pero la agravación se apoyará de una manera más lógica en otros motivos.

Por de pronto, ejecutar de noche ciertos y determinados delitos, puede traducirse en alevosía, y lo mismo decimos de la realización de esos delitos en despoblado. Claro está que nos referimos á los delitos contra las personas. Pero debemos tener presente, que esta circunstancia no siempre se considera como accidente agravatorio allí donde concurre, á diferencia de otras, por ejemplo, la premeditación, cuya existencia, una vez demostrada, sirve para hacer más grave la situación de cualquier delito.

Por el contrario; el realizar un hecho de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla podrá ser ó no circunstancia agravante, y para que los

Tribunales puedan fallar en un sentido ó en el otro, con sujeción á un criterio que ofrezca uniformidad, dice la Ley textualmente: *Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según la naturaleza y accidentes del delito.*

No puede ofrecer duda esta limitación impuesta por la Ley. Con motivo diverso nos hemos ocupado de lo que se entiende por la naturaleza de un delito, y recordamos que es todo aquello que le forma y constituye en delito de ésta ó de la otra especie. Atendiendo á la naturaleza del delito vemos que no hay razón, en efecto, para poder apreciar, con referencia á algunos, como circunstancia agravante el que sean realizados de noche ó bien en despoblado.

El sobornar á un funcionario público no puede ser más grave porque se realice á media noche que si se realizare á medio día: el robo de una casa aislada tiene por fuerza que hacerse ó intentarse en despoblado. Juzgamos por tanto muy oportunas las prescripciones á que nos estamos refiriendo.

Volvamos al examen del precepto general de la circunstancia que estamos analizando.

Aun cuando no pueda explicarse el fundamento de la agravación por el deseo de la impunidad, no por eso carecemos de base para calificar de racional y justo el que pueda, en muchas ocasiones, ser un accidente que haga apreciar como más culpable un hecho, el haber sido realizado de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla.

Hemos dicho que esta circunstancia podrá, en

algunos casos, conducirnos al aprecio de la alevosía, y añadiremos que en otras ocasiones fácil será encontrar el empleo de medios que debiliten la defensa, y muchas veces aquella circunstancia nos ha de poner de manifiesto la premeditación. Cuando veamos, por tanto, que la realización del hecho de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla no se traduce, ni por la alevosía, ni por el empleo de medio que debilite la defensa, ni tampoco por la existencia de premeditación conocida, examinaremos si revela una perversidad mayor que la necesaria para realizar, bajo accidentes distintos, el mismo hecho culpable, y si aun así no hallásemos términos hábiles para decretar la agravación podríamos afirmar que la agravación no existe.

Las palabras de que la Ley se vale al formular esa circunstancia son claras, y no necesitan definirse ni menos que las expliquen los comentaristas, pues la única cuyo significado jurídico era necesario fijar, ya tuvo cuidado el Código de hacerlo: nos referimos á la palabra cuadrilla, de cuyo alcance y significación nos hemos ocupado con motivo de la circunstancia anterior. Nos parece por tanto ridícula y pueril la pretensión de algún Código de marcar las horas en que termina el día y comienza la noche, asunto propio de un compositor de calendarios y almanaques, y nunca de un Legislador. De la misma suerte juzgamos inoportuno que se fijen los comentaristas en estas nimiedades, que deben dejarse abandonadas al buen tino y prudencia de los Tribunales de justicia.

En el Código de 1848 se escribió así esta circunstancia: de noche *y* en despoblado, cuya conjunción *y* daba margen á que se conceptuasen precisas la concurrencia de la noche y del despoblado para apreciar el motivo agravatorio, de suerte, que ejecutar el hecho en despoblado, ó bien ejecutarlo de noche, no producía agravación. Parecía esto absurdo á algunos, y querían dar al precepto legal una interpretación poco conforme á la letra de la Ley. Estos inconvenientes desaparecieron ya desde la reforma del año 1850, en que se sustituyó la conjunción copulativa *y* por la disyuntiva *ó*, diciendo desde entonces la Ley de *noche ó en despoblado*, y habiéndose añadido por último en el Código de 1870, y en virtud del Decreto de 1.° de Enero del siguiente año de 1871, las palabras *ó en despoblado y en cuadrilla*. Con motivo de esta añadición, y de otras varias correcciones que comprende el citado Decreto, se ordenó en el mismo que los Juzgados y Tribunales aplicasen desde luego el Código penal con sujeción á las correcciones mencionadas.

En vista de cuanto llevamos dicho podemos afirmar que, conforme á todas las modificaciones que comprende esta circunstancia, envuelve tres pensamientos. Primero, ejecutar el hecho de noche; segundo, ejecutarlo en despoblado, y tercero, realizarlo en despoblado y en cuadrilla.

Hemos insistido de propósito en este punto, porque no ha sido ésta la manera de interpretar la añadición del Decreto referido por parte de varios

individuos que publicaron ediciones del Código con posterioridad; ni tampoco la manera como opina ha quedado redactada esta circunstancia agravante el Sr. Groizard se conforma con su verdadera redacción, según nuestro juicio.

Para el distinguido jurisconsulto que acabamos de citar la circunstancia no abraza tres extremos, sino únicamente dos, pues conforme á ese pensamiento la presenta redactada al final de la página 420 del tomo primero de sus notables comentarios al Código de 1870.

Pero al explicar esa circunstancia echa de menos en la letra de la Ley lo que á nuestro juicio contiene, porque le parece que no debe exigirse que concurran conjuntamente las circunstancias del despoblado y la cuadrilla para que nazca agravación, bastando en muchos casos que el hecho se realice en despoblado.

Pregunta el citado comentarista: ¿Será indispensable que el delito se ejecute á la vez en despoblado y en cuadrilla para que la circunstancia que el número expresa se declare? Se contesta el señor Groizard esta pregunta diciendo: Para nosotros sí, atendiendo el tenor literal de la Ley, y añade: Creemos, sin embargo, que la *letra* está aquí en contra del *espíritu* del texto. El que comete un delito en despoblado eligiendo de propósito la soledad de los campos para no ser fácilmente visto, ni descubierto; para que su víctima no pueda invocar eficaz auxilio, y una vez conseguido su detestable plan escapar á la persecución de la justicia, merece una

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

pena más agravada que el que no priva á la persona contra quien se dirige de la esperanza de recibir socorros.....

Con la debida consideración diremos que nos parece que se equivoca el Sr. Groizard al suponer contradicción entre el espíritu y la letra del texto legal, equivocación que proviene de que la letra del texto no quiso el Decreto citado que dijese lo que le hace decir el Sr. Groizard, y otros escritores de menor respetabilidad científica.

Decia el texto primitivamente: *ejecutarlo de noche ó en despoblado*, y en el tan repetido Decreto se dice: «En la décimaquinta circunstancia del artículo 10 se añadirán las siguientes palabras: *ó en despoblado y en cuadrilla.*» Para aceptar la redacción que no admitimos, el Decreto debería decir que se añadieran únicamente las palabras *y en cuadrilla;* pero no dice ésto y sí lo que dejamos copiado. Háblase, pues, de añadir y no de sustituir, ni mucho menos de quitar, y sustitución habría en la última parte de la circunstancia, si aceptáramos la manera como interpretan el pensamiento del Legislador los que opinan de diverso modo que nosotros lo hacemos.

Habrá una repetición de palabras, que sonará mal al oído, en la redacción que tuvo por conveniente adoptar el Legislador; pero esto no autoriza nunca á los intérpretes ni comentaristas para dejar de ajustarse á la letra de la Ley en todos casos, y con mucha más razón cuando el pensamiento resulta aceptable de todo punto.

USC UNIVERSITAT DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 33.

Desprecio de la autoridad.—Agravación por el lugar y por las circunstancias de la persona ofendida.—Ejecución del hecho por medio de fractura ó escalamiento.—Comparación de estas circunstancias con las del Código anterior.

Dejamos en las lecciones precedentes estudiados varios orígenes de agravación, y hemos podido convencernos de que el Legislador llevó su previsión hasta tal punto, que muchas de las circunstancias que enumera se reducen á otras que ya deja estudiadas, ó bien á alguna que todavía estudia más adelante. Estas repeticiones sobre un mismo objeto, y estos diversos aspectos de un mismo pensamiento no los observábamos en las circunstancias atenuantes, en cuyo punto procedía la Ley de una manera más general.

Pero en los accidentes agravatorios puede perdonarse alguna repetición y redundancia, porque, como sabemos, no se juzga aquí por analogía, y cuanto pase desapercibido al Legislador, y cuanto no se vea incluído en el texto de la Ley, todo eso no cae bajo el dominio de los Tribunales, ceñidos en este lugar á una interpretación estricta. Por estas razones y otras que hemos hecho al comienzo de la sección que nos ocupa, se ha suprimido con ventaja

la última circunstancia agravante del Código anterior, que, como sabemos, declaraba que se considerase como tal cualquier otra de la misma entidad y que guardase analogía con las expresamente formuladas.

En las circunstancias que nos resta examinar no seguiremos estrictamente la numeración de la Ley, porque dejaremos para estudiar en último término las que se refieren á la reiteración y la reincidencia (números 17 y 18), porque envuelven cuestiones trascendentales, han sufrido modificaciones de importancia y tiene además esta materia ramificación en otros lugares de la Ley penal.

Continuando, pues, nuestro estudio, nos ocuparemos de si debe ser circunstancia agravante con relación á un hecho, *Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la Autoridad pública.*

Los casos en que puede concurrir esta circunstancia son fáciles de adivinar, conviniendo tan sólo para su recta inteligencia distinguir cuándo se ejecuta el hecho con *desprecio* de la autoridad y cuándo se verifica con *ofensa* de la misma.

Si un individuo trata de perpetrar un delito, y en el lugar de la ocurrencia se presenta persona constituída en Autoridad procurando impedirlo, y no obstante sus amonestaciones y advertencias el delincuente realiza sus designios, podemos decir que el hecho se llevó á cabo con desprecio de la Autoridad pública. En efecto: los consejos y advertencias de nada sirvieron, y por tanto se despreciaron de una manera bien terminante.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Justamente hay aquí lugar á la agravación porque el delincuente revela una persistencia notable en su propósito criminal, y que salta por cima de todo género de consideraciones para realizarlo. No es necesario insistir en este punto, porque la conciencia pública aprueba el precepto.

Ejecuta un hecho con *ofensa* de la Autoridad el que advertido por ella para que no le realice, ó bien invocado el nombre de la Autoridad por la persona damnificada, ó por cualesquiera de los circunstantes, contesta con frases poco respetuosas para dicha Autoridad.

Es necesario no olvidar en este caso, que hallándose presente la Autoridad, las palabras poco respetuosas con que se conteste á sus amonestaciones, raras veces dejarán de ser injuriosas, y las injurias hechas á la Autoridad en su presencia hacen degenerar el delito en el especial que se denomina, en la nomenclatura del Código, «desacato.» En este caso ya sabemos que no hay lugar á apreciar como circunstancia agravante la ejecución del hecho con ofensa de la Autoridad, por cuanto hay lugar al nacimiento de un delito especial.

Según los preceptos de nuestro Código es también circunstancia agravante, *Cometer el delito en lugar sagrado, en los Palacios de las Cortes ó del Jefe del Estado, ó en la presencia de éste, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.*

Hay lugares dignos de respeto por mil consideraciones diversas, y ejecutar cualquier delito en

esos lugares, indica y demuestra el poco aprecio que de ellos hace el delincuente, y la indiferencia con que mira objetos que veneran, en mayor ó menor grado, sus conciudadanos.

Entre estos lugares el primero que menciona la Ley es el sagrado, y con razón. Por lugar sagrado se entiende, según el Diccionario: lo que según rito está dedicado á Dios y al culto divino: lo que por algún respeto á lo divino es venerable. Con los lugares sagrados están íntimamente unidas nuestras creencias religiosas, y sólo para los desgraciados espíritus dominados por el excepticismo y la indiferencia en materias de religión, puede considerarse como delito cometido en circunstancias normales el que se ejecute en cualquiera de los lugares dichos. Aun suponiendo que el delincuente tenga la desventura de carecer por completo de ideas y sentimientos religiosos, no puede negarse que, además del daño que resulta inmediatamente del delito que comete, lastima las creencias y causa un profundo daño á todos aquellos que á esos lugares acuden, en busca de consuelos eficaces contra las miserias y desgracias de esta vida, volviendo las miradas al Cielo, fuente de nuestras esperanzas, premio de nuestros sinsabores, y sostén siempre en nuestro abatimiento.

La palabra *sagrados* opinan algunos comentaristas que sólo puede referirse á los Templos, y que esos son los únicos lugares á que puede aplicarse el calificativo, no siendo aplicable á los cementerios. Opinamos de distinta suerte, y para ello nos fun-

damos en la segunda de las dos significaciones que hemos copiado del Diccionario, autoridad competente en materia de significado de palabras. Nos dice que sagrado es lo que por algún respeto á lo divino es venerable, y en efecto, un Cementerio es *venerable*, y lo es por respetos á lo *divino*. Allí reposan las cenizas de las personas queridas bajo el augusto manto de la religión: allí acudimos á consagrarle nuestras lágrimas, nuestros recuerdos, nuestras oraciones: allí, con la cabeza descubierta y la rodilla en tierra, dirigimos nuestras preces al Altísimo, para que vuelva á concedernos el consuelo de verlas algún día, gozando reunidos la infinita bienaventuranza. Quien profana, por tanto, esos lugares nos hiere también de una manera análoga á como lo verifica cuando no respeta el Templo. Ambos lugares nos recuerdan la otra vida; en los dos lloramos y rezamos; uno y otro están benditos; lo mismo á aquél que á éste la religión los cubre con su manto.

Pero si hay lugares dignos de respeto ante la religión, los hay también que lo merecen grande por razón de otro orden de ideas, que todos los ciudadanos estamos interesados en sostener, revelando la falta de respeto á esos lugares una rebelión marcada contra todo principio de orden, sin el que la sociedad no es posible. Por esta razón hiere el sentimiento público quien comete un delito en los Palacios de las Cortes ó del Jefe del Estado, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Por último, la Ley comprende también como circunstancia agravante ejecutar el delito en la presencia del Jefe de Estado, y con justicia. El Jefe del Estado es el primer magistrado de la nación, la persona de más elevada jerarquía, y faltar en su presencia, cometiendo un delito, indica que quien á tal se propasa no se detiene ante ningún género de consideraciones sociales.

El Código anterior redactaba la circunstancia concordante en esta forma: *Cometer el delito en lugar sagrado, inmune, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.*

Se ha suprimido el adjetivo inmune, que carecía de significado propio; y en cambio se han especificado los lugares á los que por interpretación algún tanto lata podía aplicarse dicho adjetivo. La redacción vigente se presenta más circunscrita y menos expuesta á interpretaciones, peligrosas en alguna ocasión.

Otra circunstancia que debemos examinar es la siguiente: *Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada cuando no haya provocado el suceso.*

Antes de esta circunstancia nos hemos ocupado de otra referente á hechos ejecutados mediando en ellos ofensa y desprecio; pero ha sido con relación á la pública autoridad, y por tanto el texto legal que acabamos de copiar tiene más latitud, pues comprende un número de personas mucho mayor

que aquellas de quienes puede decirse que ejercen autoridad pública.

Tiene dos partes y abraza dos pensamientos la circunstancia presente. Uno aquel en que se ocupa de la ofensa ó desprecio contrarios al respeto que merecen ciertas personas, y el otro al caso en que se ejecute un delito en morada ajena, cuando no haya provocado el suceso el ofendido. Diremos algunas palabras acerca de esos dos pensamientos, ocupándonos ligeramente de ellos, si bien con separación, porque en realidad parecen dos circunstancias, aun cuando en la Ley la que nos ocupa no contenga más que una fórmula y figure bajo un sólo número.

Ofensa y desprecio causados á personas dignas de respeto.—No todos los individuos en la sociedad merecen el mismo género de consideraciones sociales, por más que todos seamos acreedores á la cortesía y urbanidad de nuestros semejantes. Juzgando desapasionadamente comprendemos, que ofender y despreciar á quienes, por mil consideraciones distintas, merecen nuestro respeto y deferencia, es una acción más culpable que si el hecho tuviese lugar entre personas de las mismas condiciones. No tener en cuenta para nada ni la jerarquía social, ni el respeto que inspira la ancianidad, ni la benevolencia que se siente hacia la niñez, ni la deferencia que reclama el sexo débil, es saltar todas las vallas que deben servir para contener al hombre en el mundo, y por tanto, en todos aquellos casos en que los

hechos no tengan en la Ley un calificativo especial por efecto de esta circunstancia, y en que no se haya señalado una pena especial y propia para esos hechos, habrá, con razón, lugar á una circunstancia agravante.

Veamos á qué personas se refiere el texto que estamos estudiando, al considerar como circunstancia agravante la de ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que merecen dichas personas.

Se habla en primer término de las que merecen respeto por su dignidad, cuya palabra tiene un sentido vago, y así debia ser, por cuanto la Ley, no pudiendo descender á ciertos detalles, tiene que dejar al prudente arbitrio de los Tribunales de justicia todo aquello que la referida Ley no puede fijar, ni sería prudente que fijara. Para que un hecho nos parezca que lastima más por la jerarquía social del ofendido, ha de haber una relación entre esa jerarquía y la posición social del ofensor.

Si las personas de elevada posición social merecen ser consideradas, sobre todo cuando no se ha llegado al lugar que ocupan sino en virtud de reconocidos títulos, esa consideración varía notablemente según nos referimos á éstos ó los otros individuos. Un Capitán general merece siempre respeto, porque no sin merecimientos se alcanza tan elevado puesto en la milicia; pero lo merece mucho mayor de sus subordinados directos, y cualquier atentado que en su presencia cometa un militar, sería en todas ocasiones un hecho más grave, aun cuando

especialmente no lo penara la ordenanza, que si un paisano realizara el mismo hecho. Un Rector de Universidad ocupa también una posición elevada y digna de respeto, sobre todo si ese puesto importante lo debe á su competencia científica; pero nadie pone en duda, que las personas obligadas en primer término á respetar su autoridad son los que inmediatamente dependen de ella, v. g., los catedráticos y los alumnos.

La edad se cita también como otra de las cosas que pueden constituir agravación, faltando al respeto que debe inspirarnos. Bajo dos conceptos podemos atender á la edad para considerarla en nuestras relaciones sociales, pues ya se trate de un anciano, ya de un niño, en ambos casos ofender á esas personas puede ser un hecho más grave, á los ojos de toda conciencia recta, que si la ofensa recayera sobre un individuo en pleno período de robustez. El anciano es respetable por sus canas, por su experiencia y por su proximidad al sepulcro; el niño lo es también por su candor y por su inexperiencia.

Se refiere también la Ley al sexo, y claro está que si las mujeres merecen en todos tiempos ser consideradas como más débiles que los hombres, podrá ser apreciado como accidente agravatorio el que un delito recaiga sobre ellas; pero aquí se trata además de que el hecho se haya realizado con ofensa ó desprecio del respeto que el sexo deba inspirar, y el que falta á ese respeto delinque más gravemente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

EJECUTAR EL HECHO EN LA MORADA DEL OFENDIDO.—En todos tiempos, y en todos los países medianamente cultos, se ha procurado el respeto al hogar doméstico. Tanto es así, que para penetrar en el domicilio ajeno se requiere el consentimiento de su dueño, y constituye un delito el que, contra ese consentimiento, penetre un particular en la morada de otro. Aun la Autoridad necesita proceder dentro de estrictas condiciones y con sujeción á las leyes, para penetrar en el domicilio de cualquier ciudadano.

Así, pues, si el delincuente no respeta lo que todos tienen obligación de respetar, y al daño del delito añade la falta de consideración al respeto debido al hogar doméstico, comete ese delito con un accidente agravatorio.

La Ley, sin embargo, limita la agravación al caso en que el individuo ofendido no hubiese provocado el suceso, porque entonces su conducta imprudente dió margen á que el culpable realizase lo que realizó. Nuestra morada es y debe ser respetada por quien la pise; pero también nosotros debemos respetar á quien en ella se encuentra. Nadie debe injuriarnos nunca, y menos en nuestra casa; pero nosotros no debemos provocar la injuria con ningún género de imprudencia.

A continuación de la que acabamos de examinar figuran dos circunstancias agravantes, que comprendía en una sola el Código de 1850. Decía este Código, que era circunstancia agravante con relación á un hecho: *Ejecutarlo por medio de fractura ó escalamiento*

de lugar cerrado, y dice la Ley actual: 21.ª *Ejecutarlo con escalamiento*, añadiendo, *Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto.* 22.ª *Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas.*

La única circunstancia que dedicaba el Código anterior á esta materia, y las dos que le dedica la Ley vigente, se fundan en los mismos principios y se apoyan en los mismos razonamientos.

El culpable que comete el delito con tales accidentes, demuestra con su conducta que no le detienen las precauciones ordinarias, puesto que arrolla cuantos obstáculos sirven, en términos normales, para que el hombre se conceptúe á cubierto de las asechanzas de aquellos que pudieran causarnos daños y perjuicios. Para dicho culpable no guardan nuestras propiedades los muros que las circundan, porque los escala; no prestan seguridad á nuestras casas ni las paredes, ni los techos, ni los pavimentos, porque los taladra; no nos ponen al abrigo de sus ataques ni las puertas ni ventanas que cuidadosamente cerramos, porque las fractura sin recelo. Contra quien procede de esta suerte todo género de precauciones son inútiles.

No necesitamos repetir una vez más que en aquellos casos en que la violencia que indica cualesquiera de los casos referidos dé margen á un delito especial, la circunstancia agravante no puede apreciarse.

Comparando la Ley vigente con la anterior, vemos que aquella detalla mucho más, pues antes sólo

se hablaba de fractura en general, lo que daba margen á dudas que han desaparecido hoy. En efecto, con relación á puertas y ventanas podía con propiedad hablarse de fractura; pero no de igual suerte cuando el hecho se hubiere realizado rompiendo ó taladrando paredes, techos ó pisos.

Además: la Ley define lo que se ha de entender por escalamiento para sus efectos, con lo cual no dejan de estar incluídos algunos casos, que no podrían estarlo á tomar la palabra en su sentido gramatical, y que no obstante indican la misma perversidad moral. Tan temible es quien penetra por una ventana elevada valiéndose de una escala, como quien lo hace por una alcantarilla, y con arreglo á la significación estricta de la palabra, según el Diccionario, no podríamos afirmar que había escalamiento más que en el primer caso. Pero en virtud del significado y alcance que el Código da á la palabra, en ambos casos hay escalamiento, porque en ambos se entra por una vía que no es la destinada al efecto. Merece por tanto aplauso la reforma introducida en este punto, y en su virtud los Tribunales tienen un ancho campo en que moverse, sin necesidad de acudir á interpretaciones fuera de la letra de la Ley.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 34.

De la vagancia.—Uso de armas prohibidas y agravación por analogía.—Juicio de las disposiciones legales.

Vagancia.—Ser vago es culpable dice nuestro Código vigente que se considera como circunstancia agravante, con relación á todo género de delitos, cuyo precepto no tiene concordancia ni en el Código de 48 ni en el de 50.

Se había considerado hasta el presente que la vagancia era un delito especial, y por esto aparecía penado en el Código anterior; pero la reforma hubo de creer que no había posibilidad de conceder el calificativo de delito á semejante condición de algunas personas, y suprimió aquellas prescripciones, sustituyéndolas en cambio con una circunstancia agravante. Parte, por tanto, nuestra Ley vigente de estos dos supuestos: primero, al vago, por el sólo hecho de serlo, no se le puede calificar de delincuente; segundo, la vagancia es, en todos casos, un accidente que aumenta la culpabilidad.

Procuraremos resolver brevemente, en vista de lo dicho, estas dos preguntas: ¿es justo considerar á todo vago como delincuente? ¿debe la vagancia traducirse en un accidente agravatorio de culpabilidad?

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Al ocuparnos de la primera de las dos preguntas dichas, debemos prescindir de toda consideración histórica, teniendo en cuenta la índole especial de estas lecciones. Muchas disposiciones de carácter administrativo y penal se dictaron en el trascurso de los tiempos contra los vagos, disposiciones que con frecuencia revelaban el carácter de la época en que veían la luz, el tino y prudencia de los Legisladores, y el conocimiento más ó menos profundo de la sociedad y de las enfermedades que le aquejaban.

Sin desconocer que la vagancia envuelve peligros para el órden público y para la tranquilidad de las familias; sin poder negar que el vago está colocado en una pendiente que puede conducirle con suma facilidad á la perpetración de todo género de acciones criminales; sin poner en duda el vivo interés que toda nación y todo Gobierno deben tener en que desaparezca el germen de inmoralidad que la vagancia indica, no podemos de igual suerte conceder que el vago sea un delincuente y la vagancia un delito.

Para que haya delito necesitamos una lesión de los derechos, y acto claro y manifiesto en cuya virtud se nos damnifique; un ataque inmediato á nuestra persona, á nuestra fortuna, á nuestro honor. Del vago podemos recelar que en el momento menos pensado lesione cualesquiera de las cosas dichas; pero en tanto no lo verifica, en tanto respeta en nosotros lo que tenemos derecho á que respete, no es posible, en rigor de principios, calificarle de delincuente. Creemos que las Autoridades, la policía y

los Gobiernos podrán adoptar medidas de precaución para evitar en lo posible que el vago delinca, y para averiguar el hecho una vez realizado; pero de esto á imponerle desde luego una pena hay una inmensa distancia, que no sería justo salvar.

Ya que no como delito ¿podrá considerarse la vagancia un accidente que denote mayor culpabilidad? —Sentimos no poder prestar nuestro humilde asentimiento á la Ley, al declarar circunstancia agravante la que motiva estas palabras. Nos parece que ha habido poca lógica en el Legislador, tronando con los precedentes que existían respecto á considerar al vago como criminal, y haciendo al propio tiempo de la vagancia un accidente agravatorio.

En el pensamiento que sirva para explicar toda circunstancia agravante, hemos de hallar siempre algo que aumente la culpabilidad del individuo, de la misma suerte que en toda circunstancia atenuante buscamos también algo que disminuya la culpabilidad dicha. Recórranse uno por uno todos los accidentes de la obra culpable, y se verá es cierta la afirmación que acabamos de hacer. Pues bien: el que un delito cualquiera sea realizado por un vago ¿aumenta la criminalidad del hecho? De ningún modo. Si de un robo realizado por un vago podemos decir que ese acontecimiento era fácil de esperar; de un robo realizado por un sujeto, que había sido hasta el presente hombre honrado, todos decimos, ¡quién lo creyera! Que presumiésemos con anterioridad que el delito era ó no de esperar, no indica en el delincuente ni

mayor perversidad en el primer caso, ni menor culpa en el segundo.

La Ley, después de prescribir que la vagancia es circunstancia agravante, nos dice: *Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas; ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.*

Como se ve no ha querido ser parco nuestro Código en el señalamiento de las condiciones que constituyen la vagancia, cuyo examen autoriza una inquisición odiosa respecto á los medios de vivir un individuo, y permite que las autoridades entren en investigaciones de tal índole, que nos parecen contrarias al respeto á la inviolabilidad del domicilio á la que presta garantías el mismo Código en otros lugares, lo cual no podía menos de hacer, estando llamado, como estaba, á conciliar la Ley penal con los preceptos fundamentales de la Constitución del año 1869. Precisamente la reforma verificada en la Ley penal en el año 1870 la reclamaban, de una manera necesaria, los preceptos de donde partía la nueva Ley fundamental, y ha pecado de inconsecuencia el Legislador en este punto, como en otros varios, no aceptando las conclusiones que la lógica demandaba en virtud de las premisas sentadas.

En la definición de la vagancia notamos también que se prescinde de lo que principalmente la caracteriza, porque se dice que será calificado de

vago el individuo que se halle en los casos mencionados, aun cuando tenga *domicilio fijo*, lo cual nos parece exagerado, y opuesto á lo que debe entenderse por vago, cuya palabra viene de *vagar* de *vaguear*, de no tener casa ni residencia.

Uso de armas prohibidas y agravación por analogía.— Las dos circunstancias que acabamos de citar figuraban al final del artículo de las agravantes, y entrambas han desaparecido en virtud de la reforma del año 1870. Averiguar si al suprimirlas la Ley vigente obró con justicia, es punto que no ofrece, á nuestro juicio, graves dificultades.

El Código anterior colocaba entre las circunstancias agravantes la primera de las mencionadas, valiéndose de las siguientes palabras: *Ejecutarlo* (se refería al delito) *haciendo uso de las armas prohibidas por los reglamentos*, cuyo precepto figura también en el Código del año 1848.

Con anterioridad á dicha época el poseer armas prohibidas se consideraba como un delito de índole muy grave, si hemos de tener en cuenta las severas penas con que estaba castigado semejante hecho en la Novísima Recopilación. El Código penal vino á borrar ese hecho del catálogo de los delitos; pero convirtiendo en circunstancia agravante el cometerlos haciendo uso de las referidas armas, de suerte que debemos resolver estas dos preguntas: ¿Puede convertirse en un delito el poseer armas prohibidas? ¿Debe por el contrario ser un accidente agravatorio de responsabilidad?

No puede sostenerse, según creemos, que el simple hecho de tener armas prohibidas constituya un delito, porque con esa posesión á nadie se perjudica ni lastima, ni el referido hecho reune ninguna de las condiciones necesarias para que aparezca delincuencia. Cuando cualquier ciudadano adquiere armas, puede verificarlo para fines completamente legítimos, como en el caso que se las proporcione para atender á su defensa personal, ó de sus intereses.

No tiene fuerza en contra de las afirmaciones que acabamos de hacer la observación de que ciertas y determinadas armas se prestan á la comisión de delitos. Para calificar de prohibidas algunas armas, no atendían nuestras leyes con frecuencia á un criterio racional, como lo prueba el hecho de que, á pesar de la prohibición, y de las penas severas impuestas á los contraventores, se vendían públicamente esas armas y todo el mundo las usaba, hasta los mismos funcionarios de justicia encargados de procesar á quienes ejecutasen lo que ellos ejecutaban como lícito.

Es verdad que un puñal ó un trabuco pueden fácilmente ocultarse, y herir con ellos á quien no esperaba la acometida; pero esto no autoriza para que se prohiba en absoluto el uso de esas armas, porque si partiésemos de un criterio como éste debería estar prohibido el uso de todo aquello que puede servir á malos fines.

El uso de armas debe concederse á los ciudadanos con algunas limitaciones; pero la administración pública es la única que debe intervenir regla-

mentando cuanto se refiera á este particular, cuyo asunto debe regirse por disposiciones de Derecho administrativo y no por las del penal.

Si merecen por todo lo dicho aplauso los Códigos de 48 y de 50 al haber excluído del número de los delitos el uso de armas prohibidas, no lo merecen por haber dado nacimiento á la circunstancia agravante que nos ocupa, porque no es un accidente que pueda en todos casos aumentar la culpabilidad, y si en alguno la aumenta es por motivos comprendidos ya en otras circunstancias.

En efecto, el que esconde un puñal para herir por la espalda, comete el hecho con alevosía, y por ella, y no por la clase de arma empleada, se justifica la agravación.

No tenemos para qué tratar de la analogía como circunstancia agravante, porque en esta sección de ella nos hemos ocupado ya, encontrando plausible que hubiese desaparecido de la Ley vigente.

Sin embargo, para corroborar cuanto dejamos dicho respecto á la justicia con que dicha circunstancia ha sido borrada del catálogo de las agravantes, copiaremos algún párrafo del Sr. Pacheco con este motivo, y la cita no puede aparecer sospechosa, por cuanto dicho señor fué uno de los individuos, como sabemos, que contribuyó eficazmente á la redacción del Código de 1848.

Dice así el referido comentarista (1): Conside-

(1) Obra citada, tomo 1.º, pág. 249.

rando la larga lista de circunstancias agravantes que hemos recorrido, muchas de las cuales son dobles, son triples, son múltiples, en sus orígenes y en sus aplicaciones. ¿Cuál que verdaderamente merezca serlo se nos puede haber quedado? ¿Cuál que exija de un modo irresistible el aumento de castigo en los delincuentes, so pena de un desorden, de un padecimiento, de una alarma social? Dudamos mucho que alguna pueda presentarse. Se nos presentará tal vez un nuevo caso que hubiéramos sin inconveniente incluído entre ellas; pero difícil ha de ser que lo exigiera perentoria é irreplicablemente su gravedad. Los escándalos, los horrores, se hallan todos consignados en esos veintidos números. Aparte de ellos habrá cuestiones problemáticas, no intuiciones necesarias é irresistibles.

LECCIÓN 35.

De la acumulación de delitos generalmente considerada.—Límites del problema que se trata de resolver.—Base para relacionar la culpabilidad de unos delitos con la de otros: distinciones necesarias.—De la reincidencia en general.

Las leyes escritas deben formular sus preceptos, teniendo en cuenta las conclusiones que el examen filosófico de la materia sobre que versan haya obtenido. Solamente consultando estos indispensables precedentes, podrán dichos preceptos ser aceptables á los

ojos de la razón y de la justicia, siendo aquel previo examen tanto más necesario, cuanto más difícil y complicado aparezca el asunto de que se trata. Esto acontece con la materia de acumulación de delitos, materia cuya complicación hizo que los Legisladores de nuestro Código penal, en las distintas épocas de su historia, presentasen diseminadas las disposiciones referentes á dicha acumulación y que introdujesen en este punto variaciones de importancia en las diferentes reformas que sufrió la Ley.

Para estudiar, aun cuando sea de una manera elemental, el asunto que nos ocupa, no podemos prescindir de sentar algunos precedentes filosóficos, que nos sirvan de apoyo y base.

Si á los ojos de la Ley penal hubiera de estudiarse cada hecho de una manera aislada, es decir, si cada delito debiera examinarse en sí mismo, con independencia de todos los demás que el delincuente hubiera acometido: si el filósofo criminalista pudiera prescindir en el aprecio de cada acto de delincuencia de la relación que con otros pudiera tener, cuando todos ellos han sido realizados por el mismo sujeto, el problema de la acumulación de delitos tendría escasa importancia. Pero desde el momento en que se comprende que unos hechos se relacionan con otros, en la unidad de nuestro espíritu, y que, para formar juicio de la moralidad de las acciones humanas, de la manera más completa posible, no puede prescindirse del encadenamiento que unas tienen con otras en nuestra alma, desde ese momento, repetimos, el problema de

la acumulación de delitos se presenta como uno de los que reclaman mayor cuidado y atención del Jurisconsulto y del Legislador.

Hay culpables cuya vida es un conjunto de acciones punibles, y para que el filósofo pueda aquilatar la moralidad de cada una de esas acciones, y para que el Legislador pueda, conforme á los principios racionales, dictar sus preceptos, es necesario clasificar y ordenar de alguna manera las distintas situaciones que pueden ocurrir.

Haremos desde luego caso omiso de la situación en que un culpable comete un delito como medio de perpetrar otro, porque de ella nos hemos ocupado al tratar de la circunstancia agravante que tenía el número 11 en el Código de 1850, circunstancia suprimida en la reforma de 1870, de la misma suerte que del caso en que un sólo hecho constituya dos ó más delitos.

Prescindiremos también de tratar de los delitos continuos ó sucesivos, en donde no vemos más que una acción repetida un número mayor ó menor de veces, pero hija de una sola determinación de la voluntad, y en la que se propone el individuo el mismo fin, v. g., el que usa en repetidas ocasiones pesas ó medidas ilegales, lo mismo que el monedero falso que con los mismos troqueles fabrica repetidamente monedas, que el sujeto que realiza el contrabando, introduciendo todos los dias objetos de comercio, sin satisfacer los derechos arancelarios. En estos casos no hay más que un delito, cuya realización dura más ó menos tiempo,

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

y cuyo mal podrá por tanto ser de una extensión mayor ó menor.

Nos circunscribiremos, pues, á los delitos diversos, por ser hijos de distintas resoluciones de la voluntad, y tener cada uno de ellos un fin peculiar y propio.

Entre esos delitos, á que exclusivamente nos referimos, pueden existir analogías, por ser todos ellos de igual ó parecida naturaleza, ó bien pueden ser de naturaleza distinta de todo punto: pueden las relaciones jurídicas que perturban indicar una perversión de espíritu determinada, ó pueden, por el contrario, revelar perversión de ideas y sentimientos diversos.

Proponiéndonos averiguar en qué casos un delito puede relacionarse con otro, para indicar esta relación mayor ó menor perversidad, mayor ó menor inmoralidad en el agente, no podemos ver, por regla general, esa relación en el caso en que los delitos cometidos por un mismo sujeto sean de naturaleza distinta. No podemos relacionar la conspiración política, v. g., con el robo; ni tampoco encontrar influencia alguna entre el delito de traición cometido hoy, con las lesiones realizadas ayer.

Esa relación podemos verla de una manera clara y terminante, por el contrario, en todos los casos de perpetración de delitos de naturaleza parecida ó análoga, por ejemplo, entre el delito de homicidio y el de lesiones, de la misma suerte que en el individuo que ayer cometió una estafa y hoy participa de un robo ó un hurto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Pero tratándose de encontrar mayor culpabilidad en el agente, no puede, á nuestro juicio, ser bastante para originarla esa relación por sí sola, en tanto no concurra alguna otra circunstancia. Un delito, no ya de parecida naturaleza, sino de la misma especie, revelará hábito de cometerle; pero el hábito por sí sólo no indica, de modo alguno, que los hechos posteriores revistan más gravedad que los anteriores, considerando tan sólo su posterioridad. Por esta razón tenemos que distinguir todavía, y fijarnos en una nueva división.

Procede, pues, tener en cuenta, respecto á la repetición de hechos de análoga naturaleza, si con relación á los anteriormente cometidos han entendido los Tribunales de justicia, declarándolos ya culpables, en virtud de sentencia firme; en cuyo caso se conciben todavía diferentes situaciones, pues puede suceder que el culpable, al cometer un nuevo delito de análoga naturaleza, no haya empezado á cumplir la sentencia del anterior, la esté cumpliendo, ó la haya cumplido ya.

En cualesquiera de estas situaciones encontramos mayor perversidad en el delincuente que la que revela su acción, cuando todavía acerca de ella no ha pronunciado su fallo la justicia.

En todas aquellas situaciones vemos una persistencia en la idea del mal desconsoladora; pero es forzoso reconocer que esa persistencia, que indica un culpable de corrección dificilísima, la hallamos principalmente en el que, no obstante la influencia

que la pena debe ejercer en su alma, no obstante la reforma que, gracias al cumplimiento de la condena debíamos esperar, da con su conducta á entender que aquella influencia ha sido nula, y que esta reforma no se ha operado.

En vista, por tanto, de lo que acabamos de manifestar, hallamos motivos para juzgar más culpable la conducta del que delinque, en los mismos ó análogos delitos, después de haber sido ejecutoriamente sentenciado, y estando al propio tiempo cumpliendo la sentencia, ó bien habiéndola ya cumplido; porque la pena ha sido en estos dos casos ineficaz para contenerle en la senda de la delincuencia, revelando esto una mayor perversidad de espíritu.

Debemos hacer observar, no obstante, que mayor perversidad arguye acaso el cometer el nuevo delito después de haber cumplido por completo la condena, que estando comenzada á cumplir solamente; pero el que un caso indique mayor culpabilidad que el otro, no significa que entrambos dejen de tenerla, y estas diferencias las encontramos en todos los accidentes agravatorios, cuando comparamos los unos con los otros.

Si el aumento en la culpabilidad nace de la ineficacia correccional de la pena, esta ineficacia se demuestra ya desde los primeros momentos de su cumplimiento, por quien comete nuevos análogos atentados, estando cumpliendo dicha pena.

Pero, al expresarnos de esta suerte, claro está que partimos de la base de que la pena por su

naturaleza, no bastardeada en la manera de cumplirse, debe ser correccional, y dirigirse como fin á procurar la enmienda del culpable. Cuando la pena no reune las condiciones necesarias para realizar aquel fin; cuando lejos de corregir se convierte en escuela del mal; cuando los establecimientos penitenciarios son todo lo contrario de lo que deberian ser, caen por tierra todas las aspiraciones de la ciencia, y no es posible realizar en la práctica los ideales de aquella.

De cuanto acabamos de manifestar se deduce que si la palabra acumulación significa suma ó reunión, y por tanto acumulación de delitos significa la reunión de varios en un mismo sujeto, esa repetida reunión ó suma no es por sí sola suficiente motivo para el estudio de un problema nuevo en materia penal, y que reclame ser examinado por sí solo. En efecto: de las distinciones que hemos tenido que hacer resulta, que nos hemos ido descartando sucesivamente y dejando á un lado, por decirlo así, diversos casos, para quedar reducido nuestro examen á aquellos en que un delito aparezca con mayor gravedad, efecto de la comisión de otros anteriores, siempre que éstos sean de parecida naturaleza, y además haya recaído respecto á ellos sentencia ejecutoria, ya la haya cumplido el culpable, ya la esté cumpliendo.

A esta situación se aplica por la generalidad de los tratadistas el calificativo de *reincidencia*, circunscribiendo su significación; por más que para

otros abarca la palabra un sentido mucho más extenso.

Tómase, pues, la palabra reincidencia en diversas acepciones, y aun cuando en el terreno legal tiene un significado propio, puesto que nuestro Código manifiesta cuándo existe, para que en el terreno general ó de los principios podamos entendernos con claridad, conviene fijar el sentido de las palabras, ya que ellas son como el vehículo del pensamiento.

Significará por tanto para nosotros, en el terreno científico, la *reincidencia* una nueva recaída en un análogo delito por quien, sentenciado ejecutoriamente, haya cumplido la condena del anterior, ó la esté cumpliendo.

Aparece, desde luego, más limitada esta idea que si no se atendiese á la analogía entre los delitos diversos, y se tomase la palabra en sentido lato, significando una nueva delincuencia después de haber recaído definitivo fallo, y hallarse cumpliendo ó haber cumplido condena el culpable por delito anterior, cualquiera que fuese su especie.

Por esto suelen los autores, para evitar confusión, aplicar nombres diferentes á esas diversas situaciones, por cuya razón, sin duda, á las personas que se hallan en este último caso les llama el señor Armengol (1) relapsos, aplicando el calificativo de incorregibles á los que cometen varios delitos

(1) Estudios penitenciarios. La Reincidencia.—Barcelona.—Jaime Jepus.—1873.—Páginas 19 y 20.

de igual naturaleza, después de haber sufrido varias condenas por dichas frecuentes recaídas.

Si acudimos al Diccionario para buscar ideas distintas entre el reiterador, el reincidente y el relapso no encontraremos diferencia entre esas personas, y sin embargo comprendemos que hay necesidad de aplicar á esos diferentes sujetos denominaciones diversas, si no hemos de confundirlos todos de una manera lastimosa. Decíamos que el Diccionario de la lengua no diferencia esas diversas personas, y con copiar aquí sus palabras es como se puede comprobar el aserto que acabamos de hacer. Según dicha autoridad académica, *relapso es quien reincide ó incurre en el mismo delito; reincidir* significa *volver á incurrir en un error, falta ó delito: reincidencia* es la *reiteración de una misma culpa ó defecto*, y por último *reiterar* tanto quiere decir como *volver á ejecutar, repetir una cosa*. Según se acaba de ver nuestros académicos definen aquí unas palabras por otras, y no encontramos ideas distintas para diferenciarlas, por lo cual se hace necesario formar un tecnicismo especial, dando á las palabras una determinada acepción, la que respecto á la *reincidencia* queda ya sentada; y por lo que se refiere al caso de la repetición de delitos diversos, á cuyos delincuentes llama relapsos el Sr. Armengol, podremos, para distinguir esta circunstancia de la llamada *reincidencia*, aplicarle el calificativo de *reiteración*.

LECCIÓN 36.

¿Debe la reincidencia en general ser considerada como accidente agravatorio?—Datos estadísticos.—Dificultades que ofrece formar una buena estadística.—De la reincidencia excepcional.

Opinan algunos tratadistas y escritores que la *reincidencia* no debe considerarse como circunstancia agravante, y entre ellos Tissot (1) que dice: «se pretende que hay dos cosas en un delito, dos elementos, el uno material y moral el otro, y que el segundo es el que debe servir de base á la pena. Concedo la primera de estas proposiciones, pero niego la segunda.... No se ve que la justicia humana no puede ni debe ocuparse en este punto de otra cosa que de saber si el hecho ha sido voluntario y suficientemente probado, y que la cuestión del grado de la voluntad, de los motivos de esta voluntad, no puede tomarse en consideración para agravar la pena desde el momento en que hay inteligencia suficiente ó se presume tal.»

La opinión del notable criminalista cuyas palabras acabamos de copiar, se comprende en boca de un partidario de la escuela ecléptica, pero que concede más importancia todavía que otros que militan en la misma escuela al elemento material en el aprecio de la delin-

(1) El Derecho penal estudiado en sus principios, etc. Versión castellana por Ortega García.—Madrid, Góngora.—1880.—Tomo 1.°, pág. 134.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuencia, pues hay muchos eclépticos que opinan que la reincidencia debe considerarse como accidente agravatorio.

Razón sobrada hay para ello, porque el elemento moral es digno de ser tomado en cuenta en todos los casos en que se trate de aquilatar la culpa. Si dicho elemento no pudiera ni debiera apreciarse en la *reincidencia*, no se concibe que se aprecie en otros casos, ni en sentido adverso ni favorable al delincuente. Si esto fuera así, y hubiéramos de admitir la opinión de Tissot con todas sus consecuencias, desaparecería de las leyes lo mismo la circunstancia agravante de la premeditación, que revela una mayor inmoralidad, que la de ejecutar el hecho por estímulos y pasiones poderosas que arrebatan y obcecan naturalmente al individuo. Lo mismo en un caso que en otro, el aprecio del elemento moral en el delito, sirve para juzgar de su mayor ó menor magnitud.

Si hay eclépticos que así opinan, con mayor razón han de considerar la *reincidencia* como accidente agravatorio todo el que piense que la medida del delito la da y suministra el elemento moral, sirviendo el material únicamente para probar la existencia de aquél, como queda demostrado en varias partes, y principalmente en las págs. 201 y siguientes de este tomo en donde se comparan las doctrinas de la escuela ecléptica y espiritualista en el aprecio de los elementos que constituyen la culpabilidad.

Sin que pretendamos estudiar con todo el posible detenimiento las causas que motivan las fre-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

cuentes reincidencias, por no salirnos del carácter elemental de esta obra, es indispensable decir que, entre otras, figura la malísima organización ó, mejor dicho, falta de organización de nuestros establecimientos penales. Para los que opinamos que la pena debe tener como fin la corrección del culpable, claro está que forma parte integrante del Derecho penal la cuestión penitenciaria, pues la manera como la pena haya de cumplirse, tiene que influir necesariamente en que aquél modifique su conducta ulterior, por efecto de una reacción en su espíritu, reacción en sentido contrario á las causas originarias del delito.

Si examinando los datos estadísticos relativos á la *reincidencia* pudiéramos de ellos deducir que, en una época dada, acusaban sus cifras un aumento progresivo, sería ésta una prueba concluyente de la ineficacia de la pena. Si el delito significa una perturbación del orden del derecho, la pena tiene como fin enmendar esa perturbación, y las crecientes reincidencias demostrarían de una manera patente que no cumplía dicho fin, lo cual no podría atribuirse á otra causa que á la manera viciosa de ser la pena, en toda la organización que presupone su cumplimiento. Es la *reincidencia* el barómetro que sirve para estimar el grado de perfección del sistema penitenciario puesto en práctica, cuyo imperfecto y vicioso estado acusa, reclamando su inmediata reforma. Es la estadística, por tanto, en este punto un dato de grandísima valía; pero debe ser formada con

inteligencia y escrupulosidad suma, si sus cifras han de tomarse como base firme de toda reforma ulterior.

Si formar una buena estadística es asunto dificilísimo de suyo tratándose de cualquier fenómeno social concreto, esta dificultad sube de punto cuando el objeto de que se trata son los acontecimientos de orden criminal, dificultades que no desconocen los partidarios de las doctrinas *positivistas* como puede comprenderse leyendo con detención sus obras y trabajos (1).

No puede deducirse ninguna ley social de la contemplación absoluta de los números, porque hay una multitud de circunstancias que es necesario tener en cuenta al propio tiempo para combinarlas con los referidos números, y poder deducir de la combinación dicha, si comparando, v. g., dos períodos distintos hay en efecto verdadero aumento *real* de criminalidad, en contra de lo que á primera vista parecen indicar las cifras. Por esto es corriente distinción, lo mismo para Ferri que para Queletet, la de criminalidad *real*, *aparente* y *legal*.

Que el número de delitos denunciados y juzgados no tiene decisiva influencia para deducir una ley social, ni aun comparando ese número —como es rudimentario que se compare— con la totalidad de la población, es fácil de comprender, considerando, en primer término, que siendo varia y múltiple la legislación criminal de los diferentes pueblos, resul-

(1) Véase la obra citada de Ferri, cap. 3.º

ta de aquí que en unos estará más aquilatada que en otros la noción de la delincuencia, y clasificadas con mayor escrupulosidad las diferentes especies de delito. Además: en los distintos países—y aun en el mismo, pero en diversas épocas—puede la mejor ó peor organización de los Tribunales de justicia y de la policía judicial facilitar ó dificultar el descubrimiento y sentencia definitiva de mayor ó menor número de delitos, de lo cual resulta con evidencia, que no todos los que se cometen se averiguan, por lo cual es también un dato digno de ser tenido en cuenta la diferencia entre los crímines denunciados y los descubiertos.

Por último: también es necesario no prescindir. al formar y formular juicios y conclusiones sobre esta materia tan compleja, del estado general del pueblo y de las circunstancias históricas especiales porque atraviesa en un momento dado, pues sabido es que multitud de causas momentáneas y pasajeras pueden influir en el aumento de ciertos crímenes, v. g., la guerra, la miseria, ciertas leyes económicas absurdas, etc. etc.

Hemos considerado hasta aquí la *reincidencia* en general como un accidente agravatorio de la culpabilidad, limitando su consideración al caso en que el individuo, no obstante la enmienda que en él debía operar una primera condena, vuelva á caer en análogas faltas; pero no puede prescindirse de examinar el caso, frecuente por desgracia, de que haya sujetos en quienes la pena no ejerce influencia alguna respecto á

su corrección, pues tan pronto terminan una primera ó segunda condena vuelven á delinquir, demostrando de una manera palmaria con su conducta que la delincuencia forma y formará su manera de ser habitual, constituyendo, por decirlo así, su ocupación exclusiva. Para estos sujetos la pena señalada al delito, aun cuando se imponga en su mayor extensión, no es rémora ni obstáculo alguno, y por tanto es forzoso penarles de una manera excepcional, porque excepcional es también su culpabilidad.

Estos casos de culpabilidad excepcional serían, según creemos, mucho menos frecuentes, si en los establecimientos penitenciarios se cumpliesen las penas con todas las condiciones que su naturaleza y fin reclaman; pero de todas suertes esas excepciones existen, y demandan prescripciones especiales, porque así como cuando la enfermedad resiste y se muestra rebelde á las mayores dósis del medicamento que para ella está indicado, se hace preciso variar el tratamiento, de igual suerte cuando la pena que parece propia para un delito no surte ningún efecto, ni aun impuesta en su mayor extensión, es necesario también prescindir de ella, y acudir á otros procedimientos.

En nuestra Ley penal tenemos ejemplos de esto, por cuanto lo mismo en el robo que en el hurto, v. g., cuando el culpable fuere dos ó más veces reincidente, no se satisfizo el Legislador con que se imponga al culpable la pena en el grado

máximo, sino que dijo terminantemente que para estos casos debía acudirse á la pena inmediatamente superior (1).

Pero no tan sólo hay que fijarse en los casos de *verdadera reincidencia*, en la acepción estricta de la palabra, para adoptar disposiciones excepcionales; hay que tener en cuenta también que hay culpables que delinquen constantemente, quebrantando todo género de preceptos, culpables que son un verdadero peligro social.

Suelen algunos llamar *reincidentes* á todos los que delinquen de nuevo después de haber sufrido condenas por anteriores delitos, sean estos de cualquier naturaleza, y contra ellos, según opinión aceptada, lo mismo por los positivistas que por muchos clásicos, es indispensable adoptar medidas extremas, sometiéndolos á una penalidad excepcional. Ocupándose de este asunto dice un célebre criminalista. «Todos estarán de acuerdo sobre un punto: la necesidad de una larga privación de la libertad, lo absurdo de las penas de corta duración, y el error de aquellos que esperan moralizar tales culpables con sólo haber habitado pasajeramente en una celda» (2).

Por esto en Francia se publicó la ley de 27 de Mayo de 1885 sobre los recidivistas ó reincidentes, tomada la palabra en su acepción más lata. En virtud de esa ley se deporta perpetuamente á los cul-

(1) Artículos 527 y 533.

(2) Adolphe Prius.—*Criminalité et represion.*

pables que durante un período de tiempo determinado incurren en un cierto número de condenas que también se determina.

Análogas disposiciones podrían adoptarse entre nosotros, con las modificaciones que aconsejase la experiencia y el estudio de nuestras condiciones de todo género.

LECCIÓN 37.

Circunstancias agravantes del Código vigente que se refieren á la acumulación de delitos.—Reiteración —Juicio crítico de la doctrina legal en la materia.

Habiendo estudiado en la lección anterior el problema de la acumulación de delitos desde el punto de vista general ó de los principios, debemos ahora ocuparnos en el examen de las disposiciones legales acerca de esta materia. Dos circunstancias agravantes le dedica el Código, que son las 17 y 18 en orden correlativo, encontrando también en el cap. 2.° del título 5.° alguna disposición referente á dicha materia.

La fórmula de las referidas circunstancias es como sigue:

Número 17. *Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito á que la Ley señale igual ó mayor pena, ó por dos ó más delitos á que aquella señale pena menor.*

Número 18. *Ser reincidente.—Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuvie-*

re ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código.

Llamaremos á la situación que revela la primera de estas dos circunstancias *reiteración*, únicamente para distinguirla de la segunda llamada *reincidencia* por la Ley, por más que conocemos que estas denominaciones que adoptamos no serán las más propias en todos los casos.

Como dejamos indicado, nuestra Ley presenta diseminados sus preceptos en materia de acumulación de delitos, así es que volveremos á encontrarnos frente á este problema, en el capítulo 2.° del tít. 5.°, bajo el siguiente epígrafe: disposiciones relativas á las penas en que incurren los que, después de haber sido condenados por sentencia firme no cumplida, ó durante el tiempo de su condena, delinquen de nuevo, disposiciones, como se ve, relativas á la cuestión que nos ocupa.

Vengamos ahora ya al examen de las circunstancias de la *reiteración* y la *reincidencia*, cuyo texto legal hemos copiado.

La primera dificultad á que da margen la lectura de la circunstancia agravante número 17, se refiere á la averiguación de si las palabras siguientes, *haber sido castigado el culpable anteriormente*, se refieren, según el pensamiento del Legislador, al caso en que haya recaído sobre el delito de que se trate tan sólo sentencia firme, ó bien si será preciso además, para realizar ese pensamiento, que el delincuente hubiese cumplido la condena. En una palabra, ¿debe supo-

nerse *castigado* el culpable por el mero hecho de estar definitivamente sentenciado, ó, por el contrario, no puede considerarse *castigado* en tanto no ha cumplido la condena?

Estamos en discordancia con respetables comentaristas del Código de 1870 al tratar de resolver esta cuestión. El Sr. Laserna (1), después de manifestar que no puede decir de una manera fija cuál es la jurisprudencia de los Tribunales, á causa de llevar, en los momentos en que escribía, poco tiempo de existencia el recurso de casación en lo criminal, se inclina á considerar como más probable la opinión de que es suficiente, para que nazca la agravación en el caso que nos ocupa, el que haya recaído sentencia firme por efecto de delitos anteriores, aun cuando no se haya cumplido, ni empezado á cumplir la pena á los mismos señalada. Fúndase, para sostener esta opinión, en que el fin de la Ley es recargar el castigo del que ya ha cometido otro ú otros delitos; en que el cumplimiento de la pena es accidental para el efecto; en que la sentencia es firme y completa, y que su inejecución no debe servir de excusa ó de pretexto para que no se castigue el segundo ó ulterior delito, del mismo modo que si la pena se hubiere cumplido. Añade, por último, que le hace confirmar más en esta opinión el que en la reforma de 1870, al tratar de la *reincidencia*, se ha añadido un párrafo

(1) Elementos de Derecho civil y penal, tom. 3.º, décima edición, 1872, páginas 67 y 68.

en que se decide la cuestión en los mismos términos que deja expuestos.

No es posible, á nuestro juicio, aceptar la opinión del Sr. Laserna. Si el fin de la Ley fuera en este punto castigar con recargo, ó recargar el castigo, de quien hubiese cometido otro ú otros delitos, una vez satisfecho ese fin por medio de la circunstancia agravante que estamos examinando, no volvería la Ley á ocuparse de esta materia, y sucede precisamente lo contrario.

En efecto, al tratar en el cap. 2.° del tít. 5.°, de las penas en que incurren los que después de haber sido condenados por sentencia firme no cumplida, ó durante el tiempo de la condena, delinquen de nuevo, encontramos disposiciones que expresamente se refieren á esa situación, sin género alguno de duda. No la origina el art. 131 á que aludimos al preceptuar que se impondrá en su *grado máximo* la pena señalada por la Ley á un delito ó falta á los que les cometieren, después de haber sido condenados por la comisión de otro delito ó falta, en virtud de sentencia firme no empezada á cumplir, ó durante el tiempo de la condena. Este claro precepto hace nacer en su virtud la agravación, la que no puede derivarse de la circunstancia 17, interpretada latamente como lo hace el Sr. Laserna, olvidando, por un momento, que, en asuntos criminales, la interpretación desfavorable debe restringirse.

Por otras razones además, creemos que no procede la interpretación dicha. En tanto el individuo no

sufre la pena impuesta, no puede con propiedad decirse que ha sido *castigado anteriormente*. La frase *haber sido castigado anteriormente* significa, no tan sólo que ha recaído sentencia firme, sino que esa sentencia firme fué cumplida. Si la Ley hubiera querido decir, lo que á nuestro juicio no dice, hubiera empleado esta fórmula: haber sido *sentenciado*, y no la de haber sido *castigado*.

La última observación del Sr. Laserna tampoco nos convence, y lejos de eso demuestra, según nuestro humilde sentir, lo contrario de lo que pretende dicho notable jurisconsulto.

En efecto: al tratar de la circunstancia número 18, cuya circunstancia se ocupa de la reincidencia, da la Ley á entender que existe, aun cuando la pena señalada al anterior delito no se hubiese cumplido; y si este precepto debiera regir para la circunstancia número 17, ó sea respecto á la llamada reiteración, la Ley así lo hubiera también manifestado. Lejos de esto, la Ley concede facultades discrecionales á los Tribunales de justicia, y una latitud en el aprecio de esta circunstancia, que da á entender claramente que concibe la posibilidad de que, en muchos casos, no puede ser considerada como accidente agravatorio. Dice así el Código en un párrafo que no tiene concordancia en el de 1850: *Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito.*

De este párrafo añadido en 1870 se deduce, que

no procede en todos casos la declaración de la circunstancia agravante de que nos estamos ocupando, sino que los Tribunales, para hacer dicha declaración, tendrán que atender á más requisitos que á la sola recaída en un nuevo delito por quien hubiese sido *castigado* anteriormente por otras recaídas, por cuanto deberá además tenerse en cuenta, no tan sólo las circunstancias del delincuente, sino también la naturaleza del delito y los efectos del mismo. Aplaudimos esa latitud concedida á los juzgadores, que no puede confundirse con la arbitrariedad, por cuanto el Legislador señala bases y límites, para que, dentro de éstos y con arreglo á aquellas, los Tribunales cumplan su misión.

De las ideas que comprende el párrafo que examinamos nos parece la más importante la que se refiere á la *naturaleza del delito*, porque habiendo dicho en otras ocasiones lo que esta frase significa en boca del Legislador, creemos que da la principal base para juzgar en qué casos (si alguno existe) podrá nacer la agravación. Así, siempre que entre el delito cometido y aquel por cuya comisión estuviese *castigado* anteriormente el culpable hubiese alguna analogía; ó lo que es lo mismo, siempre que en la naturaleza de esos diversos hechos culpables hubiese algunos rasgos parecidos, ó de índole análoga, podrá nacer la agravación dicha. Pero debe entenderse, por supuesto, que esa analogía no ha de haber sido reconocida por el Legislador en la distribución de su obra en la parte *dispositiva prácti-*

ca, es decir, que los delitos de que se trata no han de figurar en el mismo título, porque para este caso ya tiene aplicación expresa y manifiesta el contexto de la circunstancia relativa á la *reincidencia*.

El distinguido comentarista Sr. Groizard (1) entiende también la circunstancia que nos ocupa en el mismo sentido que el Sr. Gómez de la Serna, lo cual da margen á una cuestión que con este motivo se propone, cuestión que desaparece desde el momento en que la Ley se interprete en el sentido que dejamos manifestado.

Se pregunta el citado comentarista, si para dar vida á esta circunstancia agravante, bastará que recaiga sentencia firme sobre el delito anterior, antes de pronunciarse fallo definitivo con relación al delito actual, ó si, por el contrario, será preciso que la sentencia firme del anterior, ó anteriores delitos, hubiese recaído ya al tiempo de la comisión del nuevo delito. Opina que no estando castigado al tiempo en que cometió el segundo delito *no lo estaba anteriormente;* pero añade que ha podido y debido decirse esto más claramente en la Ley; siendo tanto más necesario el hacerlo, cuanto que para la *reincidencia* no se atiende al tiempo de la comisión del delito, como los principios aconsejan, sino al tiempo de la sentencia, por cuyas razones manifiesta que la Ley estaría más justa y claramente redactada en esta forma: haber sido castigado el

(1) Obra citada, tomo 1.°, pág. 445.

culpable con anterioridad á la comisión del delito por otro delito á que la Ley señale igual ó mayor penalidad.

Dado el supuesto de que parte el Sr. Groizard, no dudamos que sería menos expuesta á dificultades la fórmula que propone; pero repetimos que no nacen esas dudas, á nuestro juicio, interpretando la Ley en el sentido que dejamos dicho; es decir, no considerando *castigado* el culpable por el mero hecho de haber recaído sentencia firme sino juzgando necesario, además, que haya cumplido su condena.

La circunstancia agravante que estamos analizando sufrió en el Código vigente modificaciones de trascendencia, comparando su redacción con la del Código anterior, el que la redactaba en esta forma: *haber sido castigado el culpable anteriormente por delito á que la Ley señale igual ó mayor pena*, habiéndose agregado á este precepto, *ó por dos ó más delitos á que aquella* (es decir, la Ley) *señale pena menor*.

Habiendo juzgado que la reiteración, en general, no reune, á nuestro modo de ver, las condiciones necesarias para convertirse en accidente agravatorio, y no siendo justo, por tanto, ningún precepto formulado en opuesto sentido, claro está que mayor injusticia ha de envolver la Ley cuanto mayor sea la latitud de sus prescripciones. Por consiguiente, nos parece peor todavía el Código de 1870 que su anterior; pero es fuerza reconocer, no obstante, que dada la base de considerar la reiteración como accidente agravatorio, hay lógica en el referido Có-

digo, llevando el pensamiento hasta sus últimas consecuencias.

Pero no se olvide que, sea el que quiera el juicio que la Ley nos merezca, no es posible prescindir de aplicarla en todos sus pormenores, que podrán parecer injustos, pero no de modo alguno sin la necesaria claridad, por cuanto su lectura no origina la menor duda.

LECCIÓN 38.

Continuación de la anterior.—De la reincidencia según el Código.—Juicio crítico de la doctrina legal.

Ocupémonos ahora de la circunstancia núm. 18, ó sea de la reincidencia, la que también sufrió modificación al redactarse el Código vigente. Examinaremos las dificultades que originaba y las dudas que suscitaba la Ley en 1850, para que sirva esto de precedente al estudio de la referida circunstancia tal como hoy aparece formulada.

Decía sencillamente nuestro Código anterior: *Ser reincidente de delito de la misma especie.* Tratando de interpretar este precepto se suscitaban algunas dificultades entre los comentaristas.

Se preguntaban con este motivo si, para declarar la *reincidencia*, sería necesario que al cometer un individuo un delito de la *misma* especie de otro, que con anterioridad hubiere ejecutado, hubiese sido juzgado ya por ese anterior delito; ó si, para declarar

la agravante, bastaría, por el contrario, la comisión anterior de otro análogo delito, aun cuando acerca de él no hubiesen fallado ni aun incoado procedimiento los Tribunales.

La primera de las dos suposiciones dichas parecía desde luego la más racional; pero la Ley podía interpretarse en cualquiera de los dos referidos sentidos, notándose desde luego en ella un vacío, que daba lugar á las manifestadas dudas.

Otra dificultad á que daba margen la redacción del Código anterior, dimanaba del sentido y extensión en que se había de tomar la frase, *delitos de la misma especie*, pues al paso que unos juzgaban que tales delitos eran los comprendidos por la Ley en el mismo título, había quien opinaba que solamente podían considerarse delitos de la misma especie aquellos de que se ocupaba el Legislador en un mismo capítulo, y otros circunscribíanlo más todavía.

Las dudas que acabamos de indicar originaba la antigua redacción, han desaparecido con la fórmula vigente; pero en cambio no han desaparecido, de igual suerte, las injusticias del precepto legal.

Después de manifestar nuestro Código que se tendrá como circunstancia agravante el *ser reincidente*, añade que, *hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código.*

No conceptuamos justas las consecuencias que se desprenden de la lectura de la definición de la rein-

cidencia, por dos razones: La 1.ª porque se hace depender la declaración de una circunstancia agravante de accidentes que no se relacionan directamente con el delito cometido, ni se refieren á la mayor ó menor perversidad del agente en los momentos de aquella comisión; y la 2.ª, porque se da una extensión excesiva á la agravante que estamos examinando, que desnaturaliza la idea fundamental en que debe apoyarse el aumento de culpabilidad en el caso que nos ocupa.

Para demostrar que se hace depender la agravación de acontecimientos que no se relacionan con la mayor ó menor perversidad del delincuente en los momentos de cometer su delito, no tenemos más que fijarnos en los casos en que procede declarar la *reincidencia*, conforme al pensamiento de la Ley. Exige ésta que, para dar vida á la circunstancia que nos ocupa, sea condición necesaria, que, al juzgar el hecho de que se trata, haya recaido sentencia firme sobre otro delito cometido por el mismo sujeto. Ahora bien: pudiera perfectamente suceder que un delito cometido con posterioridad hiciera nacer la agravación por *reincidencia* con relación á otro cometido anteriormente, y la explicación es por demás sencilla. Supongamos dos delitos cometidos por un mismo sujeto, y supongamos también que de esos dos delitos, aquél sobre el que recae en primer lugar sentencia ejecutoria, es el que últimamente ha ejecutado el culpable: ¿Quién duda que, en este muy posible caso, un hecho posterior sirve para declarar *judicialmente* la reincidencia?

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Este caso puede acontecer muy fácilmente, y no es aventurado, ni mucho menos, afirmar que en la práctica ocurrirá con frecuencia, dando margen á un rigor en la pena excesivo á todas luces. Se concibe que un sujeto cometa un homicidio ó un asesinato, y posteriormente un delito de lesiones, aunque sean menos graves, respecto á cuyo último delito se dicte sentencia firme con rapidez suma, porque aparece probado claramente desde el principio de los procedimientos. En este caso, como al *ser juzgado el culpable* por el delito de homicidio ó asesinato, estaba *ejecutoriamente condenado* por el de lesiones, no obstante haberlo cometido con posterioridad, tendríamos que declarar desde luego la agravación por *reincidencia*, y el resultado de tal declaración nos llevaría naturalmente á imponer la pena señalada al homicidio ó asesinato en su grado máximo.

Castigando la Ley estos dos delitos (1), con la pena de reclusión temporal el primero, y con la de cadena temporal en su grado máximo á muerte el segundo, tendríamos que aplicar en los respectivos casos, y en virtud de las prescripciones legales (2), ya la reclusión temporal en su mayor grado, ya, lo que es más doloroso, la pena de muerte, sobre todo no habiendo en el hecho alguna circunstancia atenuante, para compensar y destruir el efecto de la agravante por *reincidencia*.

---

(1) Artículos 418 y 419.
(2) Artículo 82, regla 3.ª

Para demostrar, además de lo que dejamos dicho, que se da una extensión excesiva por la Ley vigente á la circunstancia que nos ocupa, pocas consideraciones se requieren. Si la reincidencia ha de argüir agravación, ha de ser por la mayor perversidad que supone la repetida comisión de delitos de naturaleza parecida por el mismo sujeto; pero cuando entre los diversos delitos cometidos no hay analogía, sino que los unos indican perversión distinta de ideas y sentimientos que los otros, no encontramos entre ellos la relación que indica los fundamentos en que la Ley debiera apoyarse. Esa relación no existe, por el mero hecho de comprenderse diferentes delitos en el mismo título del Código, pues en el mismo título aparece, por ejemplo, castigado el hecho de injuriar al Rey, y el de escarnecer ceremonias de cualquiera religión que tenga prosélitos en España; figurando de igual manera en el mismo título la suposición de un parto, y la celebración de un matrimonio por un menor sin el consentimiento de sus padres, ó de las personas que para el efecto hagan sus veces.

Para completar lo que en esta lección debemos decir relativamente á la acumulación de delitos, es necesario que nos hagamos cargo del pensamiento que envuelven las disposiciones de la Ley, en lo que se refiere á las penas en que incurren los que después de haber sido condenados por sentencia firme no cumplida, ó durante el tiempo de su condena, delinquen de nuevo. No hace muchas pá-

ginas hemos aludido al precepto del artículo 131, que dice se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la Ley al nuevo delito ó falta, según prescribe la regla 1.ª del mencionado artículo.

Al estudiar en la lección anterior las diversas situaciones que podrían presentarse en la acumulación de delitos, dejamos manifestado: que si han de existir razones para considerar más grave la culpabilidad de quien ejecuta una acción criminal por efecto de otras anteriores, ha de ser únicamente en el caso en que con relación á éstas estuviere el culpable, por lo menos, cumpliendo la condena. Así, pues, no hay razón para considerar agravada la conducta del que comete un nuevo delito, no habiendo comenzado á cumplir la condena del anterior. Pero la disposición legal que estamos examinando, contiene un pensamiento mucho más riguroso que el de las circunstancias agravantes que se han estudiado anteriormente en esta lección, puesto que taxativamente se dispone aquí, que para el nuevo delito ó falta que se cometa —sea de la naturaleza que quiera— se debe imponer la pena siempre en el grado máximo.

No puede dudarse, por tanto, en ese mayor rigor que decimos, puesto que al apreciar la Ley como circunstancias agravantes las de *reiteración y reincidencia* las considera como surtiendo el efecto general de toda agravación, es decir, que si bien ellas hacen que se considere más grave la conducta del delincuente, pueden sus efectos contra-

rrestarse con la concurrencia de motivos de disculpa, viniendo á producir esto la natural consecuencia en la aplicación de penas, pues, por efecto de la compensación que la misma Ley ordena, podrá imponerse el castigo en el grado medio, ó todavia haber lugar á un mayor descenso, según los casos. Mas la disposición legal del artículo 131 referido es terminante, y en virtud de ella no hay otro recurso que imponer la pena en el grado máximo, aun cuando aparezca el hecho rodeado de circunstancias atenuantes.

A estas inconsecuencias conduce la poca fijeza en los principios, y el diseminar en el Código doctrinas que deberían presentarse reunidas.

Otras dos reglas contiene dicho artículo 131, cuyo texto copiaremos íntegro, y su lectura demostrará palmariamente que el pensamiento que envuelven en otros lugares de la Ley tendría oportuna colocación, ó bien en ninguno por ser innecesarios ó injustos.

«Regla 2.ª Los Tribunales observarán, en cuanto sea aplicable á este caso (1), las disposiciones comprendidas en el artículo 88 y regla 1.ª del artículo 89 de este Código.

»Regla 3.ª El penado comprendido en este artículo será indultado á los setenta años si hubiere ya cumplido la condena primitiva, ó cuando llegare

(1) El caso á que se refiere es la regla 1.ª que dice: se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la Ley al nuevo delito ó falta.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

á cumplirla después de la edad sobredicha, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias no fuere digno de la gracia.»

Queda dicho que las disposiciones de estas dos reglas son inútiles ó injustas. El primero de estos calificativos le merece la segunda regla copiada, y la tercera puede, á nuestro juicio, considerarase como injusta.

Como la Ley se ocupa en otro lugar —artículos 88 y 89— de la acumulación de penas, estableciendo la regla general (sujeta á limitaciones) de que al culpable de dos ó más delitos ó faltas se le impondrán las penas correspondientes á las diversas infracciones, claro está que el precepto de que tratamos era excusado si había de corroborar únicamente lo que en aquel lugar se dice.

Respecto á la injusticia de la regla 3.ª poco hay que decir para demostrarla. Se ordena en dicha regla que al que hubiere cometido algún delito ó falta despues de haber sido condenado por sentencia firme no empezada á cumplir ó durante el tiempo de la condena, se le indulte á los setenta años, dado caso que hubiese cumplido su primitiva condena, haciendo con esto de mejor condición al que comete un nuevo delito que al que no hubiera delinquido.

No insistimos en este asunto porque de él tendremos que tratar al ocuparnos de la duración de penas, siendo allí el lugar propio de esta materia.

Resulta, pues, del brevísimo examen que hemos hecho de las tres reglas que contiene el único ar-

tículo del capítulo 2.° del título 5.°, lo siguiente: la primera de dichas reglas no es otra cosa que una nueva faz de las circunstancias agravantes que se han estudiado en esta lección; la segunda corrobora disposiciones consignadas al tratar de la acumulación de penas, y la tercera envuelve alguna limitación respecto á lo que pueden durar los castigos.

En vista de todo esto aparece demostrado lo innecesario de este capítulo, corroborando lo dicho cuanto sumariamente indicábamos en la página 58, lección 6.ª, hablando del método que debería seguir racionalmente el Código en el desenvolvimiento de sus doctrinas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPITULO ADICIONAL.

LECCIÓN 39.

División práctica, según nuestro Código, de las acciones punibles.

Con el estudio que hemos hecho hasta el presente parece completa la primera parte de nuestro trabajo, ó sea la que se refiere á la *culpabilidad*, ya considerada en general, ya también en todo lo relativo á las variantes ó modificaciones que puede sufrir dicha general idea.

Pero antes de ocuparnos de la penalidad, debemos decir algo de la división de las acciones punibles, y de ciertos hechos de delincuencia que no están incluídos en la Ley general, sino que se rigen por leyes especiales, investigando la razón de estas excepciones.

El artículo 1.° de nuestro Código penal manifiesta, según sabemos, que todas las acciones ú omisiones que caen dentro de su jurisdicción pueden ser ó delitos ó faltas, presentándonos la primera división de las acciones punibles, la que se completa con las prescripciones del artículo 6.°, que subdivide los delitos en graves y menos graves. Las

condiciones genéricas de todos estos grupos son, como no podían menos de ser, idénticas; pues, con relación á cualesquiera de esos grupos, para que haya culpabilidad, ha de existir una *acción ó una omision voluntaria penada por la Ley*. Pero si las condiciones genéricas son las mismas, han de variar, en lo referente á esos grupos, las condiciones específicas, en consideración á su mayor ó menor gravedad é importancia.

El Legislador distingue unas infracciones de otras en consideración á las penas á ellas señaladas, guardando consonancia la clasificación de los delitos (tomando esta palabra en su acepción genérica) con los diferentes grupos de penas formados por el mismo Legislador. Si la totalidad de las penas se distribuye en tres grupos, que son: el de las aflictivas, el de las correccionales y el de las leves, distribúyese igualmente la totalidad de los hechos de delincuencia en otros tres grupos; los delitos graves, los menos graves y las faltas, definiéndose estos grupos por aquellos.

No parece muy racional ni científico definir los delitos por las penas para ellos asignadas; pero se disculpa este procedimiento teniendo en cuenta que se propuso la Ley en este punto satisfacer únicamente un fin práctico, lo mismo en el año 1870 que en el de 1850, en cuyas dos épocas aparece el mismo pensamiento inspirando la clasificación que nos ocupa, si bien la redacción vigente evita dudas y es más completa que la anterior.

Código de 1870.—*Art.* 6.° *Se reputan delitos*

graves los que la Ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean aflictivas.

Se reputan delitos menos graves los que la Ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales.

Son faltas las infracciones á que la Ley señala penas leves.

Código de 1850.—*Artículo* 6.° *Se reputan delitos graves los que la Ley castiga con penas aflictivas.*

Se reputan delitos menos graves los que la Ley reprime con penas correccionales.

Son faltas las infracciones á que la Ley señala penas leves.

Comentando este artículo el Sr. Groizard dice, entre otras cosas, lo siguiente, que nos permitimos copiar textualmente:

«Para dar á entender que, á no un interés científico, sino á uno meramente práctico, obedece la clasificación adoptada, los redactores del artículo han tenido un plausible cuidado en las palabras de que se han servido. No han dicho, con el lenguaje imperativo del Legislador ni con el tono preceptivo del maestro, *son delitos graves* los que la Ley castiga con penas aflictivas; son *delitos menos graves* los que la Ley reprime con penas correccionales, si no *se reputan*. La afirmación categórica, la afirmación dogmática, la reservaron para las faltas, es decir, para aquellas acciones ú omisiones entre las cuales y los delitos la Ley racional encuentra y establece características diferencias.

»Es también digno de elogio el escrupuloso tecnicismo que se empleó al decir que los delitos graves los *castiga* la Ley con penas aflictivas, los menos graves los reprime con penas correccionales, y á las faltas *señala* penas leves. Los tres objetos de las penas están aquí perfectamente indicados. Para los delitos graves, la expiación, el castigo, el sufrimiento. Para los delitos menos graves, la corrección, la enmienda. Para las faltas, la advertencia, el aviso. Todo un sistema de organización judicial, todo un sistema de procedimiento, bullía ya en la mente de los autores del Código primitivo.»

De la misma opinión del Sr. Groizard participa el Sr. Pacheco, al encontrar en las palabras de la Ley marcados los distintos fines que se proponen en primer término las diversas categorías de penas, aplaudiendo entrambos escritores el pensamiento del Legislador en este punto.

En su lugar oportuno tendremos que ocuparnos en el estudio de la naturaleza de la pena, y allí veremos que, no obstante su mayor ó menor gravedad, no puede asignarse más que un fin á los diversos castigos que el Código debe establecer, cuyo fin, en todos casos, deberá ser la corrección ó enmienda del culpable, á la que se debe aspirar siempre, por más que el castigo guarde proporción en su cuantía con la mayor ó menor magnitud del delito.

Los citados comentaristas opinan también que la división de las acciones punibles en delitos graves, menos graves y faltas obedece á la aspiración de

que distintos Tribunales conozcan de estas diversas clases de infracciones, congratulándose el Sr. Groizard del paso que en este sentido había dado la Ley orgánica del poder Judicial de 15 de Setiembre de 1870. Pero en este punto lo vigente en la actualidad es la Ley —adicional á dicha orgánica— de 14 de Octubre de 1882, la que dispone que conocerán en única instancia y en juicio oral y público de los delitos que se cometan los noventa y cinco Tribunales colegiados que manda establecer.

Para terminar el examen de las palabras con que el Código expresa su pensamiento respecto á la clasificación de las acciones punibles, copiaremos lo que continúa diciendo el Sr. Groizard, ya que atrás le citábamos también con este motivo.

«Hay, por último, en el texto una adición que no debe pasar desapercibida. Antes decía: «se reputan delitos graves los que la Ley castiga *con penas aflictivas*,» «se reputan delitos menos graves los que la Ley reprime *con penas correccionales*.» Ahora se especifica más: se dice respectivamente con penas que *cualesquiera de sus grados* sean aflictivas ó correccionales. La experiencia ha aconsejado esta precaución. Cuando la Ley señalaba una pena compuesta de diversos grados pertenecientes unos á penas correccionales y otros á penas aflictivas, el delito así castigado, ¿debía ser reputado como grave ó como menos grave? El hurto doméstico, por ejemplo, que, cuando el valor de la cosa hurtada no excedía de cinco duros, era castigado, según el antiguo Código,

con la pena de presidio correccional en su grado medio á presidio mayor, en su grado mínimo ¿qué calificación legal debía recibir? ¿Se diría que era un delito grave, ó menos grave? No faltaron Tribunales que abrigaron escrúpulos sobre esto. Unos, invocando la regla de que en la duda era preciso estar á lo más favorable al reo, sostenían que debían esa clase de delitos estimarse como menos graves; otros, apoyándose en que desde el momento que uno de aquellos grados era propio de una penalidad aflictiva, no podía sostenerse que el delito estaba castigado con una pena correccional, llevaban la opinión contraria.

»La Ley ha hecho bien en poner término á estas dudas, y al ponerlo ha adoptado el criterio que ya había concluido por triunfar en la jurisprudencia, que es, al mismo tiempo, el más conforme con los principios, á saber, no considerar como correccional toda pena compuesta, cuando alguno de sus grados corresponde á una pena aflictiva.»

LECCIÓN 40.

Delitos penados por leyes especiales.—Delitos militares: consideraciones generales acerca de la necesidad de no incluir estos delitos en el Código común.

HECHOS PUNIBLES EXCEPTUADOS DE PENALIDAD COMÚN.—Nuestro Código penal no constituye la única fuente de donde se originan penas para toda clase de quebrantamiento de deberes. Forma, sí, la fuente prin-

cipal, que es, sin duda alguna, la regla general; pero á vuelta de esto tenemos que reconocer que existen algunas disposiciones excepcionales, más ó menos justificadas, por las que se rigen ciertas y determinadas infracciones, de las que sucesivamente nos ocuparemos. La existencia de estas excepciones la consignan lo mismo el Código de 1850 que el vigente, si bien el primero detalla más que el segundo. Decía así el artículo 7.° en su anterior redacción: *No están sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometen en contravención á las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales.* El Código vigente formula, también en su artículo 7.°, el pensamiento de una manera más concisa, diciendo: *No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales.*

Delitos militares.—Los primeros delitos que los Códigos de 1848 y 1850 mencionaban como no sujetos á la penalidad común eran los militares, los que continúan sujetos á las leyes especiales, lo mismo conforme á la excepción terminantemente expresa en aquellos Códigos, que dentro de la fórmula general que usa el Código de 1870.

No necesitan, ni gran esfuerzo de razonamiento, ni difíciles consideraciones, para comprender la necesidad de semejante excepción.

La organización de la milicia reclama de una manera necesaria leyes especiales. En vano se pre-

tendería mantener esa organización sin el auxilio de aquellas leyes. Si no se concibe sociedad alguna sin jerarquía; si esa jerarquía ha de traer en pos de sí, como natural y necesaria consecuencia, el derecho de mandar en los superiores, dentro del círculo de sus atribuciones, y el deber de la obediencia por parte de los inferiores; en el Ejército los escalones de esa jerarquía tienen atribuciones más definidas; esos derechos son más eficaces, y los deberes son más enérgicos. El superior que manda no puede admitir observaciones de ningún género, que paralicen, ni por un momento, la ejecución de su mandato: el inferior que obedece debe hacerlo sin titubear, y sin vacilación alguna, aun cuando se le ocurran dudas respecto á los inconvenientes de lo preceptuado.

En la milicia, por otra parte, se elevan á la categoría de delitos graves, no solamente pequeñas faltas, si las consideramos con relación á lo que acontecería fuera de ella, sino que además crea varias categorías de delitos, que no pueden existir en otras esferas. Por esto se consideran como actos de insubordinación hechos que en sociedad acaso pasarían como pequeñas faltas de cortesía, por ejemplo, la falta de un saludo, y nacen delitos propios exclusivamente de la referida milicia, v. g., el abandono de una guardia.

Si en el Ejército no hubiera un Código excepcional, conforme al que deba regirse en todas ocasiones, el Ejército no podría existir. En vano se

pretendería que millares de hombres hiciesen, en un momento dado, completa abdicación de sus voluntades y sentimientos, para someterse ciegamente á la exclusiva voluntad de uno solo, aun cuando esa voluntad aparezca como preceptuando fuera de razón. El General que ordena un movimiento, acaso inspire poca confianza al Ejército que ha de secundarle; y sin embargo no se concibe puedan dejar de ejecutarse, con rapidez vertiginosa, todas las evoluciones dispuestas. La columna de ataque no puede vacilar en emprender el movimiento de avance, y por muy duro que sea al soldado presenciar la caída de su hermano, ni aun puede permitirse el natural consuelo de levantarle, porque la menor pausa podría, en momentos decisivos, comprometer la suerte de las armas. En la vida civil no es halagüeño, pero no deshonra, el calificativo de cobarde, sobre todo si el individuo reúne apreciables circunstancias; pero en campaña, contra el cobarde, en críticos momentos, pueden tomarse precauciones extremas.

Por todas las consideraciones que acabamos de hacer se comprende la imposibilidad de que la milicia pudiera regirse exclusivamente por el Código común de criminalidad.

Al ocuparse de los delitos militares como exceptuados de la Ley común, han tratado con frecuencia los autores de examinar el alcance que debía darse á excepción semejante. En efecto: según manifestó ya el Sr. Pacheco, con decir que no estaban

comprendidos en el Código penal esos delitos, no estaba resuelta la cuestión más que en principio, por cuanto cabía preguntar todavía: ¿cuáles son los delitos militares á que se alude? El mismo notable jurisconsulto dice que pueden formarse varias hipótesis. Puede suponerse que por delitos militares se entienda todos los que cometan dichos militares; puede restringirse más la frase, circunscribiendo su pensamiento á los delitos que sólo los militares pueden cometer; y puede por último adoptarse un término medio, considerando, no solamente como militares estos últimos delitos, sino también aquellos que, pudiendo cometerlos de igual suerte los individuos que forman en las filas de la milicia, como los demás ciudadanos, revisten, no obstante, mayor gravedad siendo cometidos por los primeros. Este último supuesto parece el más aceptable; no pudiendo, de modo alguno, suponerse que todos los delitos que los militares puedan cometer, de cualquier género que sean, han de estar excluídos del Código común, porque no se ha empleado, ni en el Código de 48, ni en el de 50, la fórmula *delitos de los militares*, sino la más circunscrita *delitos militares*.

Dar mayor extensión á esta materia, y ocuparnos detalladamente de las cuestiones de jurisdicción y competencia con motivo de estos delitos, cuestiones que con frecuencia se originan en la práctica, no nos parece oportuno, por no corresponder inmediatamente al fin principal que inspira nuestra obra.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 41.

Códigos penales para el Ejército y la Armada.—Código penal para el Ejército: su necesidad.—Motivos de sus principales disposiciones en la materia de la culpabilidad.

Las primeras leyes especiales de que debemos ocuparnos, y que hoy constituyen dos códigos completos, son las militares.

Habiendo sido autorizado por la Ley de 7 de Julio de 1882, —promulgada el 15— el Gobierno para que con sujección á las bases contenidas en dicha Ley, y oyendo á la Comisión de codificación militar, redactase y publicase los Códigos penales para el Ejército y la Armada, se publicaron respectivamente por Reales decretos de 17 de Noviembre de 1884 y 24 de Agosto de 1888.

En virtud del primero de dichos decretos el Código penal para el Ejército rige en la Península, islas adyacentes y presidios de África desde 1.° de Enero de 1885; en Cuba, Puerto-Rico y posesiones de la costa occidental de África desde 1.° de Febrero, y desde 1.° de Julio en el Archipiélago filipino.

Las causas que motivaron esta nueva Ley aparecen terminantemente expuestas en la exposición que precede al mencionado Decreto, que dice, era la necesidad más imperiosa en el Ejército la reforma de sus leyes penales, mal avenidas ya con el carácter de

las instituciones políticas y con los modernos principios de la ciencia, los cuales exigían equidad proporcional entre el delito y la pena para que la represión tenga los caracteres de correctiva y ejemplar (1).

Continúa diciendo la exposición: que esta verdad, hace tiempo reconocida, fué origen de innumerables disposiciones que ha sido vano dictar, porque no constituyendo un cuerpo de doctrina armónico, antes vinieron á ser nuevo obstáculo á las tentativas hechas para uniformar la legislación, sin que alcanzasen á evitarlo el celo de los Gobiernos y la inteligente laboriosidad de dignísimas y caracterizadas personas, acreedoras por más de un título á la pública consideración.

El Código penal para el Ejército ha tomado mucho, en cuanto al plan y método, del Código común, y por esto le encontramos dividido en dos partes: general la una y especial la otra, en que aquél divide también la totalidad de sus doctinas; pero no conteniendo tres libros, y si únicamente dos, acaso con más lógica en este punto. No obstante esa armonía que aparece en el plan, comparando á pri-

(1) Nos ocupamos exclusivamente del Código penal para el Ejército, cuya Exposición de motivos es análoga al del Código penal para la Armada.

Respecto á la época desde la que rige este último, dispone el decreto de su publicación que será, para la Península é islas adyacentes y presidios de Africa desde 1.º de Enero de 89, para Cuba, Puerto Rico y posesiones de la costa Occidental de Africa en 1.º de Abril y en el Archipiélago filipino, en 1.º de Julio del propio año.

USC UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

mera vista ambos Códigos, hay entre ellos profundas y radicales diferencias, que explica de una manera explícita la exposición de motivos, por lo que parece oportuno copiar sus principales párrafos, con lo cual podemos formar clara idea de las razones que sirvieron de fundamento á tan importante Ley.

La definición del delito, piedra angular en que el Código descansa, comprende así los hechos punibles de carácter meramente técnico y peculiares del servicio, como los que siendo en su esencia trasgresiones de la Ley común, exigen trato y castigo más riguroso y conceptúa delitos especiales de la ley militar, por las circunstancias cualificativas que en ellos concurren y por la influencia directa que ejercen sobre la moral y la disciplina de las tropas. No podía olvidarse tampoco, y no se ha olvidado, la triste verdad de que en la milicia por motivos meramente utilitarios, se castigan á veces infracciones extrañas á la voluntad del agente, y que distando mucho de ser punibles bajo el punto de vista moral, lo son, sin embargo, porque la dura condición de la vida militar y la estrechez de los deberes que pesan sobre el Ejército, pueden convertir en delitos hasta el forzado tributo que paga el hombre á las imperiosas necesidades ó á la debilidad de su naturaleza.

El no admitir las circunstancias atenuantes y agravantes impuestas por el Legislador, excepción hecha de la embriaguez en determinado caso, es una de las novedades introducidas. Pero no quiere decir

esto que los Tribunales militares dejen de apreciar las mismas que reconoce el Derecho, sino que dentro de un criterio más libre, más ámplio, puedan aceptar aquellas ú otras de entidad análoga y aplicar la sanción señalada por la Ley en la cuantía que estimen justa y proporcionada, sin sujetarse á grados dentro de una misma pena, como exige el Código común, porque el sistema seguido en éste, ni se adapta á la especial condición de los Tribunales de guerra, que participan no poco del carácter de jurados, ni corresponde á la índole de una gran parte de los delitos militares, en los que no es siempre fácil saber qué circunstancias los hacen más ó menos graves. La misma razón ha habido para dar á las penas una amplitud que permita tener en cuenta las consideraciones indicadas (1).

---

(1) Así como el Código común contiene en el título 1.º del libro 1.º tres capítulos destinados á tratar de las circunstancias llamadas eximentes, de las atenuantes y de las agravantes, el Código militar no contiene más que un capítulo —el 2.º— para toda la materia concordante con la aludida, cuyo capítulo tiene el siguiente epígrafe: *De las circunstancias apreciables para graduar la responsabilidad criminal.* En dicho capítulo se copian una por una, y en el mismo orden, las trece circunstancias eximentes del Código común, añadiendo, en artículo aparte, que, en los delitos esencialmente militares, las tres circunstancias referentes á la defensa podrán ser apreciadas como atenuantes, y sólo como eximentes en casos muy calificados á juicio del Tribunal, y que la circunstancia de obrar impulsado por miedo insuperable no se apreciará en concepto alguno.

Respecto á los accidentes de disculpa ó agravatorios dice el

Cierto que no deja de haber en ello inconvenientes, pues dada una pena extensa y mayor libertad en el Tribunal para elegir la parte que crea proporcionada, puede suceder que hechos de la misma índole resulten castigados de diverso modo; pero habiendo de elegir entre dos males inevitables, la decisión se inclina de suyo al menor, que sólo es contingente, cuando el otro es seguro y efectivo, y consiste en que los jueces no dispongan del ar-

---

artículo 9.º, que los Tribunales podrán apreciar como circunstancias atenuantes ó agravantes las que se consideren tales, é impondrán la pena señalada al delito en la extensión que estimen justa, añadiendo, por último, que no apreciarán como atenuante para los militares la embriaguez, á no ser que el culpable hubiere cometido el delito impulsado por malos tratamientos después de hallarse en aquel estado.

Hay que advertir que considera la Ley delitos esencialmente militares los castigados con penas que también podemos llamar militares, por ejemplo, la reclusión, prisión y arresto militares; de la misma suerte que la pérdida y suspensión de empleo, la separación y recargo en el servicio y el destino á un cuerpo de disciplina, con tal que no vayan unidas estas penas á ciertas y determinadas comunes.

Consecuencia de lo dicho respecto á las circunstancias atenuantes y agravantes, es que en el capítulo de la aplicación de penas no figuran reglas concordantes con las del Código común, excepción hecha de las relativas á la menor edad, que concuerdan exactamente con las disposiciones de la Ley general.

Una disposición muy notable contiene el capítulo aludido por lo que respecta á los delitos esencialmente militares, pues dice que, con respecto á ellos, se castigará el delito frustrado con igual pena que el consumado.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

bitrio indispensable para hallar la proporción entre el delito y la pena, sobre todo si en cuenta se tiene el distinto aspecto que ofrecen los delitos puramente militares.

LECCIÓN 42.

Continuación de la anterior.—Motivos de las principales disposiciones del Código penal militar en la materia de penas y de su aplicación.

El precepto de la Ley de 15 de Julio de 1882, que dispone en su duodécima base que las penas de los delitos que no tengan carácter esencialmente militar se tomarán del Código común, simplificando las escalas con arreglo á los adelantos de la ciencia, se ha cumplido en lo posible, teniendo en cuenta, de una parte, la absoluta necesidad de que las penas militares no especiales guarden relación con las comunes, y de otra el imperioso deber de ceñirse al sistema vigente; el cual, aunque por lo múltiple y complejo de sus castigos esté muy lejos de responder á ningún fin práctico, ni tampoco se armonice con los buenos principios jurídicos, existe al fin y al cabo, y mientras exista hay necesidad de respetarlo, á reserva de introducir las modificaciones oportunas cuando el Código común lo efectúe.

La índole varia de los delitos que abarca el Código; la conveniencia de no confundir los cometidos por militares como miembros de la sociedad con los

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

que cometan como individuos de la estrecha religión de las armas; la necesidad, en fin, de que los castigos sean adecuados á las infracciones, ha obligado á dividir las penas en comunes y militares, destinando estas últimas á corregir los delitos de igual denominación; medida justísima sin duda alguna, porque si bien es verdad que en la milicia se ha de emplear á las veces extremo rigor para corregir actos de reconocida trascendencia y que redundan en daño de la misma institución, no menos cierto es que la sanción penal debe tener un sello característico que corresponda á la distinta naturaleza de la culpa, y que vaya encaminado, no á significar lo que es siempre abominable bajo cualquier aspecto que se le considere, sino á que en todo tiempo se sepa que la transgresión de la Ley militar reconoce un origen diverso del que tienen los delitos del orden común.

Las demás penas también militares denominadas especiales no tienen ningún punto de contacto con las anteriores; pero, como ellas, responden al objeto que la Ley se propone.

Con efecto, la *pérdida de empleo*, destinada para ciertos delitos en que el correctivo no debe buscarse en la privación de libertad, sino en la perpetua de todas las prerrogativas, condecoraciones y distintivos que hubiese ganado durante su carrera quien haciendo después menosprecio de sus más importantes deberes desoye los sentimientos del acrisolado honor á que debe ajustar siempre todos sus actos;

la *separación del servicio*, que sin llegar como la anterior á privar al que la sufre de sus adquiridos derechos, le deja fuera de las filas, destinándole por siempre á situación pasiva; la de *suspension de empleo*, término medio entre el arresto y la separación del servicio y aplicable sólo como las dos anteriores á los Oficiales, y por último, la de *destino á un cuerpo de disciplina*, harto conocida en nuestro Ejército y que no inhabilita al que la ha sufrido para volver á las filas en que sirviera antes, salvos los dos únicos casos que la Ley preceptúa, parecen propias y adecuadas para los delitos en que se las aplica.

Idénticas condiciones reune la especialísima de *recargo en el servicio*, destinada á los individuos de las clases de tropa que cometen el delito de deserción. Esta pena, sin precedentes en las leyes militares de otros países, los tiene muy antiguos en las nuestras. El Gobierno ha procurado conservarla, porque no conoce un castigo más análogo para corregir los primeros pasos en un delito que consiste en repugnar el servicio militar, que aumentar la duración de éste. Cualquier otra medida que se adoptase, la privación de libertad, por ejemplo, favorecería en vez de contrariar los instintos del desertor, pudiendo llegar á ser en tiempo de guerra el medio mejor excogitado para eludir las penalidades del servicio y los peligros de una campaña.

En estas penas especiales, cuyo grupo no forma escala, ni tiene por consiguiente grados á consecuencia de no haber relación perfecta de analogía entre

unas y otras, el mismo orden con que aparecen colocadas regula su gravedad de mayor á menor para el caso en que estando señaladas como únicas haya necesidad de acudir á una menos grave; porque cuando no figuren como penas únicas irán asociadas á otras de las escalas oportunas, y ya se prestan cómodamente á que el juzgador las aplique á los diversos grados de culpabilidad inferiores al delito consumado.

Por lo que respecta á la ejecución de las penas, se ha aceptado el principio del que el noble tributario de un servicio, tan honroso como el de las armas, sólo en casos especialísimos se salpique con sangre de seres extraños á la comunidad militar.

Por este motivo se ha estimado conveniente establecer que la pena de muerte se ejecute en la forma prevenida por la Ley común, siempre que recaiga en personas no militares ó en mujeres, y que cuando se imponga á militares, estos sean pasados por las armas, empleando también igual medio sin distinción alguna, únicamente cuando se carezca de otros y haya necesidad de hacer pronto y ejemplar castigo.

También ha parecido justo que las penas llamadas militares, como se imponen por delitos que difieren bastante de los comunes, no las cumplan los individuos del Ejército en unión de los demás penados, sino en establecimientos especiales donde el recluso, por ley de conveniencia pública más que por perversidad de sentimientos, no corrompa su corazón confundiéndose con los réprobos de la sociedad.

Para responder en este punto al clamor general,

se establece un sistema con el que es de creer queden satisfechas todas las necesidades, manteniendo al propio tiempo todas las conveniencias. Dicho sistema consiste en que los condenados á penas militares que no lleven consigo la salida del Ejército, las cumplan siempre dentro de éste y sólo vayan á establecimientos penitenciarios generales creados expresamente para el objeto, en el caso en que la pena obligue á dejar de un modo definitivo el servicio de las armas.

La sanción penal de los delitos que van clasificados ordenadamente en el libro 2.° del Código afecta por punto general á toda clase de personas, salvo en aquellos casos que por la naturaleza del hecho definido, por la especialidad de la pena ó por consignarlo expresamente la Ley sólo puede referirse á los individuos del Ejército (1).

---

(1) De esto se deduce con toda claridad que en el Código penal militar se hallan incluídos hechos realizados por individuos que no figuran en las filas del Ejército, y que caen por tanto dentro de la especial jurisdicción de los Tribunales militares, cuyas razones de conveniencia se alcanzan fácilmente con sólo citar alguno de esos hechos.

En este caso se halla, v. g., el que en plaza sitiada ó bloqueada, ó en operaciones de campaña, promoviere algún complot, ó sedujere alguna fuerza para obligar al que mande á rendirse, capitular ó retirarse; el que prestando el servicio de guía para las operaciones de la guerra desviare intencionalmente del verdadero camino á las fuerzas del Ejército que de él se valieren; el que propalare en el territorio de las operaciones de la guerra noticias que infundan pánico, desaliento ó

Bien se hubiera querido, sobre todo tratándose de ciertas culpas, dulcificar aún más el rigor de algunas penas que acaso parezcan duras é impropias de un Código moderno; más porque son las leyes espejo de las costumbres, y las penales en particular el medio de contrarrestar los humanos vicios, á medida que la sociedad en sus evoluciones constantes los presenta variados, se ha visto, con no poco pesar suyo, en la imprescindible obligación de acallar aquel deseo, persuadido de que el soldado español, además que le distinguen entre todos los del mundo su sobriedad y templadas costumbres, se señala también por su vehemencia y poco temor al castigo; condiciones que, si bien hacen de él un excelente militar, exigen, en determinados casos, medios fuertes de represión para conseguir que se acomode á la vida regular y disciplinada de la milicia.

Los delitos que afectan á la seguridad del Es-

---

desórden en el Ejército. Los mencionados delitos se encuentran en el capítulo que trata de los llamados de traición.

De igual suerte, bajo el epígrafe de delitos de espionaje, se castiga con la pena de cadena perpetua á muerte al que, no siendo militar, se introdujere subrepticiamente ó con disfraz, sin objeto justificado, en las plazas de guerra ó puestos militares, ó entre las tropas que operen en campaña; lo mismo que á quien condujere comunicaciones, pliegos ó partes del enemigo no siendo obligado á ello, ó caso de serlo, no los entregare á las Autoridades ó Jefes del Ejército nacional al encontrarse en lugar seguro, ó los ocultare para que no le sean ocupados.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tado son una novedad introducida respecto de nuestras Ordenanzas, pues por más que se registran en ellas rudimentos dispersos, no se ha cumplimentado y reunido hasta ahora bajo reglas terminantes y claras todo lo que es propio de la misma materia.

Otra de las variaciones esenciales que el Código registra, es haber hecho del delito común de rebelión una especialidad puramente militar siempre que lo cometen individuos del Ejército.

Tristísimas experiencias, que sin duda no habían previsto los autores de nuestras sabias Ordenanzas, acreditan cuánto importa al reposo público, á la disciplina de las tropas y al honor mismo de la milicia española el estorbar con el rigor saludable y pronto de la justicia, que una parte cualquiera del Ejército venga á echar el peso de su fuerza en las contiendas políticas, ó que militares mal aconsejados caigan en la tentación de quebrantar sus juramentos y de volver contra los Gobiernos constituídos y los poderes nacionales las armas que recibieron para defensa del territorio patrio y del orden social. Este delito, cuya sanción penal ha sido objeto de especialísimo estudio por parte de la Comisión codificadora, aparece ya en la Ley convenientemente definido y castigado.

En materia de deserciones se establece un sistema sencillo y razonable que, sin apartarse de los principios del Derecho, satisface las necesidades del Ejército, no siempre tenidas en cuenta por la legislación ahora vigente.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 43.

De los delitos llamados de imprenta.—Razones que existen para penarlos en Ley especial.

En las diversas reformas que sufrió nuestro Código penal, no se pensó en incluir dentro de su texto los delitos de que vamos á ocuparnos, hasta el año de 1870, creyéndose siempre por el Legislador, hasta la citada época, que para esos delitos debía existir una legislación especial. Proclamada la libertad de imprenta, y partiendo de los principios consignados en la Constitución de 1869, se opinó que para garantir aquella libertad, y desarrollar aquellos principios, era necesario incluir en los preceptos del Código penal disposiciones de todo punto nuevas, y que no tienen, por tanto, concordancias ni precedentes en los Códigos de 1848 y 1850.

Por esto hemos visto nacer disposiciones excepcionales con motivo de varias materias, que dejamos ya examinadas en el desenvolvimiento de la idea de la culpabilidad. Así, al tratar de las personas responsables de los delitos y faltas, ó sea de la mayor ó menor culpabilidad teniendo en cuenta la participación más ó menos íntima en la obra del delito, nos hemos ocupado de dos excepciones notabilísimas: la una referente á considerar como responsables de esta clase de delitos á los autores únicamen-

te, y la otra destinada á sacar de quicio el significado y alcance, que, por regla general, tiene la palabra autor. Así también hemos visto, que los delitos de que nos ocupamos no quedan nunca en un nivel ordinario y común, por decirlo así; sino que se consideran siempre sujetos al influjo de un accidente de agravación ó de disculpa.

En vista de esto hay quien opina que estos delitos se rigen siempre por disposiciones excepcionales, ya formen éstas un cuerpo de doctrina aislado, ya estén incluídas entre las del Código común de criminalidad.

Antes de ocuparnos ligeramente de esta clase de delitos, debemos rectificar, por juzgarla impropia, la locución generalmente empleada al tratar de ellos. Suelen llamarse delitos de imprenta, locución inexacta, á nuestro entender, porque la imprenta ni delinque, ni puede delinquir. La imprenta es tan sólo un instrumento, un medio, á virtud del cual pueden cometerse delitos. Si ese instrumento y si ese medio se manejan sin lastimar y sin herir, sin causar daños, manteniéndose por completo el que los usa dentro del círculo que con sus eternas prescripciones marcan la moral y el derecho, no hay lugar á la comisión de delito alguno: pero si, por el contrario, ese instrumento y ese medio se emplean con el *fin* de producir males, y lesionar intereses particulares ó generales, nace la idea de la delincuencia. De esto se deduce que la culpabilidad y el delito nacen directamente del *fin* que el individuo culpa-

ble se propone, y no, de modo alguno, del instrumento empleado.

Los delitos cometidos por medio de la imprenta pueden ser de muy distinta índole. Por medio de la imprenta pueden lastimarse los derechos de los particulares, ó pueden dirigirse sus ataques contra la organización del Estado, contra la forma de Gobierno, contra los Poderes públicos. Pueden cometerse por aquel medio delitos de orden privado, ó delitos llamados públicos. Hay una marcada diferencia entre injuriar ó calumniar á un particular, por ejemplo, y soliviantar las pasiones populares, incitando los pueblos á la sublevación contra los poderes constituídos.

De los delitos llamados políticos es de lo que principalmente se han ocupado los Gobiernos, y por tanto al dictarse, en diversas épocas de nuestra historia contemporánea, leyes especiales llamadas de imprenta, el pensamiento culminante en esas disposiciones se refería á la prensa política.

Los diversos partidos y fracciones que se disputan con encarnizamiento la dirección de los negocios públicos, si en la oposición apelan á la prensa para hacer cruda guerra, por cuantos medios pueden utilizar, á sus contrarios, una vez alcanzada la meta de sus aspiraciones, no toleran que por medio de la prensa se les trate con reciprocidad. Suelen en la oposición clamar los hombres políticos en contra de toda represión para la prensa; para variar completamente de criterio desde el momento en que se

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

hallan constituídos en Gobierno. Por esto al lado de los principios constitucionales que han consagrado en todas épocas la libertad de emisión del pensamiento, de una manera más ó menos completa, han nacido leyes especiales, en virtud de las que aquella libertad quedaba muy restringida.

LECCIÓN 44.

Ligero examen de las leyes posteriores al Código penal en materia de imprenta.

El Código penal de 1870, según hemos dicho, pretendió, por vez primera en nuestra patria, abolir las disposiciones especiales en lo referente á los delitos de que tratamos; pero sus disposiciones fueron modificadas por la Ley de imprenta de 7 de Enero del año 1879, derogada á su vez por la de 26 de Julio de 1883.

Vamos á reproducir lo que en otro trabajo decíamos con motivo de la primera de las dos leyes referidas, para examinar á continuación, y de una manera comparativa, algunos preceptos de la segunda. De este ligero examen resultará corroborada la idea de que cada Ministerio que se sucede por efecto de nuestras frecuentes mudanzas políticas, suele tener diverso criterio en materias de imprenta.

Según la Ley de imprenta de 7 de Enero de 1879, divídense los impresos en libros, folletos, hojas suel-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

tas, carteles y periódicos. El libro, el folleto y la hoja suelta se distinguen por el número de páginas que comprenden; pues según que el impreso tenga doscientas ó más, menos de doscientas, excediendo de ocho, ó bien no conteniendo más de las ocho referidas páginas, se le aplicará el respectivo de los mencionados nombres. Es cartel, según la Ley, todo impreso destinado á fijarse en los parajes públicos.

Se entiende por periódico toda serie de impresos que salgan á luz una ó más veces al día, ó por intervalos de tiempos regulares ó irregulares que no excedan de treinta días, con título constante.

Los periódicos se dividen en políticos y no políticos, y como los primeros son los que preocuparon al Legislador, claro está que las disposiciones contenidas en la Ley se refieren casi en totalidad á ellos. Por esto para su publicación se requieren una porción de requisitos destinados á entorpecerla, y no ajustados, muchos de ellos, á lo que la inteligencia comprende como razonable y justo. Tales son, v. g., que el fundador propietario haya de ser mayor de edad, que haya de llevar dos años de vecindad por lo menos en el punto en que el periódico se publique, y que haya de pagar 250 pesetas de contribución territorial, ó con dos años de antelación 500 pesetas por subsidio industrial.

Respecto á la publicación del libro fué más razonable la Ley, pues que no exige para ella más requisito que el pie de imprenta, dejando sujetos

los delitos que en él se cometan al procedimiento común y á la sanción del Código penal.

No se contentó con esto, por el contrario, la Ley respecto al folleto, y sobre todo el folleto político, pues lo *político* es la constante pesadilla del Legislador. En efecto, quien desee publicar un folleto político necesita justificar ante el Gobernador de la provincia en la capital, y el Alcalde en las demás poblaciones, su personalidad como ciudadano español mayor de edad.

La Ley en su título 3.° se ocupa de los delitos que han de considerarse como de imprenta, y los casos en que se entienden realizados por medio de la publicación. Entre ellos los hay que reunen las condiciones fundamentales para merecer el calificativo de actos de delincuencia, y de los que, dentro de su esfera, se ocupa también el Código penal.

Hay, por el contrario, otros hechos calificados de delitos, que lo son únicamente porque así la Ley lo determina, v. g., atacar *indirectamente* la forma de gobierno; proclamar máximas ó doctrinas contrarias al sistema monárquico constitucional, defender ó exponer doctrinas contrarias á la organización de la familia y de la propiedad.

Entiéndase bien lo que significa atacar *indirectamente* la forma de gobierno, y cómo pueden entender lo *indirecto* un ministerio fiscal *excesivamente* celoso, y un Tribunal *excesivamente* estricto, el pedir el cumplimiento de la Ley el primero y al aplicarla el segundo.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Si en el periódico y en el folleto se razona, discute y se discurre, en el terreno teórico, sobre las ventajas que puede tener el régimen republicano ó el monárquico absoluto, por más que se condene todo acto de fuerza, ¿quién duda que *indirectamente* se ataca la forma de gobierno y el sistema monárquico constitucional? Si se defiende y sostiene que las madres deben ó no tener patria potestad; que los hijos deben estar ó no sujetos á la autoridad paterna un número mayor ó menor de años; que el foro debe ó no redimirse ¿no pueden defenderse y exponerse, en estos casos y con estos motivos, doctrinas contrarias á la vigente organización de la familia y de la propiedad? Pues no tan sólo en el periódico, pero ni aun en el folleto político, pueden sostenerse tales cosas: si bien respecto al folleto, si por acaso tiene pocas menos que doscientas páginas, cabe el recurso de aumentar algunas, de cualquier manera, ó bien emplear en la impresión tipos abultados, con lo cual, convirtiéndose el folleto en libro, *en virtud del ministerio de la ley*, no cae el asunto bajo la férula de la imprenta.

Si lo dicho no fuera suficiente para demostrar el singularísimo criterio de la Ley añadiremos, para terminar, que quien haya de publicar un folleto político necesita justificar ante el Gobernador de provincia en la capital, y ante el Alcalde en las demás poblaciones, su personalidad como ciudadano español mayor de edad.

Puede un individuo adornar su frente con la bor-

la de los Doctores; pero guárdese antes de la mayor edad de caer en la *perniciosa* tentación de confiar á la imprenta, por medio de un folleto político, el fruto de sus estudios y meditaciones. Si tiene vocación de publicista escriba en buen hora doscientas ó más páginas; pero ni una menos de doscientas, porque el Legislador así lo conceptúa de justicia.

Las disposiciones de la Ley de 7 de Enero de 1879 fueron derogadas, según queda dicho, por la de 26 de Julio de 1883.

Comparando unas con otras vemos que concuerdan solamente en la idea que dan para distinguir el libro, folleto, hoja suelta, cartel y periódico, lo mismo que en los requisitos que exige la publicación del libro; pero difieren en todo lo demás.

Respecto al folleto la última Ley no distingue entre el político y el que no tiene esta condición, exigiendo solamente para su publicación que lleve pié de imprenta y que se depositen en poder de la Autoridad gubernativa tres ejemplares.

Con referencia á la hoja suelta ó cartel, con tal que no sea de anuncios ó prospectos exclusivamente comerciales, artísticos ó técnicos, exige los mismos requisitos que para el folleto, y una declaración escrita y firmada por quien la publique en que conste su nombre, apellidos y domicilio, y la afirmación de hallarse en el pleno uso de los derechos civiles y políticos.

Tratándose de periódicos encontramos en la se-

gunda de las dos leyes referidas notabilísimas variaciones. Desaparece la distinción entre los políticos y los que no lo son, y los requisitos para fundarlos no son vejatorios de la libertad del ciudadano como eran los de la Ley anterior, pues quedan reducidos á los siguientes:

La sociedad ó particular que pretenda fundar un periódico lo pondrá en conocimiento de la primera Autoridad gubernativa de la localidad en que aquel haya de publicarse cuatro días antes de comenzar su publicación, acompañando una declaración escrita y firmada por el fundador que comprenda los particulares siguientes: 1.° El nombre, apellidos y domicilio del declarante. 2.° La manifestación de hallarse éste en el pleno uso de los derechos civiles y políticos. 3.° El título del periódico, el nombre, apellidos y domicilio de su Director, los días en que deba ver la luz pública y el establecimiento en que haya de imprimirse.

Acompañará además el recibo que acredite hallarse dicho establecimiento al corriente en el pago de la contribución de subsidio, ó cualquier otro documento que pruebe hallarse abierto y habilitado para funcionar.

Ya no exige, pues, la segunda Ley en el propietario fundador, ni la mayor edad, ni el pago de una cuota determinada de contribución, ni su vecindad anterior en dos años, por lo menos, en el punto en donde haya de publicarse el periódico.

En virtud de esta Ley desaparecen los actos

de delincuencia artificial que la anterior creaba, y se restablece el imperio del Código penal, en cuanto á la general calificación de los hechos que deben considerarse como delitos, dictando, no obstante, varias disposiciones que pudiéramos llamar complementarias de aquel Código, entre las que citaremos algunas que son, á todas luces, importantes.

Se dispone que el impresor de todo periódico tendrá derecho á que se le entreguen firmados los originales, aunque de ellos no podrá usarse contra la voluntad de su autor, sino para presentarlos ante los Tribunales cuando éstos los reclamen, ó en defensa del impresor que pretenda eximirse de la responsabilidad que pueda afectarle por la publicación.

Este precepto tiene por fin, á lo que parece, evitar la dureza del Código en cuanto á calificar de autor al mencionado impresor, cuando según el artículo 14 no sea posible hacer efectiva la responsabilidad penal ni en el verdadero autor, ni en el Director, ni en el editor, cuyas prescripciones hemos criticado en la lección 22, pág. 232.

Cuando una Sociedad legalmente constituida funde un periódico ó adquiera su propiedad, tendrá la representación legal para todos los efectos el Gerente que aquella designe, quién gozará los mismos derechos y estará sujeto á iguales responsabilidades civiles y criminales que si fuese propietario único del periódico.

En consonancia con la Ley de 26 de Julio de 1883,

se dirigió por el Ministerio de Gracia y Justicia una circular á los Fiscales de las Audiencias manifestándoles que en virtud de dicha Ley el derecho común recobraba todo su imperio, y los delitos que se cometieren por medio de la imprenta, grabado ú otro procedimiento análogo, caían bajo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, debían perseguirse según las reglas y formalidades de la Ley de Enjuiciamiento criminal y sancionarse con los castigos previamente establecidos en el Código penal.

LECCIÓN 45.

De los delitos de contrabando.—¿Son verdaderos delitos?; aun siéndolo, ¿deben incluirse en el Código penal?—Razones en que se funda la respuesta.

Al comenzar nuestro Código penal definiendo el delito, y diciendo que lo es *toda acción ú omisión voluntaria penada por la Ley*, parece que declara, que debe tener el carácter de tal delito todo cuanto está prohibido, y castigado por consiguiente. Mas, á vuelta de esto, es asunto clarísimo ya para nosotros, que semejante definición debe considerarse únicamente como una garantía de la libertad de los ciudadanos, y como una regla de conducta para los Tribunales. Así, aquellos podrán ejecutar, sin temor á ser perseguidos, cuanto la Ley no prohiba; y éstos no podrán incoar procedimiento alguno, motivado por

hechos que la referida Ley no comprenda entre sus prescripciones. El averiguar si tales ó cuales hechos deben estar incluídos dentro de ellas, por reunir los caracteres comunes á todo hecho de delincuencia, ó en otros términos, si tal ó cual hecho debe ser ó no considerado como delito, es asunto que se deriva de la noción filosófica del mismo.

Por esto, si pudiera afirmarse que todo hecho penado por el Legislador era *ipso facto delito*, tendríamos que convenir en que el contrabando merece tal calificativo, porque penas, y muy severas por cierto en ocasiones, se impusieron, y se imponen, á los contraventores de las leyes que al particular se refieren. Pero el Legislador no pretende, ni puede pretender, gozar de una autoridad arbitraria, sino sujetarse á lo que dictan una conciencia recta y una razón ilustrada, como inspiradoras de sus preceptos.

Al incluirse entre los del Código penal los referentes á cualquiera acción ú omisión con la condición de voluntarias, ha de ser porque allí debe tener lugar oportuno. ¿Lo tienen los delitos de contrabando?

Para contestar á esta pregunta, partiendo de los precedentes sentados, debemos manifestar que dentro de las prescripciones del Código común de criminalidad sólo cabe lo que en todos tiempos y en todas circunstancias deba ser considerado como delito, por reunir sus caracteres esenciales. Siempre los tendrá, como los tuvo, por ejemplo, el robo; y siempre debe tenerlos cuanto atente contra la vida y

la libertad de los particulares, como contra su honra y su fortuna.

Todo aquello, pues, que, en todos tiempos y lugares ha sido considerado como delito, por ser un hecho moralmente malo, y perturbar además el orden ético del derecho, cuya perturbación comprende como tal la más sana filosofía, reune los caracteres, ó notas características, que permiten al Legislador colocar aquel hecho entre los que el Código penal se ocupa. No debe, por lo contrario, hacerlo de aquellos otros hechos que se consideran como más ó menos graves, teniendo en cuenta únicamente apreciaciones más ó menos acertadas, más ó menos convenientes; pero extrañas y ajenas en todos casos á la materia puramente penal.

De esas consideraciones deriva precisamente la extensión, mayor ó menor, que se ha dado á los delitos llamados de contrabando, y de esas consideraciones deriva también el que esos mismos delitos hayan ó no existido en escaso ó grande número.

En efecto; á medida que la ciencia económica, estudiando los problemas referentes á la producción de la riqueza, ha puesto en tela de juicio la libertad de contratación, y enfrente de la referida libertad ha colocado el problema de la protección á la industria nacional, pretendiendo realizarla por medio de subidos aranceles, que recargasen con crecidos derechos la entrada de productos extranjeros, el incentivo de pingües ganancias hizo nacer el deseo de obtenerlas, burlando las leyes arancelarias. La

contravención á estas leyes hubo necesidad de castigarla con penas, tanto más severas, cuanto mayor atractivo había de incurrir en ellas, y de aquí que por un lado las llamadas leyes protectoras daban nacimiento á los delitos de que nos ocupamos, en tanto mayor número, cuanto más enérgica y eficaz fuera la protección; y al propio tiempo, en virtud de esas mismas leyes, era necesario recargar los castigos, para prevenir, por el temor de su dureza, que fueran conculcadas.

Mas las leyes protectoras no tienen, ni pueden tener, carácter de fijeza, puesto que están constantemente expuestas á los embates que en nombre de la teoría del libre cambio frecuentemente sufren. De aquí que la cuestión arancelaria esté sobre el tapete, como suele decirse, en todos los momentos, y las tarifas y aranceles estén modificándose á cada paso, según que en las esferas del poder reinen vientos adversos ó favorables para cualesquiera de las dos batalladoras teorías.

Por dos razones, pues, no es posible ni conveniente que los delitos llamados de contrabando formen parte integrante del Código común de criminalidad. Es la primera, porque en dicho Código solamente deben figurar los hechos que encierran en sí mismos una condición de inmoralidad indiscutible por todos. Es la segunda: que del referido Código debe alejarse, en cuanto dable sea, todo aquello que está sujeto, por su propia naturaleza, á cambios y repentinas mudanzas.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

No queremos decir, ni pretendemos con lo dicho asegurar, que los atentados contra la fortuna pública y contra el Erario nacional puedan dejar de ser considerados, ni como actos que no deshonran, ni como verdaderos delitos. Quien atenta contra los intereses de la Hacienda pública, por estos ó los otros medios, como delincuente puede y debe ser tratado; pero para que esos atentados tengan natural cabida en el Código, es forzoso que se consideren y se comprendan como tales atentados, en su cualidad y cuantidad, de una manera análoga por todas las escuelas. Esto podría acaso acontecer si la Aduana perdiese por completo el carácter *protector*, quedándose exclusivamente con el *fiscal*.

LECCIÓN 46.

Disposiciones legales por las que se rigen los delitos de contrabando.—Cítense las principales.

Las disposiciones legales por las que se rige la materia que nos ocupa, son el Real Decreto de 20 de Junio de 1852, y las Ordenanzas de Aduanas de 15 de Julio de 1870.

El título 2.° del citado Decreto es el que comprende lo que principalmente interesa al criminalista, pues se trata en él *de los delitos de contrabando y defraudación y de sus penas*, cuyas disposiciones copiaremos en este lugar.

Capítulo I.—De los delitos.—Artículo 17. Son objeto peculiar de este Decreto como delitos directos:

1.° El contrabando.

2.° La defraudación.

Y como delitos conexos.

3.° La seducción y resistencia contra la autoridad ó sus agentes, que tenga por objeto la perpetración de los delitos de contrabando ó defraudación.

4.° La falsificación ó suplantación de documentos públicos ó privados, de marcas ó sellos de oficio, ó de cualquier otro signo peculiar de las oficinas de Hacienda, ó adoptado para acreditar la fabricación nacional, cometida para verificar, encubrir y excusar los delitos de contrabando y defraudación.

5.° El robo ó hurto de efectos estancados, existentes en los criaderos, fábricas, almacenes y dependencias de la Hacienda pública.

6.° Las omisiones y abusos de los empleados públicos y personas de cualquiera condición en el cumplimiento de las obligaciones que, para perseguir ó impedir dichos delitos de contrabando ó defraudación, les impongan los reglamentos é instrucciones.

7.° Y cualesquiera otros delitos comunes que se cometan para ejecutar, facilitar ó encubrir el contrabando ó la defraudación.

Art. 18. Se incurre en delito de contrabando *en los siguientes casos, entre otros:*

1.° Por cualquier acto en que se prepare inmediatamente y á sabiendas la producción, elaboración ó fabricación de los efectos estancados.

2.° Por todo acto de negociación ó tráfico de los mismos efectos, incluso el de revenderlos, aun cuando procedan de compra hecha á la Hacienda pública.

3.° Por la detentación de efectos de la clase de estancados que carezcan de signos positivos de legítima procedencia, si no se acredita su adquisición legal con arreglo á las leyes y reglamentos del Fisco, siempre que la cantidad detentada exceda de la que permiten las instrucciones de Rentas á cada particular para su uso y consumo.

4.° Por el trasporte de los efectos estancados sin guías expedidas por las oficinas de Hacienda, aun cuando se haga la conducción por cuenta ajena, cualquiera que sea el medio de trasporte que se emplee.

5.° Por la introducción en el territorio español de efectos de cualquiera especie cuya importación esté prohibida por las leyes, reglamentos ú ordenes vigentes.

6.° Por el tráfico de estos mismos efectos ó por su conducción en cualquiera género de trasporte, y por la simple detentación de dichos efectos, dentro de España, antes de haberse alterado sus formas y empleado de hecho en los usos domésticos, si el detentador no probare su legítima adquisición autorizada por la Hacienda pública con arreglo á las leyes.

7.° Por la extracción del territorio español de efectos de cualquier especie, cuya exportación esté

prohibida por las leyes, reglamentos ú órdenes vigentes, y por su conducción dentro de la zona próxima á las costas y fronteras en que por las mismas leyes y reglamentos esté prohibida su circulación, ó por su detentación en la misma zona sin los requisitos que en aquellas disposiciones estén prescritos.

Art. 19. Se incurre en el delito de defraudación, principalmente:

1.° Introduciendo en territorio español géneros extranjeros ó coloniales sujetos al pago de derechos de entrada, sin haber hecho el portador su declaración en la primera Aduana, y pagado los derechos correspondientes.

2.° Alterando en calidad ó en cantidad la relación de los géneros lícitos que se introduzcan al presentar en la Aduana las notas ó facturas que los declaren, en contravención á lo dispuesto en las instrucciones del ramo.

3.° Conduciendo géneros lícitos sin guías, certificados, sellos ú otros signos comprobantes del pago de los derechos de entrada dentro de la zona ó territorio en que según las instrucciones no puedan circular libremente sin ir acompañados de aquellos signos, y por la detentación de los mismos géneros sin el propio requisito en el territorio donde las instrucciones lo exijan.

4.° Exportando efectos del Reino, sujetos al pago de derechos en las aduanas de salidas, sin haberlos satisfecho íntegramente ó intentando hacerlo, y justificándose la tentativa por la aprehensión

de dichos efectos dentro de la zona determinada por los reglamentos, sin que sus portadores ó detentadores tengan las guías competentes para legitimar el trasporte ó la detentación.

5.° Conduciendo ó trayendo el buque nacional ó extranjero que arribe á puerto español géneros sujetos al derecho de entrada que no estén comprendidos en las guías, registros ó certificaciones de procedencia, cuando las instrucciones exijan estos documentos como requisitos indispensables para legitimar la introducción.

Art. 20. Los delitos conexos enunciados en el artículo 15, y cualesquiera otros comunes que se cometan para ejecutar, facilitar ó encubrir el de contrabando ó defraudación, se considerarán como de especie distinta; pero serán juzgados á la vez que éstos ante los mismos Tribunales y en el mismo proceso. Sin embargo, cuando la seducción ó resistencia se haga á individuos del Cuerpo de Carabineros del Reino, resguardo marítimo, Guardia civil ó tropa del Ejército, se estará á lo determinado en las leyes y disposiciones militares, juzgándose por consiguiente á los reos de seducción ó resistencia por los Consejos de guerra respectivos, independientemente del delito de contrabando ó defraudación, y de los demás conexos que no sean la seducción ó resistencia á los individuos de aquellos Cuerpos.

Capítulo II.—De las penas.—Artículo 21. Las penas que se señalan por este decreto á los delitos de contrabando y defraudación, se aplicarán en ma-

yor ó menor grado desde el máximo al mínimo, según el número y entidad de las circunstancias agravantes ó atenuantes que concurran en el caso.

Art. 22. Son circunstancias agravantes:

1.° La calidad de empleado público en el delincuente.

2.° Que el valor de los géneros aprehendidos, ó sobre que versa el proceso, pase de 2000 reales si fueren estancados, ó de 3000 si sólo prohibidos en los casos de contrabando, ó que el importe de los derechos defraudados pase de 6000 reales en los delitos de defraudación.

3.° Que la conducción por tierra de géneros de contrabando, se haga en cuadrilla que pase de tres hombres á caballo ó á pie.

4.° Que en el caso de conducir el contrabando lleven los delincuentes armas, aun cuando sean de las permitidas por los reglamentos.

5.° Que se haya hecho por los mismos resistencia á la autoridad ó funcionario público que les hubiere perseguido.

6.° Que se haya empleado cualquier género de falsificación como medio de cometer el contrabando ó defraudación.

7.° Que en la operación del contrabando ó defraudación haya mediado trato de aseguración.

8.° Que para hacer el contrabando de géneros estancados tengan los delincuentes fábricas de elaboración ó almacén ó tienda para la venta.

9.° La reincidencia, y cualquiera otra circuns-

tancia de las que prueban malicia especial en el delincuente, ó trascendencia grave en el delito.

Art. 23. Son circunstancias atenuantes:

1.° La edad de menos de 18 años en el culpable.

2.° Que no llegue á 200 reales el valor de los géneros, objeto del proceso, si fueren estancados, y á 300 si sólo prohibidos en los casos de contrabando, ó que el importe de los derechos defraudados no ascienda á 600 reales.

3.° Cualquiera otra circunstancia que disminuya manifiestamente la malicia del culpado y el daño del delito.

Art. 24. Será pena común para todo delito de contrabando el comiso:

1.° Del género aprehendido que sea materia del delito.

2.° De las yuntas y aperos empleados en la labor para el cultivo del tabaco ú otro producto agrícola estancado.

3.° De las máquinas y utensilios empleados en la fabricación y elaboración de géneros estancados.

4.° De las caballerías, carruajes ó buques donde se transporten y hallaren géneros de contrabando, si el valor de ellos llegare á una tercera parte del de toda la carga, valuándose los estancados por el precio de estanco, y los prohibidos por tasación pericial.

5.° De los géneros lícitos que se hallaren en el mismo baúl, fardo, bulto ó caja donde hayan sido

aprehendidos los prohibidos, siempre que el valor de éstos constituya una tercera parte, ó más, de todo lo contenido del bulto.

Pero no se podrán decomisar los objetos de que tratan los números 2.°, 3.° y 4.° de este artículo, siempre que resulten pertener á un tercero que no haya tenido complicidad en el delito, ni conocimiento del uso criminal que de ellos se hizo.

Del mismo modo los géneros lícitos que se hallaren en el baúl, fardo, bulto ó caja en donde hayan sido aprehendidos los prohibidos, no serán decomisados si se probare con toda evidencia que dichos géneros lícitos no pertenecían al autor del fraude y sí á un tercero, sin cuyo conocimiento se incluyeron con los prohibidos.

Si no hubiere habido aprehensión, ó no hubiere tenido lugar en la totalidad del género que por el procedimiento resulte haber sido materia del delito, se sustituirá al comiso la condenación á pagar el valor del género que no haya sido aprehendido.

Art. 25. Además de esta pena común, incurrirá todo reo de contrabando de géneros estancados en una multa que no baje del triple ni exceda del séxtuplo valor del género aprehendido, ó que del proceso resulte ser materia del delito, estimándose este valor por el precio de estanco.

Para el reo de contrabando de géneros prohibidos, esta pena consistirá en una multa que no baje del duplo ni exceda del cuádruplo valor del género aprehendido.

Tales son las principales disposiciones que basta recordar en la enseñanza elemental, debiendo advertirse que con esta materia está relacionada la de consumos, que se rige por la Ley de 31 de Diciembre de 1881, y por la instrucción general de la misma fecha.

LECCIÓN 47.

De los delitos electorales.—¿Son verdaderos delitos?—Siéndolo ¿por qué no se incluyen, ni pueden hoy día incluirse, en el Código común de criminalidad?

Delitos electorales.—El Código de 1870, eliminó de su contenido los delitos electorales por consideraciones de fácil comprensión. La Ley electoral, como Ley eminentemente política, está sujeta á los embates de las opiniones dominantes en las esferas del poder, y por tanto pueden con frecuencia sus preceptos sufrir modificaciones de importancia. Si esas modificaciones, que revelan en muchos casos un criterio fundamental opuesto por completo, pudiesen llevar sus naturales consecuencias á la Ley penal, tendría á su vez ésta que modificarse, lo cual es opuesto al carácter que debe tener. No afirmamos de manera alguna que el Código penal no pueda ni deba sufrir modificaciones: es perfectible esta Ley como todas las demás; pero á vuelta de esto, los cambios políticos que, por

desgracia, con tanta frecuencia se realizan en nuestra patria, no deben llevar su apasionado influjo al referido Código, que debe tener, por su propia naturaleza, la consideración de campo neutral, consideración de que gozan otras leyes también.

No se crea por lo dicho que podemos participar de la perniciosa opinión de que los delitos electorales no son verdaderos delitos. El juicio que nos merecen esas infracciones ya lo hemos consignado leal y francamente en otro modesto trabajo que hemos publicado (1), procurando rectificar la vulgar preocupación de considerar como actos que no deshonran, y como actos que no envuelven la idea de verdadero delito, todos aquellos que tiendan, en mayor ó menor escala, á falsear la verdad del sufragio, con el fin de dar el triunfo definitivo á una candidatura, que acaso no le podria obtener dejando corriese la elección por el cauce natural de la más estricta legalidad.

Es por cierto lamentable ver cómo razonan y discurren sobre esta materia personas, por otra parte, de sensatez reconocida y de probidad evidente en cuanto se refiere á otros asuntos, acaso de menor trascendencia; y esto, que á nosotros parece paradógico, no reconoce otra causa que el curso torcido que suele seguir, por desgracia, la pública opinión en asuntos de mayores consecuencias de las que se

(1) Lecciones pronunciadas en el Ateneo de la Sociedad Económica, en el curso de 1873 á 1874.

ven juzgando ligeramente. Hay quien juzga imposible pueda llegar á cometer la más pequeña falsedad, y sin embargo, no recela, tratándose de asuntos electorales, cometerlas de todo género. Hay personas á quienes la palabra robo crispa los nervios, y que sin embargo son ladrones de votos en grande escala; y lo peor de todo es, que si el más insignificante delito común trata de ocultarse por quien ó quienes le perpetran, por el contrario, de esos otros delitos á que venimos refiriéndonos, suele hacerse alarde y gala, recibiendo patente de entendido y hábil quien en realidad la merecería tan sólo de delincuente.

Debemos procurar, pues, poner dique á las consecuencias que en todos terrenos puede producir tan erróneo modo de pensar, del que no solamente son culpables varios ciudadanos, sino también con frecuencia los Gobiernos, para quienes se considera como servicio digno de recompensa lo que en rigor merecería sencillamente la formación de causa.

Son, por tanto, los delitos electorales verdaderos delitos, pues desde el momento en que el sufragio es un derecho, es una acción digna de castigo todo aquello que tienda á privarnos de su libérrimo ejercicio.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO
USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 48.

Diversas leyes electorales que contienen sanción penal, y á qué clases de elecciones se aplican.

Rigiéndose los delitos electorales, no por las prescripciones del Código penal, y sí por leyes especiales, ¿cuáles son éstas?

En 20 de Agosto de 1870 se promulgó la Ley general para toda la materia de elecciones, ya fuesen Municipales, ya de Diputaciones provinciales, ya para Diputados á Cortes, ya para Compromisarios para Senadores, ya para estos últimos. En esta Ley se encuentra un título —el 3.°— destinado á designar los delitos electorales, señalando la pena que les corresponde, cuyo título tiene el siguiente epígrafe: de la *Sanción penal*. Esta Ley fué derogada por otras posteriores; pero continúa vigente para las elecciones de Ayuntamientos con las alteraciones de la Ley municipal de 2 de Octubre de 1877, La sanción penal, por tanto, en materia de elecciones de Ayuntamientos, es la contenida en la referida Ley electoral de 1870.

Las elecciones de Senadores se rigen hoy por la Ley de 8 de Febrero de 1877 en la Península, y por la de 9 de Enero de 1879 en Ultramar. No conteniendo estas leyes disposiciones penales debe aplicárseles las de la Ley anterior á ellas, no de-

rogada en este particular, cuya Ley es la citada de 20 de Agosto de 1870.

Con referencia á las elecciones de Diputados á Cortes está vigente la Ley de 28 de Diciembre de 1878, cuyo título 6.° se ocupa de la *Sanción penal*.

Resta, por último, consignar la sanción penal que debe aplicarse con motivo de las elecciones para Diputaciones provinciales. Opinamos que debe ser la de la repetida Ley de 20 de Agosto de 1870, conforme á decisiones del Tribunal Supremo.

En resúmen: todos los delitos electorales deben estar sujetos á la Ley de 20 de Agosto de 1870, excepto los que se cometan con motivo de las elecciones de Diputados á Cortes, que se rigen por la de 28 de Diciembre de 1878.

Teniendo en cuenta la importancia de la materia, no parece inoportuno transcribir á continuación algunas de las principales disposiciones de las Leyes electorales citadas. La de 20 de Agosto de 1870, en su tít. 3.° trata de la *Sanción penal*, y en sus capítulos 1.° y 2.° se ocupa respectivamente de las *falsedades* y *coacciones*, cuyo tenor literal es como sigue:

De las falsedades.—Artículo 166. Toda falsedad cometida en cualquiera de los actos relativos á las elecciones de Concejales, de Diputados provinciales, de Diputados á Cortes, de Compromisarios para Senadores y de Senadores, de cualquiera de los modos marcados en el art. 226 del Código penal, será castigada con la pena de prisión mayor, multa

de 500 á 5000 pesetas, é inhabilitación temporal para cargos públicos y derechos políticos.

Art. 167. Cometen el delito de falsedad, *entre otros:*

1.° Los funcionarios que con el fin de dar ó quitar el derecho electoral alteren las listas electorales, el libro del censo electoral, el talonario ó las cédulas sacadas de éste.

2.° Los que entregaren á los electores cédulas falsas.

3.° Los que aplicaren indebidamente votos á favor de un candidato para cualquiera de los cargos que son objeto de la elección.

4.° El que á sabiendas y con manifiesta mala fe altere la hora en que deben comenzar las elecciones en cada día.

5.° Los que estando incluídos en el padrón, lista electoral, libro talonario y provistos de la correspondiente cédula, voten sabiendo que están inhabilitados para el ejercicio de los derecho políticos, ó comprendidos en cualquiera de los casos del artículo 2.° de esta Ley.

De las coacciones.—Artículo 168. Toda amenaza ó coacción directas cometidas con ocasión de las elecciones municipales, de Diputados provinciales, de Diputados á Cortes, de Compromisarios para Senadores y de Senadores, serán castigadas con la pena de prisión menor, multa de 250 á 2500 pesetas, é inhabilitación temporal para derechos políticos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Art. 169. Cometen los delitos de amenaza ó coacción directas:

1.° Las autoridades civil, militar ó eclesiástica ó cualquiera otra clase de funcionarios públicos que obliguen á los electores que de ellos dependan, ó que de cualquier modo les estén subordinados, haciendo uso de medios ilícitos, á dar ó negar su voto á candidato determinado.

2.° Los que con dicterios ó cualquiera otro género de demostraciones violentas intenten coartar la libertad de los electores.

Si los dicterios ó demostraciones se refiriesen á las opiniones ó creencias religiosas atribuídas á los candidatos ó electores, la pena se impondrá siempre en el grado medio al máximo; y la cualidad de eclesiástico en el ofensor ú ofendido será además reputada como circunstancia agravante.

3.° Conduciendo por medio de agentes ó dependientes de la Autoridad civil, militar ó eclesiástica á los electores para que emitan sus votos.

Art. 170. Toda amenaza ó coacción indirectas, cometidas con ocasión de las elecciones á que se refiere el artículo 168, serán castigadas con la pena de prisión correccional, multa de 250 á 2500 pesetas, é inhabilitación temporal para derechos políticos.

Art. 171. Cometen los delitos de amenaza ó coacción indirectas, además de otras personas.

1.° Los que recomienden con dádivas ó promesas á candidatos determinados como los únicos que pueden ó deben ser elegidos.

2.° Los que con dádivas ó promesas combatan la elección de candidatos determinados.

3.° Los funcionarios públicos que promuevan expedientes gubernativos de denuncias, atrasos de cuentas, Propios, Montes, Pósitos, ó cualquiera otro ramo de la Administración, desde la convocatoria hasta que se haya terminado la elección.

DE LAS FALSEDADES.—Artículo 123. Toda alteración ú omisión intencionada en los libros, registros, actas, certificaciones, testimonios ó documentos de cualquier género que sirvan para el ejercicio de los derechos electorales, y realizada para impedir ó dificultar su práctica y variar ú oscurecer la verdad de sus resultados, constituye el delito de falsedad en materia electoral, y será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 100 á 5000 pesetas.

Art. 124. Serán reos de delito de falsedad —*entre otros*— en materia electoral, además de aquellos que cometan actos que los Tribunales consideren comprendidos en la anterior definición:

1.° Los funcionarios ó particulares que con el fin de dar ó quitar el derecho electoral alteren las listas, los asientos del libro del censo y sus modificaciones, ó certifiquen inexactamente sobre bienes, títulos ó cualidades en que se funde el derecho ó la incapacidad electoral, y los interesados ó sus representantes que con iguales fines falten á sabiendas á la verdad en sus actos, peticiones y declaraciones.

2.° Los Presidentes de las comisiones inspecto-

ras que habiendo recibido los avisos para anotar las averiguaciones en las casillas del censo de su distrito dejaran intencionadamente de anotarlas.

3.° Los Alcaldes ó individuos de la Comisión inspectora del censo que no publicasen oportunamente los edictos designando los edificios en que se haya de verificar la elección, ó cometieren maliciosamente en la designación errores manifiestos.

De las coacciones.—Artículo 125. Todo acto, omisión ó manifestación, así de funcionarios públicos como de particulares, que tenga por objeto cohibir ó hacer presión sobre los electores, para que usen de su derecho ó lo abandonen contra el impulso libre de su voluntad, constituye delito de coacción electoral, siempre que á juicio y conciencia del Tribunal que de él haya de entender concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

1.ª Que el acto, omisión ó manifestación, sean contrarios á la Ley ó reglamento.

2.ª Que el acto, omisión ó manifestación, aunque sean lícitos, en sí mismos, se hayan realizado con el objeto principal y determinante de cohibir el ejercicio de los derechos electorales, de suerte que de no existir ese fin en el actor no lo hubiera ejecutado.

Art. 126. El delito de coacción electoral se castigará con la pena de prisión correccional y multa de 100 á 5000 pesetas é inhabilitación temporal.

Art. 127. Cometen, *principalmente*, delito de coacción electoral, aunque no conste ni aparezca la intención de ejercer presión sobre los electores;

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1.° Las Autoridades civiles, militares ó eclesiásticas que, dirigiéndose á los electores que de ellos dependan de una manera personal y directa, los prevengan ó recomienden que den ó nieguen su voto á un candidato, y los que haciendo uso de medios ó de agentes oficiales, y autorizándose con timbres, sellos ó membretes que puedan tener ese carácter, recomienden ó reprueben candidaturas determinadas.

2.° Los funcionarios públicos que promuevan expedientes gubernativos de denuncias, multas, atrasos de cuentas, Propios, Montes, Pósitos ó cualquiera otro ramo de la Administración desde la convocatoria hasta que se haya terminado la elección.

3.° Los funcionarios, desde Ministro de la Corona inclusive que hagan nombramientos, separaciones, traslaciones ó suspensiones de empleados, agentes ó dependientes de cualquier ramo de la Administración, ya correspondan al Estado, á la Provincia ó al Municipio, en el período desde la convocatoria hasta después de terminada la elección, siempre que tales actos no estén fundados en causa legítima, y afecten de alguna manera á la sección, colegio, distrito, partido judicial ó provincial donde la elección se verifique.

La causa de la separación, traslación ó suspensión se expresará precisamente en la orden; y omitida esa formalidad, se considerará realizada sin causa. Se exceptúan de este requisito las órdenes relativas á los Gobernadores civiles de las provincias y á los Jefes militares.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

LECCIÓN 49.

Delitos contra las ordenanzas de montes.—¿Por qué disposiciones se castigan?—Delitos de secuestro de personas.—Razones de la Ley excepcional de 8 de Enero de 1877.

DELITOS CONTRA LAS ORDENANZAS DE MONTES.—Que esta clase de delitos figure como no incluída en algún tiempo en el Código penal se comprende por razones históricas. Los pueblos han considerado largo tiempo como propios de aprovechamiento común los productos de ciertos y determinados montes, y por tanto no podía considerarse como atentado tan grave, por de pronto, el hurto verificado en ellos, como en otros terrenos considerados siempre como de propiedad particular.

Variada en este punto la organización de la propiedad, y haciendo el transcurso del tiempo cada vez más firme, en el ánimo de todos, la idea de que ha desaparecido la propiedad común, pueden los delitos de que se trata entrar de lleno en la Ley general, y á este fin deben dirigirse la Administración y el Legislador.

Pero hoy por hoy, no obstante las múltiples cuestiones que con este motivo se suscitan, opinamos que las Ordenanzas generales de montes constituyen una legislación excepcional de la del Código, y así lo da á entender la sentencia del Tribunal

Supremo de 9 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1872.

La parte penal de las referidas ordenanzas está declarada vigente respecto á los montes públicos por el Reglamento de 17 de Mayo de 1865, Reglamento dictado para la ejecución de la Ley de montes de 24 de Mayo de 1863. En efecto, dice el citado Reglamento, que las multas y demás responsabilidades pecuniarias que las ordenanzas determinan, sean impuestas gubernativamente por los Alcaldes, no excediendo del límite para que les faculta la Ley municipal, y por los Gobernadores cuando excedan de este límite. Mas cuando los daños causados en los montes públicos exceden de mil escudos, ó sean 2500 pesetas, deben conocer de ellos los Tribunales de Justicia, con arreglo á las prescripciones del Código penal, según se dispone en el artículo 124 y en la Real orden de 17 de Mayo de 1867.

Ley especial relativa á secuestros de personas.—El delito que consiste en apoderarse de una persona secuestrándola con el fin de exigir un crecido rescate por su libertad, es, por su propia naturaleza, de aquellos que aparece á primera vista deben estar incluídos en el Código común de criminalidad, y respecto al que no hay razón que abone la existencia de una Ley especial. Por esto en el Código penal vigente, al tratar de los robos (1), menciona

(1) Libro 2.°, título 13, capítulo 1.°, artículo 516, caso 2.°

el caso en que el robado fuese detenido bajo rescate ó por más de un dia, castigando este hecho con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua, y no confundiéndolo con el delito de *detenciones ilegales* (1), en el cual se propone únicamente el culpable cometer un atentado contra la libertad.

Mas en lo concerniente al delito de secuestro puede regir, en determinadas circunstancias, la Ley excepcional de 8 de Enero de 1877, sobre cuyos motivos haremos ligeras indicaciones.

Posteriormente á la revolución de Setiembre del año de 1868 adquirió un terrible incremento el bandolerismo en varias provincias de Andalucía y en alguna otra, lo cual hizo pensar seriamente al Gobierno, en el año de 1870, en poner término á una situación que no podía menos de considerarse como verdaderamente bochornosa para la patria, pues había llegado la audacia de bandoleros y secuestradores á tal punto, que parece habían provocado una guerra social. Las medidas enérgicas que se adoptaron para reprimir tales desmanes se utilizaron como armas políticas para hacer cruda guerra á los poderes constituidos, llegándose á afirmar, exageradamente, que los medios empleados por el Gobierno para aniquilar el bandolerismo constituían un peligro para los ciudadanos, que podían verse ex-

(1) Libro 2.º, título 12, capítulo 1.º

puestos á las arbitrariedades del poder (1). La opinión pública, no obstante, en las provincias víctimas de aquella plaga, hizo justicia al celo del Gobierno y de las autoridades, y principalmente al Gobernador de Córdoba Sr. Zugasti, á quien se le encomendó, en primer término, en principios del citado año de 1870, la delicada, difícil y peligrosa misión de aniquilar el bandolerismo.

Por las razones que ligeramente acabamos de indicar, y creyéndose que los medios de represión de la Ley general podían ser ineficaces en circunstancias excepcionales, se promulgó la citada Ley de 8 de Enero de 1877, cuyo texto dice así:

Artículo 1.° Tan luego como se verifique el secuestro de una ó más personas con objeto de robo en una provincia, se aplicará en ella y en las limítrofes que se consideren en caso análogo, previa declaración del Gobierno, la penalidad y el procedimiento que son objeto de esta Ley.

Art. 2.° Los que promuevan ó ejecuten un secuestro, y los que concurran á la comisión de este delito con actos sin los cuales no hubiera podido realizarse, serán castigados con pena de cadena perpetua á muerte.

---

(1) Acerca de la situación de las provincias afligidas por el bandolerismo, de igual suerte que respecto á los medios empleados para combatirlo, puede verse la obra escrita por el Excmo. Sr. D. Julián de Zugasti, titulada *El Bandolerismo*. En el tomo 3.º, capítulos 26 y 27, rebate las exageraciones de la prensa de oposición respecto á los procedimientos empleados en contra de los secuestradores.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La aplicación de las penas se ajustará en un todo á lo dispuesto en el cap. 4.° del tít. 3.° y capítulos 3.° y 4.° del título 1.° del Código penal vigente, considerando como circunstancia agravante la de haber sido detenido el agraviado bajo rescate y por más de un día.

Art. 3.° El conocimiento de estos delitos corresponderá exclusivamente á un Consejo de guerra permanente que se constituirá, llegado el caso, en cada provincia. El Consejo continuará la causa hasta su terminación, no obstante la ausencia y rebeldía de los reos, sin perjuicio de oirlos siempre que se presenten ó fueren habidos.

Art. 4.° Toda persona se considerará investida de autoridad pública para proceder á la captura de los reos á quienes por el Consejo de guerra se hubiere impuesto la última pena, empleando al efecto medios prudentes y racionales.

Art. 5.° El Consejo de guerra podrá autorizar as recompensas en metálico que las corporaciones ó particulares ofrezcan para la captura de los reos de secuestro condenados á la última pena.

Art. 6.° Las autoridades civiles y militares podrán proponer al Gobierno la exención del servicio de las armas de la persona que hubiere denunciado á cualquier procesado por estos delitos, contribuyendo eficazmente á su captura. Esta gracia puede subrogarse á favor del pariente dentro del cuarto grado que designe la misma persona.

Art. 7.° Se autoriza al Gobierno para que en

las mismas provincias antedichas, y oyendo el parecer de una Junta, compuesta del Gobernador de la misma, Presidente; Comandante militar, Juez decano de primera instancia, Jefe de la Guardia civil y dos Diputados provinciales, pueda fijar durante un año el domicilio de los vagos y gentes de mal vivir; entendiéndose por tales los comprendidos en el párrafo 23 del art. 10 del Código penal vigente.

Artículo transitorio. Se declara desde luego aplicable esta Ley desde su promulgación en las provincias que comprenden los distritos militares de Andalucía y Granada y en las de Badajoz, Ciudad Real y Toledo.

LECCIÓN 50.

Ley de 16 de Julio de 1876 relativa á los delitos que consisten en obligar á los niños á ejecutar ejercicios peligrosos.—Delitos contra la policía de ferrocarriles.

Ley de 26 de julio de 1878, llamada de protección á los niños.—Esta Ley, que tiene por objeto castigar los delitos que consisten en obligar á los niños menores de diez y seis años á ejecutar ejercicios gimnásticos peligrosos, debería formar parte del Código penal, y ha venido á suplir una omisión del mismo, que únicamente se ocupa del abandono de un niño menor de siete años (1). Es de esperar que en cualquiera reforma que sufra el Código se

(1) Lib. 2.°, título 12, cap. 2.°

incluya esta especie de delitos entre sus prescripciones, en el oportuno lugar.

Pero para suplir dicha omisión transcribiremos aquí los preceptos de la referida Ley, que dice así:

Artículo 1.° Incurrirán en las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1250 pesetas, señaladas en el art. 501 del Código penal:

1.° Los que hagan ejecutar á niños ó niñas menores de diez y seis años cualquier ejercicio peligroso de equilibrio, de fuerza ó de dislocación.

2.° Los que ejerciendo las profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos ú otras análogas, empleen en las representaciones de esa especie niños ó niñas menores de diez y seis años que no sean hijos ó descendientes suyos.

3.° Los ascendientes que ejerciendo las profesiones expresadas en el número anterior empleen en las representaciones á sus descendientes menores de doce años.

4.° Los ascendientes, tutores, maestros ó encargados por cualquier título de la guarda de un menor de diez y seis años que le entreguen gratuitamente á individuos que ejerzan las profesiones expresadas en el número segundo, ó se consagren habitualmente á la vagancia ó mendicidad. Si la entrega se verificase mediante precio, recompensa ó promesa, la pena señalada se impondrá siempre en su grado máximo.

En uno y otro caso la condena llevará consigo para los tutores ó curadores la destitución de la tutela ó curaduría, pudiendo los padres ser privados temporal ó perpetuamente, á juicio del Tribunal sentenciador, de los derechos de patria potestad.

5.° Los que induzcan á un menor de diez y seis años á abandonar el domicilio de sus ascendientes, tutores, curadores ó maestros para seguir á los individuos de las profesiones indicadas en el numero segundo, ó á los que se dediquen habitualmente á la vagancia ó mendicidad.

Art. 2.° Todo el que ejerza una de las profesiones expresadas en el artículo anterior deberá ir siempre provisto de los documentos que acrediten en forma legal la edad, filiación, patria é identidad de los menores de veinticinco años que emplee en sus espectáculos, cuidando escrupulosamente las autoridades locales de exigir la presentación de los expresados documentos antes de conceder la licencia necesaria para la celebración de aquellos espectáculos.

La no presentación de dichos documentos, siempre que lo exijan las autoridades ó sus agentes, será castigada como falta con arreglo al art. 599 del Código penal.

Art. 3.° Los Gobernadores de las provincias en las capitales de las mismas y los Alcaldes en los demás pueblos que toleraren la infracción de cualquiera de las disposiciones de esta Ley, ó no la pongan en conocimiento de la autoridad judicial com-

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

petente tan pronto como haya podido llegar á su conocimiento, serán castigados con las penas marcadas en el art. 382 del Código penal.

Art. 4.° Los agentes consulares de España en el extranjero deberán denunciar en el más breve plazo posible á las autoridades españolas toda infracción de la presente Ley cometida en perjuicio de sus compatriotas, ó á las autoridades de los países en que ejerzan sus funciones, si en ellos estuviesen previstos y penados los hechos á que se refieren los artículos anteriores.

En ambos casos adoptarán las medidas necesarias para que regresen á España tan pronto como sea posible, y sean entregados á sus padres, tutores, ó curadores, y á falta de éstos á las autoridades locales del pueblo de su nacimiento, los niños ó niñas de origen español menores de diez y seis años á que esta Ley se refiere.

Art. 5.° La imposición de las penas señaladas en los artículos precedentes se entenderá siempre sin perjuicio de las demás que corresponden á los que en ellas incurran por delitos y faltas previstos y castigados anteriormente en el Código penal.

Delitos contra la policía de los ferrocarriles. Las disposiciones vigentes en la materia son la Ley de 23 de Noviembre de 1877 y el Reglamento de 8 de Setiembre de 1878, en cuyos preceptos conviene distinguir los que tienen carácter puramente administrativo, de los que, por tenerle penal, son los que se refieren principalmente á nuestro objeto.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Entre esos preceptos de la referida Ley de policía de ferrocarriles conviene fijarse en algunos de los comprendidos en el título 5.°, que es el que se ocupa de los delitos y faltas especiales. Dicen así las aludidas disposiciones:

El que voluntariamente destruya ó descomponga la vía de hierro, ponga obstáculos en ella que impidan el libre tránsito ó puedan producir un descarrilamiento, será castigado con la pena de prisión correccional. En el caso de que se verifique descarrilamiento, la pena será de presidio. (Art. 16).

A los que amenacen con la perpetración de un delito de los comprendidos en los artículos 16 y 17, se les castigará con las penas prescriptas en el art. 507 del Código penal, observando la escala en él establecida, pero imponiendo siempre las penas en el grado máximo, y cuando esté señalado el grado máximo, la inmediatamente superior en su grado mínimo. (Artículo 20).

El que por ignorancia, imprudencia, descuido ó falta de cumplimiento á las leyes y reglamentos de la Administración causare en el ferrocarril ó en sus dependencias un mal que ocasione perjuicios á las personas ó á las cosas, será castigado con arreglo al artículo 581 del Código penal, como reo de imprudencia temeraria. (Art. 21).

Con las mismas penas serán castigados los maquinistas, conductores, guardafrenos, jefes de estación, telegrafistas y demás dependientes encargados del servicio y vigilancia de la vía, que abandonen

el puesto durante su servicio respectivo. Mas si resultare algún perjuicio á las personas ó á las cosas, serán castigados con la pena de prisión correccional á prisión menor. (Art. 22).

Con lo manifestado en ésta y en las anteriores lecciones, desde la 37 inclusive, puede darse por terminada la materia referente á los delitos no comprendidos en el Código penal, pues, aun cuando hay otras disposiciones complementarias de dicho Código (1), basta para llenar las exigencias del Programa con el estudio de las principales. Por esto, y por no dar á esta parte una extensión que no guarde armonía con el resto de la obra, no se estudian aquí las leyes de 30 de Julio de 1878, 10 de Enero de 1879 sobre propiedad industrial é intelectual respectivamente, ni otras varias leyes y reglamentos que conviene tener presentes en la práctica.

FIN DEL TOMO I.

(1) En el año pasado de 1884 publicó la redacción del *Consultor de Ayuntamientos* un libro con el título de Compilación de disposiciones penales no comprendidas en el Código, cuyo libro puede leerse por quien desee completar esta materia.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

ÍNDICE.

CAPÍTULO PRELIMINAR.

Págs.

LECCIÓN 1.ª—Distinción entre la idea *vulgar* y la *científica*.—Elementos filosófico y Histórico: su significación.—Métodos que pueden seguirse en el estudio del Derecho penal, y razón del adoptado. 1

LECCIÓN 2.ª—Código penal vigente.—Sumaria indicación de sus precedentes, sus causas y sus parciales modificaciones.—Proyectos de nuevo Código. 10

LECCIÓN 3.ª—Plan del Código penal vigente.—Su distribución en libros.—Libro 1,º: su pensamiento fundamental.—Método conforme al que desenvuelve el referido libro la materia de la culpabilidad. 19

LECCIÓN 4.ª—Método conforme al que se desenvuelve en el libro 1.º del Código la materia de la penalidad.—Partes Científica y Artística . . . 29

LECCIÓN 5.ª—Método que debería seguir racionalmente el libro 1.º del Código en el desenvolvimiento de la culpabilidad. 37

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCIÓN 6.ª—Método que debería seguir racionalmente el Código en el desenvolvimienio de la penalidad. 47

LECCIÓN 7.ª—Proyecto de reforma del Código penal de 29 de Diciembre de 1884.—Examen del plan del libro 1.º de dicho proyecto, y de algunas de sus principales prescripciones.—Breve examen del proyecto de Ley de bases últimamente presentado. 60

TITULO PRIMERO.

De la culpabilidad en general y de las variantes que en ella pueden ocurrir.

CAPÍTULO I.

De la culpabilidad en general.

SECCIÓN PRIMERA.

Del delito en general.

LECCIÓN 8.ª—Sumaria indicación del método á que obedece este libro.—Primer punto del delito en general—Idea del delito segun Ortolán, Rossi y Pacheco.—Definición aceptable del Delito.. . 77

LECCIÓN 9.ª—Moderna escuela positiva.—Punto fundamental de divergencia entre esta escuela y todas las que se dedican al estudio de la ciencia penal, ó sea la existencia ó negación de la *libertad*.—¿La niegan siempre los positivistas? . . 93

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCIÓN 10.—Continuación de la anterior.—¿Pueden ser problemas distintos los relativos al estudio del Delito y del Delincuente?—Las clasificaciones que los positivistas hacen de los delincuentes, y el estudio de lo que llaman *factores* del delito, pueden prestar utilidad y no se oponen á la existencia del libre albedrio. 103

LECCIÓN 11.—Definición legal del delito y explicación de sus palabras.—Reglas de interpretación respecto á la voluntad.—Reglas á los Tribunales para suplir el silencio de la Ley, ó bien para modificar su texto. 113

SECCIÓN SEGUNDA.

De las causas de inimputabilidad.

LECCIÓN 12.—Falta de inteligencia: perturbación en la inteligencia. 126

LECCIÓN 13.—Desarrollo incompleto de la inteligencia por razón de la edad y por sordo-mudez.—De la embriaguez.—Del sonambulismo. . . 137

SECCION TERCERA.

Causas de justificación.

LECCIÓN 14.—Defensa personal y de derechos propios, ó de un pariente, ó de un extraño.—Requisitos necesarios para la exención de responsabilidad en los casos respectivos. . . . 150

LECCIÓN 15.—Daños causados en propiedad ajena.—Requisitos necesarios para quedar exento de responsabilidad criminal el causante.—Condi-

Págs.

ciones precisas para el mismo fin respecto á los males causados por mero accidente.—Exención de responsabilidad en virtud de violencia, miedo, cumplimiento de deber, obediencia y omisión. 161

CAPÍTULO II.

De la mayor ó menor culpabilidad en consideración á los pasos recorridos en la senda del delito.

LECCIÓN 16.—De lo que comunmente se llama generación del Delito: su definición y actos que comprende.—Estudio de los diversos actos y situaciones del delito conforme al criterio del Código y de la escuela ecléptica. 177

LECCIÓN 17.—Proposición, conspiración, tentativa y frustración segun las define la Ley.—Juicio de la misma comparándola con las anteriores. 188

LECCIÓN 18.—Puntos en que coinciden y diverso juicio que forman de los diferentes actos y situaciones del delito las escuelas ecléptica y espíritualista. 195

CAPÍTULO III.

De la mayor ó menor culpabilidad teniendo en cuenta la participación más ó menos eficaz en la obra criminal.

LECCIÓN 19.—Examen general de los fundamentos en que se apoya la clasificación legal de personas responsables criminalmente.—¿Son completamente aceptables esos fundamentos en el terreno teórico? 205

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCIÓN 20.—Personas responsables criminalmente de los delitos y faltas segun las disposiciones de nuestro Código.—Quiénes se consideran autores.—Quiénes son cómplices. . . . 212

LECCIÓN 21.—De los encubridores.—Juicio crítico del artículo 16 acerca del particular, y comparación con las disposiciones anteriores.—¿Son castigados como verdaderos encubridores, en todos los casos, las diferentes personas á quienes el Código califica de tales? 218

LECCIÓN 22.—Disposiciones que con carácter de novedad, introdujo el Código de 1870 en la materia de personas responsables criminalmente de los delitos: su juicio. 232

CAPÍTULO IV.

Disminución ó aumento de culpabilidad por accidentes en la historia del hecho criminal.

SECCION PRIMERA.

Disminución de culpabilidad: circunstancias atenuantes.

LECCIÓN 23.—Motivos de disculpa ó circunstancias atenuantes.—Consideraciones generales y resúmenes que pueden hacerse de las circunstancias eximentes, con el fin de hacer aplicaciones del pensamiento que encierra la primera circunstancia atenuante. 243

LECCIÓN 24.—¿Pueden degenerar en atenuantes todas las circunstancias eximentes? 249

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCIÓN 25.—Disculpa por razón de edad; por falta de intención; por arrebato; por provocación ó amenaza y por vindicación. 260

LECCIÓN 26.—De la embriaguez.—Juicio de las disposiciones del Código acerca del particular y comparación con las anteriores. 276

LECCIÓN 27.—Atenuación por igual entidad y analogía.—¿Pueden considerarse como atenuantes otras circunstancias además de las expresadas en la ley? 288

SECCION SEGUNDA

Aumento de culpabilidad: circunstancias agravantes.

LECCIÓN 28.—Del parentesco y de la imprenta: requisitos y condiciones para calificar de agravantes tales circunstancias.. 296

LECCIÓN 29.—Agravación por alevosía, precio, inundación, incendio, veneno y por aumento de mal innecesario. Juicio de la doctrina legal y comparación con la anterior. 309

LECCIÓN 30.—De la premeditación como circunstancia agravante.—De la astucia.—Juicio de la doctrina legal.. 318

LECCIÓN 31.—Abusos de superioridad y confianza.—Prevalimiento de carácter público.—Ejecución como medio: casos diferentes acerca de esta circunstancia: ¿En cual ó cuales podría aprobarse?—Juicio de su supresión en el Código vigente. 327

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCIÓN 32.—Añadición de ignominia.—Procurar la impunidad por diferentes medios.—Juicio de estas circunstancias. 342

LECCIÓN 33.—Desprecio de la autoridad.—Agravación por el lugar y por las circunstancias de la persona ofendida.—Ejecución del hecho por medio de fractura ó escalamiento.—Comparación de estas circunstancias con las del Código anterior. 353

LECCIÓN 34.—De la vagancia.—Uso de armas prohibidas y agravación por analogía.—Juicio de las disposiciones legales. 365

LECCIÓN 35.—De la acumulación de delitos generalmente considerada.—Límites del problema que se trata de resolver.—Base para relacionar la culpabilidad de unos delitos con la de otros: distinciones necesarias. De la reincidencia en general.. 372

LECCIÓN 36.—¿Debe la reincidencia en general ser considerada como accidente agravatorio?—Datos estadísticos.—Dificultades que ofrece formar una buena estadística.—De la reincidencia excepcional. 381

LECCIÓN 37.—Circunstancias agravantes del Código vigente que se refieren á la acumulación de delitos.—Reiteración.—Juicio crítico de la doctrina legal en la materia. 388

LECCIÓN 38.—Continuación de la anterior.—De la reincidencia segun el Código.—Juicio crítico de la doctrina legal. 396

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

CAPITULO ADICIONAL.

LECCIÓN 39.—División práctica según nuestro Código, de las acciones punibles. 405

LECCIÓN 40.—Delitos penados por leyes especiales.—Delitos militares: consideraciones generales acerca de la necesidad de no incluir estos delitos en el Código común. 410

LECCIÓN 41.—Códigos penales para el Ejército y la Armada.—Código penal para el ejército: su necesidad.—Motivos de sus principales disposiciones en la materia de la culpabilidad. . . . 415

LECCIÓN 42.—Continuación de la anterior.—Motivos de las principales disposiciones del Código penal militar en la materia de penas y de su aplicación. 420

LECCIÓN 43.—De los delitos llamados de imprenta.—Razones que existen para penarlos en Ley especial. 427

LECCIÓN 44.—Ligero examen de las leyes posteriores al Código penal en materia de imprenta. 430

LECCIÓN 45.—De los delitos de contrabando.—¿Son verdaderos delitos?; aun siéndolo ¿deben incluirse en el Código penal?—Razones en que se funda la respuesta. 437

LECCIÓN 46.—Disposiciones legales por las que se rigen los delitos de contrabando.—Cítense las principales.. 441

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Págs.

LECCION 47.—De los delitos electorales.—¿Son verdaderos delitos?—Siéndolo ¿por qué no se incluyen, ni pueden hoy dia incluirse, en el Código común de criminalidad? 449

LECCIÓN 48.—Diversas leyes electorales que contienen sanción penal, y á que clases de elecciones se aplican.. 452

LECCION 49.—Delitos contra las ordenanzas de montes.—¿Por qué disposiciones se castigan?—Delitos de secuestro de personas.—Razones de la Ley excepcional de 8 de Enero de 1877.. . . 459

LECCIÓN 50.—Ley de 16 de Julio de 1876 relativa á los delitos que consisten en obligar á los niños á ejecutar ejercicios peligrosos.—Delitos contra la policia de ferrocarriles. 464

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA